

# PROFESSION D'AVOCAT ET LOI SUR LE MARCHÉ INTÉRIEUR

## BENOÎT MERKT

Avocat, docteur en droit

## BENOÎT CHAPPUIS

Avocat, professeur aux Universités de Genève et Fribourg

Mots clés: avocat, indépendance institutionnelle, société multidisciplinaire d'avocats, liberté d'établissement, marché intérieur, secret professionnel

Les conditions d'agrément des avocats employés par des études multidisciplinaires d'avocats organisées sous la forme de société anonyme ne sont pas régies explicitement par le droit fédéral. Des pratiques cantonales divergentes se sont développées. Dans le canton de Zurich, cette forme de l'activité d'avocat a été admise à certaines conditions. Selon deux arrêts de la Cour de Justice de Genève rendus en octobre 2016, cette organisation n'est pas admissible. Une étude multidisciplinaire d'avocat dont le siège est à Zurich ne dispose au demeurant pas du droit de s'établir dans le canton de Genève en application de la loi fédérale sur le marché intérieur («LMI»). La Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud a, quant à elle, considéré, dans un arrêt de septembre 2016, la LMI inapplicable, mais a admis une étude multidisciplinaire d'avocats organisée sous la forme d'une société anonyme selon ses propres critères. Gardienne de l'application de la LMI, la Commission de la concurrence («Comco») a récemment annoncé, dans son rapport annuel 2016, avoir fait recours auprès du Tribunal fédéral contre les jugements de ces deux instances cantonales.

## I. Introduction

Pour rappel, le Tribunal fédéral a confirmé qu'une étude d'avocats peut s'organiser en société anonyme.<sup>1</sup> Une interdiction cantonale des sociétés de capitaux pour l'exercice de la profession d'avocat n'est pas couverte par l'article 8 de la loi sur la libre circulation des avocats («LLCA») entrée en vigueur en 2002<sup>2</sup> et viole la liberté économique. La garantie du respect de l'indépendance de l'avocat au sens de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA n'est pas liée à la forme juridique de l'étude d'avocats. C'est la structure organisationnelle de cette dernière qui est déterminante. Le choix de la société anonyme ou d'une autre forme juridique n'empêchait pas les avocats concernés de se faire inscrire dans un registre cantonal – même si la personne morale n'y figurait pas elle-même –, pour autant que leur indépendance soit garantie de la même manière que s'ils étaient engagés par des avocats inscrits.

En l'espèce, la société anonyme était et devait rester entièrement contrôlée par des avocats inscrits dans un registre cantonal: seuls des avocats inscrits pouvaient en devenir associés et les actions étaient soumises à des restrictions de transmissibilité. Le conseil d'administration

était composé uniquement d'actionnaires. Les statuts ainsi qu'une convention d'actionnaires garantissaient que la direction de la société anonyme soit assurée par des avocats inscrits. Dans ces conditions, les exigences d'indépendance de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA étaient satisfaites.

Le Tribunal fédéral ne s'est en revanche pas prononcé sur la question de savoir si et, le cas échéant, à quelles conditions le fait que des personnes autres que des avocats inscrits (tels que par exemple des actuaires, experts-comptables, experts fiscaux et autres experts techniques) détiennent des droits de participation dans une personne morale (dont l'activité peut être multidisciplinaire) est conciliable avec la règle d'indépendance de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ATF 138 II 440.

<sup>2</sup> Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (RS 935.61).

<sup>3</sup> ATF 138 II 440 consid. 23.

Une pratique favorable aux études multidisciplinaires a été établie par une décision du 5 octobre 2006 de la Commission des avocats du canton de Zurich.<sup>4</sup> Selon cette pratique, la maîtrise de la société doit être durablement assurée par des personnes inscrites en qualité d'avocats dans un registre cantonal. Cette maîtrise durable signifie qu'à tous les niveaux décisionnels (au sein de l'assemblée générale, du conseil d'administration et dans la conduite des mandats), les décisions ne peuvent être prises que lorsque la majorité des voix, qui doit réunir le quorum légal ou statutaire, réunit plus d'avocats inscrits que de personnes non inscrites. La gestion des mandats doit être réservée aux avocats inscrits. Au sein de l'assemblée générale, la position dominante des actionnaires inscrits au registre doit être assurée de manière durable, une telle garantie pouvant découler de restrictions à la transmission des actions nominatives. Quant au secret professionnel, la pratique zurichoise a considéré qu'il était en principe garanti par la soumission à celui-ci des avocats employés et de leurs auxiliaires (articles 13 LLCA et 321 CP).

La doctrine s'est exprimée en général de manière relativement favorable aux pratiques multidisciplinaires, pour autant que certaines conditions strictes soient respectées. D'une part, l'associé non inscrit doit travailler en tant qu'auxiliaire (*infra* III.2) des avocats dans l'exécution de leurs mandats et, d'autre part, le conseil d'administration doit être exclusivement composé d'avocats inscrits au registre, faute de quoi le respect du secret professionnel ne pourrait être assuré.<sup>5</sup>

À l'inverse du modèle zurichois, la Commission du barreau de Genève et la Chambre des avocats du Canton de Vaud ont adopté une approche restrictive par rapport aux études multidisciplinaires. À la différence du modèle zurichois, seul un actionnariat composé à 100% d'avocats inscrits à un registre cantonal serait à même de respecter les principes cardinaux de l'indépendance et du secret professionnel des avocats. Chacune de ces décisions a fait l'objet d'un recours, lesquels ont conduit à des solutions divergentes. Il vaut donc la peine d'analyser les arrêts cantonaux en les comparant.

## II. Les arrêts cantonaux

En application de la pratique susmentionnée, l'inscription de plusieurs avocats a été refusée au bureau genevois et au bureau lausannois d'une étude zurichoise organisée sous la forme d'une société anonyme, un des trente-neuf associés de l'étude, juriste et expert fiscal diplômé, n'étant pas inscrit à un barreau cantonal.

Suite à des recours, ces décisions de refus ont fait l'objet dans le canton de Vaud d'un arrêt de la Cour de droit administratif et public du 31 septembre 2016<sup>6</sup> et, dans le canton de Genève, d'un arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du 11 octobre 2016.<sup>7</sup> À noter également un arrêt de la Chambre administrative de la Cour de Justice du Canton de Genève du 25 octobre 2016 confirmant le refus d'inscription des avocats pratiquant au sein du bureau genevois d'un autre cabinet zurichois, un

des dix-huit associés de cette étude, spécialiste en arbitrage international, n'étant pas titulaire d'un brevet d'avocat suisse ou étranger jugé équivalent.<sup>8</sup> Cet arrêt ne sera pas spécifiquement abordé dans le cadre de la présente contribution, étant précisé que le raisonnement appliqué dans ce cas est similaire à celui de l'arrêt susmentionné du 11 octobre 2016.

### 1. L'arrêt genevois

L'arrêt genevois considère que la Commission du barreau n'a pas violé le droit en exigeant que la profession d'avocat soit exercée sous le couvert d'une personne morale contrôlée entièrement par un ou plusieurs avocats inscrits. Selon la Chambre administrative de la Cour de justice, quelles que soient les mesures prises afin de limiter leur influence, la présence même d'un ou plusieurs avocats non-inscrits au sein de l'actionnariat, de la direction ou du conseil d'administration d'une société de capitaux fait obstacle à la certitude du respect du secret professionnel par ceux pouvant être désignés comme l'employeur. Une autorité pénale pourrait, par exemple, en cas de convocation ou perquisition, exiger et obtenir des informations de la part de cet associé non inscrit. Ce dernier ne pourra opposer le secret professionnel de l'avocat, puisqu'il n'est ni avocat ni auxiliaire des associés inscrits.

S'agissant de la LMI, l'arrêt genevois rappelle qu'à teneur de l'article 2 alinéa 4, 1<sup>re</sup> phrase LMI, toute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement et sous réserve de l'article 3 LMI. Selon cette disposition, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions, qui prennent la forme de charges ou de conditions, ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (lettre a), sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (lettre b) et répondent au principe de proportionnalité (lettre c). Selon la Chambre administrative, la Commission n'a pas imposé une restriction disproportionnée. La condition imposée est apte à assurer l'indépendance de l'avocat et le respect du secret professionnel, et aucune mesure moins incisive ne peut être prise, dans la mesure où seuls les avocats inscrits sont légalement tenus aux règles professionnelles et

4 Obergericht/ZH, arrêt du 5 octobre 2006, affaire KF060026/U.

5 Par ex. BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, N 2390, p. 974 ss; voir aussi N 2401-2403, p. 979 ss; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zurich 2009, N 1396-1398; STAEHELIN/OETIKER, in Fellmann Walter/Zindel Gaudenz G., Kommentar zum Anwaltsgesetz: Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), Zurich 2011, N 52-54.

6 TC/VD, Cour de droit administratif et public, 30 septembre 2016, GE.2016.0036.

7 CJ/GE, Chambre administrative, ATA/848/2016.

8 CJ/GE, Chambre administrative, ATA/901/2016.

peuvent se prévaloir de la protection qui leur est propre, notamment s'agissant du secret professionnel.

## 2. L'arrêt vaudois

Contrairement à l'arrêt genevois, l'arrêt vaudois considère que l'exigence d'un actionariat composé à 100% d'avocats inscrits à un registre cantonal constitue une restriction excessive à la liberté économique. Dans le cas d'espèce, l'actionariat et le conseil d'administration de la société ne comptant que 3% des membres non-inscrits à un registre cantonal des avocats, le risque d'une atteinte à l'indépendance ou d'une violation du secret professionnel n'apparaît pas suffisamment sérieux pour justifier, sous l'angle de la proportionnalité, un refus d'inscription au registre ou une radiation des avocats concernés.

En ce qui concerne la LMI, l'analyse de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal se concentre essentiellement sur l'article 2 alinéa 6 LMI. Selon cette disposition, «lorsqu'une autorité d'exécution cantonale a constaté que l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation est conforme au droit fédéral ou en a autorisé l'accès au marché, sa décision est applicable dans toute la Suisse. L'autorité fédérale chargée de veiller à l'application uniforme du droit a qualité pour recourir. Elle peut exiger de l'autorité cantonale que la décision lui soit communiquée».

Dans le cas de cette disposition, la législation appliquée au lieu de provenance n'est pas le droit cantonal, mais le droit fédéral, par essence identique dans toute la Suisse. Ainsi, une décision prise par un seul canton en application du droit fédéral, constatant que l'exercice d'une prestation est conforme au droit fédéral, lie l'ensemble des autres cantons, et cela même si elle devait se révéler inexacte ou même arbitraire. Selon l'instance cantonale, une telle extension territoriale d'une décision cantonale rendue en exécution du droit fédéral ne peut toutefois être admise que dans la mesure où il existe une autorité de surveillance fédérale habilitée à veiller à l'application uniforme du droit fédéral concerné, notamment à former un recours contre une décision constatant que l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation est conforme au droit fédéral. Ceci empêche que la pratique la plus laxiste d'un canton ne s'impose sans limites à l'ensemble des autres cantons.

Or, une autorité fédérale chargée de veiller à l'application uniforme des dispositions topiques de la LLCA, notamment en matière d'inscription au registre cantonal des avocats au sens des articles 7 ss LLCA, n'a pas été prévue dans la LLCA.

L'instance cantonale en déduit que la LMI n'est pas applicable au cas d'espèce. Quant aux alinéas précédents de l'article 2 LMI, ils visent les entraves découlant de réglementations cantonales et communales. L'instance cantonale en conclut que ces alinéas ne sont par conséquent pas non plus applicables au cas d'espèce, ce dernier résultant d'une interprétation divergente par une instance cantonale d'une réglementation fédérale (et pas de réglementations cantonales divergentes).

## III. Commentaire

### 1. La relation entre la LLCA et la LMI

Comme l'a relevé le Tribunal fédéral,<sup>9</sup> les relations entre la LLCA et la LMI se sont modifiées au fil du temps. Conçue initialement comme une loi-cadre, qui se limitait à fixer les principes généraux d'accès au marché, la LMI ne prévoyait pas d'harmonisation du droit dans les différents secteurs.<sup>10</sup> Postérieure à la LMI, la LLCA a quant à elle été conçue comme une loi spéciale, visant à compléter et concrétiser, pour la profession d'avocat, les buts poursuivis par la LMI.<sup>11</sup>

Par la suite, postérieurement à l'entrée en vigueur de la LLCA, la LMI a fait l'objet le 16 décembre 2005 d'une modification substantielle, entrée en vigueur le premier juillet 2006, visant à améliorer le fonctionnement du marché, notamment en supprimant les entraves cantonales et communales à l'accès au marché.<sup>12</sup> L'article 2 alinéa 4 LMI révisé permet à celui qui veut s'établir dans un autre canton de se prévaloir du principe de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, dans les limites de l'article 3 LMI, cette dernière disposition ayant également été modifiée afin de restreindre le régime des exceptions au principe de libre accès au marché. Comme le relève le Tribunal fédéral, «il n'est plus possible de déterminer la loi applicable en se fondant simplement sur les adages consacrés en la matière, tels que «*lex specialis derogat generali*» et «*lex posterior derogat priori*», entre lesquels il n'existe pas une hiérarchie stricte. Il y a lieu d'avoir «une approche plus nuancée et d'examiner, en respectant au mieux la volonté du législateur fédéral, si, selon les matières, la LMI n'est pas applicable parallèlement à la LLCA».<sup>13</sup>

Au-delà de la reconnaissance d'un droit d'accès au marché et d'un droit d'établissement, la LLCA contribue à la création d'un marché unique des avocats et des études d'avocats en Suisse de deux manières: en fixant des règles uniformes valables pour tout le territoire, ainsi que des règles régissant l'organisation et la pratique du métier ou en harmonisant certains aspects du métier, tels que la formation. Dans le premier cas (uniformisation), la LLCA épuise définitivement la compétence des cantons en matière réglementaire. Dans le second (harmonisation), les cantons conservent une compétence limitée.

#### A) L'uniformisation

Lorsque les règles fédérales s'appliquent uniformément à l'ensemble du territoire, la LMI ne trouve en principe pas application. Ce principe connaît toutefois une exception: si un canton fait échec au droit d'accès au marché d'un

<sup>9</sup> ATF 134 II 329.

<sup>10</sup> Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la LMI, FF 1995, p. 1193 ss.

<sup>11</sup> Message du Conseil fédéral du 28 avril 1999 concernant la LLCA, FF 1999, p. 5331 ss, 5337.

<sup>12</sup> Message du Conseil fédéral du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la LMI, FF 2005, p. 421 ss, 422.

<sup>13</sup> ATF 134 II 329, consid. 5.2.

offreur externe (ou à la liberté d'établissement), en faisant une interprétation du droit fédéral qui diverge de celle du canton de provenance, l'offreur pourra valablement invoquer l'article 2 alinéa 6 LMI, selon lequel une décision cantonale en application du droit fédéral qui donne accès à un marché s'impose aux autres cantons.<sup>14</sup>

L'article 2 alinéa 6 LMI, qui a été introduit lors de la révision de 2005, vise ainsi précisément à prévenir les restrictions d'accès au marché pouvant découler d'une application hétérogène du droit fédéral par les autorités cantonales. Cette disposition est importante, car les dispositions du droit fédéral régissant les activités économiques sont toujours plus nombreuses et l'application de ce droit est en grande partie confiée aux cantons dans le cadre du fédéralisme d'exécution, en l'espèce l'inscription au sein d'un registre cantonal au sens de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA. En d'autres termes, l'autorité de surveillance d'un canton dans lequel une société extérieure au canton souhaite établir une succursale ne saurait y faire obstacle au seul motif qu'elle ne fait pas une même lecture du droit fédéral qu'en a fait l'autorité du siège lorsqu'elle a autorisé la société à conduire son activité.

Dans le cas d'espèce, l'article 2 alinéa 6 LMI conduit au résultat que les instances cantonales genevoises et vaudoises auraient dû à notre sens reconnaître le droit d'établissement d'un bureau à Genève, respectivement dans le canton de Vaud, d'une étude organisée sous forme de SA multidisciplinaire autorisée dans le canton de Zurich et pratiquant conformément aux conditions de cette autorisation. Le fait que l'autorité de surveillance dans les cantons de Genève et Vaud faisait, à tort ou à raison, une lecture différente et plus restrictive des exigences de la LLCA en matière d'indépendance structurelle que l'autorité de surveillance du canton de Zurich est sans pertinence, du fait de l'article 2 alinéa 6 LMI. Comme la Comco l'a récemment rappelé, lorsqu'une matière est régie par le droit fédéral, l'article 2 alinéa 6 LMI garantit qu'aucune barrière ne découle des différences d'interprétation et d'application du droit fédéral par les cantons.<sup>15</sup> Tel est à notre sens le cas de l'interprétation de la notion d'indépendance structurelle au sens de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA.

Il est vrai que la LLCA est laconique sur la notion de l'indépendance structurelle et que l'article 8 nécessite un travail d'interprétation important. Cependant, que la loi soit peu explicite sur la question ne suffit pas pour conclure que le droit fédéral ne règle pas complètement la question et que, en conséquence, les cantons auraient encore la compétence de le faire. À cet égard, il est intéressant de mentionner la solution retenue par le Tribunal fédéral concernant la levée du secret professionnel. Il constate que, s'il mentionne une telle levée (art. 321 ch. 2 CP et art. 13 LLCA qui parle du fait d'être délié du secret), le droit fédéral ne fixe pas les critères qui la fonde.<sup>16</sup> Ce nonobstant, le Tribunal fédéral pose explicitement le principe selon lequel ces critères relèvent du seul droit fédéral et ne peuvent pas varier selon les cantons. Autrement dit, le simple fait que cette institution soit prévue par le droit fé-

déral a pour conséquence qu'elle relève exclusivement de ce dernier, de sorte que les cantons ne peuvent plus légiférer. Le même principe doit présider à l'interprétation du concept d'indépendance structurelle.<sup>17</sup>

Soutenir que l'article 2 alinéa 6 LMI n'est pas applicable en raison de l'absence d'une autorité de surveillance fédérale habilitée à veiller à l'application uniforme du droit fédéral concerné, notamment à former un recours contre une décision constatant que l'accès au marché est conforme au droit fédéral, reviendrait à notre sens à vider la disposition de sa substance et introduire une condition supplémentaire ne découlant pas du texte légal.

Par ailleurs, s'il est vrai, comme l'a relevé l'instance cantonale vaudoise, que la LLCA ne prévoit pas d'instance fédérale chargée de veiller à son application uniforme, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a néanmoins la compétence de veiller à l'application uniforme du droit fédéral à titre supplétif dans les «autres domaines du droit public qui ne sont pas de la compétence d'autres offices fédéraux» (art. 7 al. 1 let. d de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police cum art. 2 al. 6 LMI). Tel est à notre sens le cas dans le domaine de la profession d'avocat.

En tout état, il n'est pas nécessaire de recourir à la LMI pour reconnaître la qualité pour recourir d'une autorité fédérale chargée de l'application uniforme du droit. La loi sur le Tribunal fédéral (LTF), de la même manière que la LMI, prévoit une qualité pour recourir aux autorités fédérales si l'acte attaqué est susceptible de violer la législation fédérale dans leur domaine d'attributions (art. 89 al. 2 LTF).

L'OFJ est ainsi régulièrement informé de décisions cantonales en matière de LLCA et invité à se prononcer sur des recours en matière de droit public en sa qualité d'autorité fédérale chargée de veiller à son application uniforme<sup>18</sup>. Il a également qualité pour recourir contre les décisions cantonales qui affectent l'application uniforme de la LLCA.

À noter également que, aux côtés des possibilités offertes par la LMI et la LTF aux autorités fédérales chargées de veiller à une application uniforme du droit fédéral, existent d'autres voies de recours pour soumettre cas échéant une question de divergence d'interprétation du droit fédéral au Tribunal fédéral, comme l'illustrent les ar-

<sup>14</sup> BIANCHI DELLA PORTA, in Martenet, Bovet, Tercier, Commentaire Romand du droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> édition, art. 2 I-VI LMI, N 60.

<sup>15</sup> Recommandation de la Comco du 19 décembre 2016 relative à la pratique du canton du Tessin en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs externes, N 115, p. 31.

<sup>16</sup> ATF 142 II 307, consid. 4.3.

<sup>17</sup> En ce qui concerne l'interprétation de la notion de l'indépendance structurelle de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, en regard de l'indépendance en tant que règle professionnelle instituée à l'art. 12 let. b LLCA, cf. ATF 138 II 440 = JdT 2013 I 135, consid. 2-6.

<sup>18</sup> Voir notamment: TF, arrêt du 30.11.2016, 2C\_620/2016; TF, arrêt du 10.11.2014, 2C\_259/2014.

rêts faisant l'objet du présent commentaire. Il est ainsi loisible à toute personne dont le droit d'accès au marché serait restreint de manière contraire à la LMI dans le canton de destination, de faire recours, le cas échéant, jusqu'au Tribunal fédéral contre une décision restrictive du canton de destination, étant rappelé que la LMI confère également un droit de recours à la Comco (article 9 alinéa 2<sup>bis</sup> LMI) et que la Comco dispose en outre du droit d'être entendue dans la procédure devant le Tribunal fédéral (article 10 alinéa 2 LMI). Par ailleurs, l'article 6 alinéa 4 LLCA confère à l'association des avocats du canton concerné un droit de recours s'agissant des inscriptions au registre cantonal. S'il est vrai qu'une telle association ne peut pas veiller à l'application uniforme du droit fédéral, elle peut néanmoins, en cas de divergence de principe entre cantons sur un point important d'interprétation du droit fédéral, recourir au besoin jusqu'au Tribunal fédéral afin de faire trancher la question de l'interprétation uniforme du droit fédéral.

### B) L'harmonisation

Dans les domaines où le droit fédéral réserve une autonomie des cantons en matière de réglementation, la LMI conserve toute son utilité lorsqu'un canton, en exploitant sa marge de manœuvre, fait obstacle au libre accès des offreurs externes.

Ainsi, dans le cadre spécifique de la formation des stagiaires laissée à la compétence des cantons en vertu de l'article 3 alinéa 1 LLCA, le Tribunal fédéral a confirmé que si une loi fédérale contient une disposition fédéraliste, par essence contraire à la LMI, elle ne saurait être mise en œuvre de manière extensive par les cantons.<sup>19</sup> Si la réglementation cantonale (exigence de cinq ans de pratique du maître de stage dans le canton de Vaud pour l'engagement d'un stagiaire) adoptée sur cette base dépasse le cadre fixé par la loi fédérale, la LMI continue alors à s'appliquer. Dans ce cas, la restriction n'a pas résisté au test de la proportionnalité de l'article 3 alinéa 2 LMI. Le Tribunal fédéral a ainsi laissé ouverte, ce qu'on peut regretter, la question de savoir si la réglementation cantonale consistant à exiger d'un avocat une pratique de cinq ans dans le canton était contraire à l'article 3 alinéa 3 LMI, car destinée à favoriser les avocats locaux.<sup>20</sup>

Il en va de même de la fixation des honoraires que la LLCA ne règle pas. Hormis l'interdiction du *pactum de quota litis* (art. 12 let. e) et le devoir d'information sur la facturation (art. 12 let. i), la LLCA ne contient aucune disposition relative aux honoraires, de sorte que son entrée en vigueur n'a pas modifié la situation juridique et que les cantons gardent les prérogatives qui leur étaient reconvenues auparavant.<sup>21</sup>

Encore convient-il de bien distinguer par rapport à l'harmonisation le cas des règles de droit fédéral comportant une dérogation au marché visant à permettre le maintien de particularismes cantonaux dont les effets sont limités au canton en question et ne sauraient de ce fait par définition être imposés à l'ensemble de la Suisse. Comme l'a jugé le Tribunal fédéral, tel est notamment le cas:

- de l'article 68 alinéa 2 lettres b et d CPC qui réserve, si le droit cantonal le prévoit, l'autorisation d'agents d'affaires et d'agents juridiques brevetés devant l'autorité de conciliation, dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée et dans les affaires soumises à la procédure sommaire (lettre b) et l'autorisation des mandataires professionnellement qualifiés devant les juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail (lettre d). Suivant les règles habituelles en matière d'interprétation des lois, le Tribunal fédéral a considéré la LMI inapplicable en lien avec la disposition susmentionnée du CPC, avec pour résultat, contrairement à l'avis de la Comco dans cette procédure, qu'un agent d'affaires vaudois souhaitant pratiquer dans le canton de Berne sur la base d'une autorisation valablement délivrée dans le canton de Vaud ne peut pas invoquer en sa faveur la LMI afin de pratiquer dans le canton de Berne;<sup>22</sup>
- de l'article 3 alinéa 2 LLCA, qui réserve le droit des cantons d'autoriser les titulaires de brevets d'avocat qu'ils peuvent délivrer à représenter des parties «devant leurs propres autorités judiciaires». Ainsi, pour le cas où un canton délivrerait un brevet d'avocat sur la base de cette disposition, ce dernier serait uniquement valable dans le canton en question sans que son titulaire puisse invoquer la LMI pour se prévaloir d'un brevet cantonal dans tout autre canton;<sup>23</sup>
- de l'article 27 LP concernant la compétence des cantons de fixer un cadre plus précis pour la représentation des parties à la procédure d'exécution forcée; ainsi, le Tribunal fédéral a considéré que le refus du canton de Genève de reconnaître, en vertu de son droit cantonal, à une société de recouvrement zurichoise la qualité pour représenter un créancier était justifié.<sup>24</sup>

## 2. L'indépendance structurelle et le secret professionnel

L'arrêt genevois se concentre essentiellement sur la question du respect du secret professionnel et le risque que ce dernier puisse ne pas être assuré du fait qu'un associé de l'étude zurichoise souhaitant établir un bureau à Genève n'est pas avocat mais expert fiscal, de sorte qu'il serait difficilement concevable qu'il puisse se prévaloir d'une qualité d'auxiliaire de l'avocat alors qu'il est associé de l'étude.

Une opinion séparée, exprimée par l'un des juges de l'autorité de recours, considère toutefois que l'auxiliaire n'est pas forcément un subordonné mais peut être une

<sup>19</sup> ATF 141 II 280 consid. 5.2.1, ATF 134 II 329, consid. 5.4.

<sup>20</sup> MARTENET, Quand la LMI rencontre la LLCA, in: *Liber Amicorum* Anne Petitpierre-Sauvain, Économie Environnement Éthique, 2009, p. 245 ss, p. 252.

<sup>21</sup> ATF 135 III 259, consid. 2.2.

<sup>22</sup> ATF 141 II 280.

<sup>23</sup> ATF 141 II 280, consid. 7.1.

<sup>24</sup> ATF 135 I 106, consid. 2.6.

personne indépendante de celle soumise au secret. L'intérêt de la décision réside précisément dans le fait que l'un des juges, en désaccord avec la solution majoritaire, a rédigé cette opinion séparée,<sup>25</sup> ainsi que l'y autorise l'article 119 de la Constitution genevoise<sup>26</sup> et l'article 28 alinéas 4 et 5 du Règlement de la Cour de justice.<sup>27</sup> C'est à juste titre que cette opinion minoritaire relève que l'auxiliaire de la personne soumise au secret ne doit pas impérativement lui être subordonnée; il peut même s'agir d'une personne indépendante. Ce juge en concluait que la présence, au sein de l'étude, d'un associé non-avocat ne faisait pas obstacle à la reconnaissance de la société anonyme comme conforme aux exigences d'indépendance requises par la LLCA. Il convient donc de s'arrêter sur cette objection soulevée par l'un des magistrats à l'encontre de la décision prise majoritairement.

L'article 321 CP définit le cercle des personnes qui y sont soumises, soit les personnes pénalement punissables en cas de divulgation non autorisée. Parmi elles figurent non seulement les avocats – à côté des médecins, des ecclésiastiques et des autres professions visées –, mais également leurs auxiliaires, ce par quoi il faut comprendre toutes les personnes collaborant avec la personne soumise au secret à l'exécution de son travail.

On considère généralement que le cercle des auxiliaires ne doit pas être circonscrit de manière trop large, s'agissant de définir le champ d'application d'une norme pénale soumise au principe de la légalité (article 1 CP).<sup>28</sup> C'est la raison pour laquelle la doctrine majoritaire retient que si le personnel administratif et technique de l'étude entre incontestablement dans la catégorie de l'auxiliaire, il n'en va pas de même du personnel de nettoyage qui ne concourt pas à l'exécution des mandats et, en conséquence, n'est pas appelé à recevoir des informations confidentielles pour exécuter son travail.<sup>29</sup>

En revanche, on ne saurait exclure du cercle des auxiliaires les personnes même indépendantes et externes à l'étude qui s'associent contractuellement à l'exécution d'un mandat. Cette conception s'impose d'autant plus qu'il est aujourd'hui devenu quasi inconcevable que les praticiens soumis à l'article 321 CP mènent leur travail à bien sans jamais recourir à des prestataires externes. Que l'on songe aux actuaires, aux experts-comptables, aux experts fiscaux et à d'autres experts techniques, les cas sont nombreux où l'avocat doit recevoir l'appui de spécialistes pour mener à bien sa tâche. Il relève même de son devoir de diligence de s'entourer des avis de tels spécialistes,<sup>30</sup> voire de recourir au mécanisme de la substitution au sens des articles 398 et 399 CO qui consiste à transférer une partie du mandat à un tiers au bénéfice de compétences particulières.<sup>31</sup>

Les principes qui régissent le statut des consultants externes valent *a fortiori* pour des personnes travaillant au sein de l'étude en qualité d'employés ou d'associés. Quand bien même certains d'entre eux ne revêtiraient pas la qualité d'avocats inscrits à un registre ou à un tableau, il n'en reste pas moins vrai que, dès l'instant qu'ils collaborent à l'exécution d'un mandat d'avocat, ils sont les auxiliaires de

ce dernier, au sens de l'article 321 CP.<sup>32</sup> Il n'y aurait à notre sens aucune logique à refuser la protection du secret à un associé non avocat de l'étude, alors qu'on la reconnaîtrait à des mandataires externes.

#### IV. Conclusion

On pouvait penser que, suite à l'entrée en vigueur de la LLCA, la LMI allait perdre toute signification en lien avec la libre circulation des avocats à l'intérieur de la Suisse. De manière surprenante, on constate qu'il n'en est rien et que la LMI a gardé une signification non négligeable, ainsi qu'en témoignent plusieurs arrêts récemment rendus par le Tribunal fédéral. La relation entre ces deux législations fédérales est à la fois complexe et complémentaire. Dans ce contexte, il y a lieu d'avoir une approche nuancée afin d'examiner, au cas par cas, en respectant au mieux la volonté du législateur fédéral, si, en fonction des matières, la LMI n'est pas applicable parallèlement à la LLCA.

Si la LLCA a, de notre point de vue, largement épuisé la portée de la LMI dans le domaine harmonisé, qui se réduit à notre sens essentiellement à la compétence des cantons en matière de formation des stagiaires (article 3 alinéa 1 LLCA), elle a en revanche – ce qui peut paraître étonnant – gardé toute sa signification dans les domaines faisant l'objet d'une uniformisation du droit au sein de la LLCA. Dans ce contexte, il appartiendra vraisemblablement au Tribunal fédéral de clarifier la portée de l'article 2 alinéa 6 LMI en lien avec la libre circulation des avocats.

L'enjeu est d'éviter que des barrières à la libre circulation des avocats à l'intérieur de la Suisse ne puissent découler de différences d'interprétation et d'application de la LLCA existant ou se développant entre les cantons, à l'instar de l'interprétation divergente de l'article 8 LLCA qui a fait l'objet des jugements cantonaux brièvement commentés dans le cadre de la présente contribution.

<sup>25</sup> RS/GE, A 2 00.

<sup>26</sup> ATA/848/2016, pp. 15-17.

<sup>27</sup> RS/GE, E 2 05.47.

<sup>28</sup> FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Berne 2010, N 486; CHAPPUIS, *La profession d'avocat. Tome I: Le cadre légal et les principes essentiels*, Genève, Zurich, Bâle 2016, p. 179.

<sup>29</sup> FELLMANN (cité n. 28), N 486; CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, 3<sup>e</sup> édition, Berne 2010, art. 321 CP N 16; TRECHSEL/VEST, in Trechsel/Pieth (éd.), *StGB PK*, 2<sup>e</sup> édition, Zurich, St-Gall 2013, art. 321 N 13.

<sup>30</sup> CHAPPUIS, *La profession d'avocat. Tome II: La pratique du métier: De la gestion d'une étude et la conduite des mandats à la responsabilité de l'avocat*, 2<sup>e</sup> édition, Genève, Zurich, Bâle 2017, p. 163, 168 et 179.

<sup>31</sup> Sur la question de la substitution, CHAPPUIS (cité n. 30), p. 154 et 155.

<sup>32</sup> Pour une approche plus nuancée, BOHNET/MARTENET (cité n. 5, en particulier N 2410).