

# L'ARRÊT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL DU 6 DÉCEMBRE 2013 ET LE DROIT DE L'UE

## GEORGES-ALBERT DAL

Avocat, Dal & Veldekens, Bruxelles, ancien bâtonnier de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, ancien président du Conseil des barreaux européens (CCBE) et ancien président de la Fédération des barreaux d'Europe; [www.dalveldekens.eu](http://www.dalveldekens.eu)

## ANAÏS GUILLERME

Avocate aux barreaux de Paris et de Bruxelles (liste E)

Mots-clés: société d'avocats, avocat salarié, liberté d'établissement, indépendance, discrimination à rebours, égalité de traitement, droit de la concurrence

Commentaire dans une perspective européenne de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 6 décembre 2013 (2C\_433/2013) concernant la demande d'inscription au registre genevois d'une avocate – de nationalité allemande – titulaire d'un brevet suisse en tant qu'employée d'une société américaine ayant ouvert un bureau à Genève. Le Tribunal fédéral se montre intransigeant sur la question de l'indépendance des avocats.

Certains pourraient être tentés de dénoncer, après une lecture sommaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 6.12.2013, une restriction injustifiée à la libre circulation des avocats et d'y voir une sorte de mise en pratique anticipée des résultats de la votation du 9 février et de son impact sur l'accord de libre circulation des personnes entre l'Union et la Suisse.

La présente décision mérite pourtant une étude plus approfondie et des conclusions moins hâtives.

En l'espèce, une citoyenne allemande qui possède un diplôme d'avocat suisse souhaite s'inscrire au barreau du canton de Genève.

Précision non négligeable, la requérante demandait son inscription en tant qu'employée d'une société prenant la forme d'une LLP<sup>1</sup> organisée selon le droit de l'Etat du Delaware aux Etats-Unis et appartenant à une structure mondiale. Cette société avait en effet ouvert un bureau à Genève.

Soulignons également que les associés de cette structure ne sont pas inscrits au barreau du canton de Genève ou en Suisse mais sont tous des avocats admis personnellement à exercer leur activité professionnelle dans les Etats où ils pratiquent, dont certains Etats membres de l'Union européenne.

Sur la base de ces éléments, la Commission du barreau du canton de Genève a refusé l'inscription de l'avocate, estimant que son inscription au registre genevois des avocats ne satisfaisait pas à l'exigence d'indépendance. En effet, l'article 8 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) dispose que les avocats salariés, pour

pouvoir exercer en toute indépendance, ne peuvent être employés que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal.

Si cet arrêt du Tribunal fédéral pose certaines questions en termes d'application et d'appréciation du droit de l'Union européenne, l'évaluation de la situation litigieuse par le Tribunal fédéral apparaît soutenable car celle-ci peut être justifiée par certains objectifs d'intérêt général et passer le test de proportionnalité.

Il n'est pas inutile, à titre liminaire, de faire le point sur le cadre juridique du présent litige. La Suisse n'est pas membre de l'Union européenne, ni de l'Espace économique européen. Les directives «avocats» de l'Union sont tout de même applicables au sein de son territoire grâce à la conclusion de l'accord UE/Suisse sur la liberté de circulation des personnes en 1999 et entré en vigueur en 2002.

Ainsi, les avocats ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et de Suisse peuvent profiter de conditions de circulation optimales, tant en termes de prestations de services<sup>2</sup> que d'établissement<sup>3</sup>. Pour l'heure, cela signifie, notamment, que les avocats ayant acquis leur titre dans les Etats membres de l'Union ou de l'AELE peuvent s'installer dans un barreau Suisse sous leur

<sup>1</sup> Limited Liability partnership.

<sup>2</sup> Directive 77/249/CEE visant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats.

<sup>3</sup> Directive 98/5/CEE visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise.

titre d'origine, sous réserve du maintien de l'inscription dans ce barreau d'origine (et inversement). Notons en passant qu'en vertu de ces textes, les avocats ressortissants européens et suisses doivent bénéficier du droit de vote dans le barreau d'accueil.

A priori, le droit de l'Union ne s'appliquerait pas au cas d'espèce puisqu'il n'existe pas de problématique liée à la liberté de circulation pour la requérante. En effet, bien que citoyenne allemande, celle-ci a obtenu son titre d'avocat en Suisse et souhaite s'établir dans ce même pays.

Il s'agirait, ici, d'une question suisse-suisse liée aux garanties d'indépendance exigées de la part des avocats salariés et, plus particulièrement, des employeurs de ces avocats. La décision du Tribunal fédéral peut toutefois aisément être analysée au regard des principes de droit européen développés dans ce domaine par les juridictions de l'Union (I).

Dans un second temps, la partie requérante se réfère largement au droit européen pour invoquer la problématique intéressante de la discrimination à rebours. En effet, et ce n'est pas contesté par le Tribunal fédéral, le refus d'inscription qui lui est opposé ne lui permet pas d'exercer au sein du barreau de Genève alors que d'autres avocats employés par la LLP dans ses bureaux européens pourraient exercer, via le principe de la libre prestation de services, dans le barreau suisse (II).

Enfin, l'argument de l'avocate selon lequel la décision de refus de l'inscrire au registre cantonal viole les règles de droit de la concurrence peut également être étudié au travers du prisme du droit de l'Union européenne (III).

## I. Les restrictions à la liberté d'établissement et l'indépendance de l'avocat salarié

Comme l'a indiqué la Cour de justice de l'Union européenne, les règles professionnelles et déontologiques en vigueur dans les Etats membres, contrairement à celles portant sur les conditions préalables requises pour l'inscription, n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation<sup>4</sup>.

Elles peuvent donc diverger d'un Etat membre à l'autre.

L'article 8 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats dispose que, pour être inscrit au registre cantonal, l'avocat doit notamment être en mesure de pratiquer en toute indépendance. En conséquence, l'avocat ne peut en principe être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal. En effet, le Tribunal fédéral souligne que l'avocat salarié exerce dans un cadre très particulier puisqu'il doit, conformément à ses obligations contractuelles, sauvegarder les intérêts de son employeur, ainsi que des clients de ce dernier. Ainsi, l'avocat salarié est, par définition, dans une relation de subordination avec son employeur.

C'est cette particularité qui justifierait que la législation suisse exige de l'employeur d'un avocat que celui-ci soit lui-même inscrit dans un registre cantonal. En effet, l'employeur étant, de cette manière, soumis à la loi suisse et à la surveillance disciplinaire, il n'utilisera pas sa position hiérarchique pour influencer son collaborateur dans

un sens contraire aux intérêts du client. Pour le Tribunal, c'est ainsi le statut de l'employeur de l'avocat salarié qui garantit l'indépendance de ce dernier.

En l'espèce, bien que l'interprétation de la loi Suisse par le barreau du canton de Genève soit assez stricte, le Tribunal fédéral suisse a pu légitimement la considérer comme justifiée dès lors que, conformément à la jurisprudence des juridictions de l'Union, «*l'absence de conflits d'intérêts est indispensable à l'exercice de la profession d'avocat et implique, notamment, que les avocats se trouvent dans une situation d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics et des autres opérateurs dont il convient qu'ils ne subissent aucune influence*»<sup>5</sup>.

C'est en ce sens que s'était prononcée la CJUE en 2010 pour considérer comme justifiée l'interdiction imposée par une loi italienne aux avocats inscrits en Italie d'être employés, même à temps partiel, par une entité publique<sup>6</sup>.

A priori, cette décision apparaît donc fondée sur une application logique de critères déontologiques liés à l'indépendance d'une avocate salariée dont les employeurs ne sont pas inscrits au sein du même barreau.

Naturellement, conformément au principe de proportionnalité, de telles règles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de prévention des conflits d'intérêts.

Or, la décision du Tribunal fédéral n'apparaît pas forcément disproportionnée dès lors que la juridiction interprète assez largement l'article 8 de la LLCA en admettant que l'exigence d'indépendance puisse être satisfaite dans la mesure où l'avocat est employé par une organisation qui, bien que non inscrite à un registre cantonal, présente les mêmes garanties sous l'angle de l'indépendance qu'un engagement par un ou plusieurs avocats inscrits.

En l'espèce, le Tribunal note que les associés de la LLP sont soumis aux règles professionnelles de leurs barreaux respectifs, qui comportent certaines différences avec la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, notamment concernant le principe d'indépendance. L'argument de la requérante selon lequel l'ensemble des associés de la LLP s'astreignent à respecter les règles professionnelles des différentes juridictions dans lesquelles la structure possède des locaux ne convainc pas les juges que l'engagement de la requérante par la LLP présente les mêmes garanties d'indépendance que si elle était employée par un ou plusieurs avocats inscrits dans un registre cantonal. En effet, le Tribunal souligne que les associés de la LLP ne sont pas strictement tenus d'observer l'ensemble des règles professionnelles applicables dans l'ensemble des lieux d'implantation de la structure et ne sont pas soumis à la surveillance disciplinaire d'une autorité cantonale suisse.

4 CJUE, 2.12.2010, Edyta Joanna Jakubowska, aff. C-225/09, point 57.

5 CJCE, 19.2.2002, Wouters, aff. C-309/99, points 100-102.

6 CJUE, aff. C-225/09, précitée, point 61.

En outre, plusieurs solutions étaient ouvertes à la requérante et aux associés de la LLP pour organiser leurs relations de travail (inscription de la requérante en tant qu'avocate non salariée ou inscription d'au moins un associé de la structure au barreau de Genève) qui n'apparaissent pas de nature disproportionnée selon la juridiction suisse.

Le Tribunal fédéral ayant validé le caractère justifié et proportionné de la décision de refus de son inscription au registre cantonal, la requérante développe des arguments complémentaires relatifs à la violation des principes de non-discrimination et du droit de la concurrence. Sur ces questions aussi, des parallélismes avec le raisonnement des juridictions de l'Union sont naturellement nécessaires.

## II. Discrimination à rebours et violation du principe d'égalité de traitement

En l'espèce, la requérante invoque une discrimination à rebours dès lors que les règles qui lui sont imposées ne sont pas imposées aux avocats établis dans les Etats membres de l'Union européenne et qui interviendraient au sein du barreau Suisse en tant que prestataires de services.

Le Tribunal fédéral balaie cet argument, considérant que la question de la discrimination à rebours doit uniquement être examinée à la lumière du droit interne. Or, du point de vue du droit suisse, cette discrimination trouverait une justification dans l'importance que revêt l'indépendance de l'avocat, qui est d'intérêt public<sup>7</sup>.

Cette argumentation semble pouvoir être soutenue par la jurisprudence de la CJUE, selon laquelle les dispositions du droit de l'Union en matière de libre circulation ne trouvent pas à s'appliquer dans une situation interne, sauf en cas de discriminations à rebours et si le principe même de la discrimination à rebours à l'encontre des nationaux est interdit par le droit de l'Etat membre concerné<sup>8</sup>.

Toutefois, il est opportun de souligner ici la récente jurisprudence de la CJUE. Il s'agissait ici d'un cas de discrimination à rebours dans le cadre de l'application de la directive 98/5/CEE. Un fonctionnaire exerçant concomitamment la profession d'avocat avait été radié de l'ordre des avocats de Pérouse (Italie) à la suite d'un changement législatif. La CJUE, interrogée sur la compatibilité de la législation italienne avec le droit de l'Union européenne, s'est notamment prononcée sur la notion de discrimination à rebours au regard des règles de libre établissement des avocats au sein de l'Union<sup>9</sup>.

Ainsi, la Cour a précisé que *«la règle énoncée à l'article 8 de la directive 98/5 n'a pas seulement pour objet d'accorder aux avocats inscrits dans un Etat membre d'accueil sous leur titre professionnel obtenu dans un autre Etat membre les mêmes droits que ceux dont jouissent les avocats inscrits dans cet Etat membre d'accueil sous le titre professionnel obtenu dans celui-ci. En effet, cette règle assure également que ces derniers ne subissent pas une discrimination à rebours, ce qui pourrait survenir si les règles qui leur sont imposées n'étaient pas appliquées aussi aux*

*avocats inscrits dans ledit Etat membre d'accueil sous un titre professionnel obtenu dans un autre Etat membre»*.

On comprend donc que la discrimination à rebours est interdite par principe dans le texte même de la directive 98/5/CE. L'argumentation du Tribunal fédéral sur l'admissibilité de cette discrimination au regard du droit interne apparaît, par conséquent, fragilisée.

Toutefois, il conviendrait d'examiner s'il existe réellement, en l'espèce, une discrimination avérée puisque la requérante met en perspective deux situations sensiblement différentes, l'une relevant de la liberté d'établissement, l'autre de la libre prestation de services.

Ainsi, conformément au principe de non-discrimination, des situations comparables ne doivent pas être traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée<sup>10</sup>.

Or, la requérante souhaitant s'établir en Suisse n'est pas dans une situation tout à fait comparable à celle d'avocats établis dans d'autres Etats membres et qui prestent leurs services en Suisse, pour une durée limitée à 90 jours par an. La réalité d'une discrimination, définie en tant que principe général du droit de l'Union, doit être examinée.

La requérante soutient, enfin, que le principe d'égalité de traitement n'a pas été respecté dès lors que, avant elle, plusieurs avocats employés par des LLP américaines ont été inscrits au registre du canton de Genève. Le Tribunal fédéral estime que le changement de pratique récent des autorités suisses visant à se mettre en conformité avec les dispositions légales applicables est fondé sur des motifs sérieux et objectifs. Dès lors, une hiérarchie est établie entre le principe d'égalité de traitement et le principe de légalité, le premier devant céder le pas devant le second.

Ce raisonnement pourra trouver un soutien important auprès de la jurisprudence des juridictions de l'Union, selon laquelle *«le respect du principe d'égalité de traitement doit se concilier avec le respect du principe de légalité selon lequel nul ne peut invoquer, à son profit, une illégalité commise en faveur d'autrui»*<sup>11</sup>.

Reste l'argument lié à la violation des règles applicables en matière de droit de la concurrence. Ici encore, aux fins de l'analyse, certains rapprochements peuvent être effectués avec le droit de l'Union.

## III. Les effets anticoncurrentiels de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats

La requérante soulève, enfin, que la décision de la commission de recours refusant de l'inscrire au registre cantonal viole les règles de droit de la concurrence, portant ainsi

<sup>7</sup> Point 5.2.3 de l'arrêt.

<sup>8</sup> CJUE, 21 juin 2012, Susisalo e. a., aff. C-84/11, point 21.

<sup>9</sup> CJUE, aff. C-225/09, précitée, points 31 et 32.

<sup>10</sup> Arrêt du Tribunal de l'UE, 11 décembre 2003, Breton/Cour de justice, T-323/02, point 99.

<sup>11</sup> Voir, notamment, TPICE, 22.12.2005, Gorostiaga Atxalandabaso/Parlement, T-146/04, point 141.

une atteinte grave à sa liberté économique. En effet, celle-ci serait désavantagée eu égard aux autres avocats inscrits et salariés de LLP américaines. Par ailleurs, une telle décision aurait pour effet d'affaiblir la place suisse dans le domaine de l'arbitrage international.

Les règles suisses relatives au droit de la concurrence étant comparables à la législation de l'Union dans ce domaine, ce dernier argument peut également être analysé au travers du prisme du droit de l'Union européenne et, notamment, de la jurisprudence relative aux ordres professionnels et au droit de la concurrence.

Conformément à une jurisprudence constante de la CJUE, les ordres professionnels possèdent un double visage. D'un côté, les ordres peuvent intervenir dans le cadre de prérogatives d'ordre public. Leurs décisions échappent alors au champ d'application du droit de la concurrence. De l'autre, les ordres peuvent être considérés comme des associations d'entreprises lorsque les réglementations qu'ils arrêtent leur sont exclusivement imputables et constituent l'expression de la volonté de représenter les membres d'une profession tendant à obtenir de ceux-ci qu'ils adoptent un comportement déterminé dans le cadre de leur activité économique. C'est dans cette seconde hypothèse qu'un comportement anticoncurrentiel peut éventuellement être reproché à un ordre professionnel, dans la mesure où celui-ci ne serait pas justifié par un objectif d'intérêt général.

En l'espèce, un éventuel comportement anticoncurrentiel de la commission du barreau du canton de Genève est immédiatement écarté par le Tribunal fédéral. Se référant à l'article 8 de la LLCA, celui-ci souligne que la restriction à la liberté économique dispose d'une base légale et rappelle son raisonnement selon lequel la protection de l'indépendance de l'avocat salarié représente un intérêt public qui justifie le fait que seul un avocat engagé par un autre avocat lui-même inscrit au registre cantonal puisse figurer audit registre.

On en déduit donc que, aux yeux du Tribunal fédéral, la décision de refus de la Commission du barreau du canton de Genève est fondée sur des prérogatives d'ordre public puisque prise en application de la loi. Celle-ci ne peut donc être analysée comme une décision d'association d'entreprise ayant un effet anticoncurrentiel au sens du droit de la concurrence.

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral refuse de s'écarter des règles posées par le législateur et invite les acteurs du marché concerné à s'organiser en conformité avec la législation fédérale.

Il découle de cette lecture comparative que les garanties d'indépendance telles qu'attendues par la commission du barreau du canton de Genève peuvent être considérées comme justifiées au regard du droit européen et de la jurisprudence dans ce domaine.



**TAS / CAS**  
TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT  
COURT OF ARBITRATION FOR SPORT

**PREMIÈRE CONFÉRENCE DU TAS  
SUR LA MÉDIATION – 16 MAI 2014,  
MUSÉE OLYMPIQUE, LAUSANNE**

**But de la conférence:** cette première conférence du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) sur la médiation se propose de promouvoir la résolution des litiges sportifs par la médiation en explorant le cadre juridique, les aspects pratiques ainsi que les perspectives de la médiation dans le domaine du sport.

**Public visé:** les avocats et les juristes qui exercent leurs activités dans les domaines de la résolution des litiges sportifs ainsi que toute autre personne intéressée par la médiation dans le domaine du sport.

**Lieu et langue:** la conférence aura lieu à l'Auditorium du Musée Olympique à Lausanne et les présentations seront données en anglais ou en français, avec traduction simultanée dans l'autre langue. Pour plus d'informations sur le programme ainsi que pour l'inscription: [www.tas-cas.org/seminaires](http://www.tas-cas.org/seminaires)



**Qui œuvre  
dans les  
coulisses?**

[www.staempflieditions.com](http://www.staempflieditions.com)