

Mathieu Blanc* et Nicolas Iynedjian**

Renforcement du libre accès au marché intérieur pour les avocats

Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C 85/2008 du 24 septembre 2008

Mots clés : Droit public, marché intérieur, libre circulation des avocats, conditions pour engager un avocat stagiaire

I. Introduction

Cet article a pour objet de présenter l'arrêt rendu le 24 septembre 2008 par la II^e Cour de droit public du Tribunal fédéral et ses conséquences sur le libre accès au marché intérieur pour les avocats. Dans un premier temps, nous résumerons succinctement les faits avant de présenter les principaux considérants de l'arrêt (II). Ensuite, nous ferons un bref commentaire de l'arrêt en mettant en exergue ses effets principaux (III).

Les auteurs signalent ici qu'ils sont les parties qui ont porté cette affaire devant le Tribunal fédéral, de concert avec la Commission de la concurrence.

II. L'arrêt

1. Résumé des faits

En mai 2007, Mathieu Blanc a requis auprès du Tribunal cantonal vaudois son inscription au tableau des avocats stagiaires du canton de Vaud afin d'effectuer son stage auprès de Nicolas Iynedjian. Ce dernier a obtenu son brevet d'avocat vaudois en juillet 2001, à la suite d'un stage d'avocat dans une étude de Lausanne. Il a ensuite travaillé comme avocat à Genève et Zurich avant de s'établir à Lausanne en octobre 2006.

La Cour administrative du Tribunal cantonal a d'abord rejeté cette requête d'inscription au motif que l'avocat ne disposerait pas d'une pratique de cinq ans dans le canton, condition requise par l'article 18 de la Loi vaudoise sur la profession d'avocat (LPaV) pour pouvoir former un stagiaire. L'avocat et l'avocat stagiaire (ci-après «les recourants») ont alors recouru au Tribunal administratif du canton de Vaud contre cette décision en invoquant en particulier une violation de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) et de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA).

Le Tribunal administratif a en deux temps finalement rejeté le 20 décembre 2007 leur recours ainsi que celui que la Commission de la concurrence (ci-après la «ComCo»). Cette dernière avait recouru fondée sur l'article 9 alinéa 2^{bis} LMI, cette disposition lui conférant un droit de recours pour faire constater les violations à la LMI.

* Licencié en droit, avocat stagiaire Froriep Renggli Lausanne.

** Docteur en droit, LL.M. (Columbia), avocat Froriep Renggli Lausanne, chargé de cours à la Faculté des HEC de l'Université de Lausanne.

Aussi bien les recourants que la ComCo ont recouru au Tribunal fédéral contre cette décision en déposant un recours en matière de droit public (art. 82 let. a LTF). Les recours ont été admis.

2. Considérants de la décision du Tribunal fédéral du 24 septembre 2008

Après avoir procédé à l'examen de la recevabilité des recours, le Tribunal fédéral a analysé dans quelle mesure la LMI et la LLCA étaient applicables au cas d'espèce. En particulier, il s'agissait de déterminer si la LLCA était une *lex specialis* dérogeant à la LMI ou si les deux textes s'appliquaient concurremment.

L'article 3 al. 1 LLCA réserve des compétences cantonales dans le domaine de la formation des stagiaires. Par conséquent, si la LLCA devait constituer une *lex specialis*, le canton de Vaud pouvait prétendre que l'article 3 al. 1 LLCA lui permettait d'édicter des règles restreignant l'accès à la formation des stagiaires par des avocats provenant d'autres cantons.

Les juges de Mon Repos ont considéré qu'un avocat pouvait invoquer la LMI pour former un stagiaire, nonobstant la compétence de réglementer la formation des stagiaires conférée par la LLCA aux cantons. Cette législation consacre en effet la primauté du marché intérieur sur le fédéralisme, et le Tribunal fédéral a jugé que les cantons ne pouvaient pas se fonder sur l'art. 3 al. 1 LLCA pour s'opposer ou restreindre le principe du libre accès au marché par les avocats (consid. 5.4).

Ensuite, le Tribunal fédéral a examiné si le refus de l'autorité cantonale de laisser l'avocat engager un stagiaire était conforme à l'article 2 al. 4 LMI. Cette disposition prévoit qu'une personne doit pouvoir s'établir dans un autre canton pour exercer sa profession conformément aux règles du canton de provenance. Dans le cas d'espèce, l'avocat remplissait les conditions pour engager un stagiaire dans le canton de Genève. Le Tribunal fédéral a dès lors retenu que l'avocat devait également pouvoir former un avocat stagiaire dans le canton de Vaud. La LMI prévoit toutefois que l'accès au marché peut être restreint si certaines conditions sont remplies. Ainsi, pour être valable, le refus des autorités vaudoises devait satisfaire aux exigences posées par l'article 3 LMI.

Cette disposition prévoit que les restrictions sont autorisées uniquement si elles:

- s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux;
- sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants;
- dépendent au principe de la proportionnalité.

Le premier critère pour qu'une restriction à l'accès au marché soit admise est rempli dès lors que l'exigence d'être au bénéfice d'une pratique cantonale de 5 ans s'applique tant aux avocats vaudois qu'à ceux qui viennent d'un autre canton. S'agissant du critère d'intérêt public, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir s'il existait un intérêt public prépondérant à ce que le maître de stage ait une pratique dans le canton de Vaud, plutôt que dans un autre canton suisse (consid. 6.2.2).

En revanche, en exigeant de Nicolas lynchéjian qu'il ait une expérience de 5 ans dans le canton avant d'engager un stagiaire, les juges de Mon-Repos ont considéré que l'autorité vaudoise avait imposé une restriction disproportionnée. Alors même que l'exigence d'une pratique professionnelle d'une certaine durée est admissible, le principe selon lequel elle doit s'exercer dans le canton de Vaud sans égard à la pratique acquise dans d'autres cantons est critiquable. Comme le relève notre Haute Cour, «[q]uelles que soient les difficultés que présentent les procédures vaudoises, un avocat qui a plusieurs années de pratique, fût-ce dans un autre canton, doit pouvoir les maîtriser beaucoup plus rapidement». En conséquence, le Tribunal fédéral a retenu que la mesure cantonale restreignant la faculté de l'avocat Nicolas lynchéjian d'engager un stagiaire violait le principe de proportionnalité et, dès lors, limitait indûment l'accès au marché des recourants.

Au vu de l'admission des recours fondée sur l'absence de proportionnalité, le Tribunal fédéral n'a pas examiné les autres griefs soulevés par les recourants. Tout en laissant la question ouverte, le Tribunal fédéral s'est cependant interrogé sur la question de savoir si la mesure cantonale ne favorisait pas les intérêts économiques locaux des avocats du canton.

III. Portée de l'arrêt

1. Renforcement de la protection offerte par la LMI

La LMI tend à la création d'un marché intérieur suisse auquel les différents acteurs économiques peuvent accéder librement. Dans sa version révisée du 16 décembre 2005 (en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2006), l'article 2 al. 4 LMI confère à toute personne ayant son siège ou son établissement dans un canton le droit de s'établir dans un autre canton pour y exercer son activité. Par cette révision, le législateur a souhaité renforcer le principe du marché intérieur face au fédéralisme en supprimant les entraves cantonales et communales à l'accès au marché, et partant favoriser la liberté d'exercer une profession sur tout le territoire de la Confédération (Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la LMI du 24 novembre 2004, FF 2005 I 421, p. 422).

A l'occasion de cette affaire, le Tribunal fédéral a eu pour la première fois depuis la nouvelle l'occasion d'affirmer le droit au libre accès au marché. Depuis cette décision, un nouvel arrêt du 13 octobre 2008 concernant le libre exercice de sa profession par une psychothérapeute provenant du canton des Grisons, qui souhaitait pratiquer dans le canton de Zurich, a confirmé les principes dégagés dans l'arrêt du 24 septembre (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_15/2008 du 13 octobre 2008).

Force est donc de constater l'importance accrue dont jouit la LMI et les conséquences pratiques importantes qu'elle peut

avoir sur un grand nombre de professions en Suisse. Toute entreprise développant une activité réglementée par les cantons et exerçant cette activité sur plusieurs cantons est potentiellement concernée par ces décisions.

2. La LMI reste applicable aux avocats

Une des questions discutées dans cet arrêt était de savoir dans quelle mesure la LMI pouvait être applicable pour les avocats, eu égard à l'existence de la LLCA qui leur est spécifiquement destinée. Dans son arrêt, le Tribunal administratif vaudois avait considéré que la LMI ne s'appliquait pas au motif qu'elle devait céder le pas à la LLCA, qui revêtait selon cette autorité la double qualité de *lex posterior* et de *lex specialis*.

Le Tribunal fédéral s'est écarté de cette interprétation et considère que la LMI continue à régir l'exercice de la profession d'avocat s'agissant du libre accès au marché, à l'exception des domaines spécifiquement réglementés par la LLCA.

Les cantons ne peuvent donc se prévaloir de la réserve prévue à l'art. 3 al. 1 LLCA qui traite seulement des conditions pour l'obtention du brevet pour limiter le libre accès au marché par les avocats. En conséquence, si un domaine concernant la profession d'avocat n'est pas expressément et spécifiquement réglé par la LLCA, ce seront les principes de la LMI, en tant que loi générale, qui s'appliqueront (consid. 5.4).

Cet arrêt revêtira en outre une certaine pertinence lorsqu'il s'agira de déterminer si des sociétés d'avocats (SA, Sàrl) peuvent s'établir sans autre exigence dans d'autres cantons. Le Tribunal fédéral a confirmé la primauté du marché intérieur; il en découle que les sociétés d'avocats devraient pouvoir se prévaloir de l'article 2 al. 4 LMI pour s'établir dans d'autres cantons, sans autres formalités¹. A notre sens, les cantons ne pourront pas se retrancher derrière le critère de l'indépendance de l'article 8 al. 1 let. c LLCA pour imposer leur propre système de sociétés d'avocats et ainsi prescrire une documentation sociale ou contractuelle spécifique aux sociétés d'avocats en provenance d'autres cantons.

3. Conclusion: un renforcement du marché intérieur suisse

La portée de cet arrêt est très importante pour l'ensemble des avocats pratiquant en Suisse. Elle affirme le principe selon lequel n'importe quel avocat peut exercer dans un autre canton s'il remplit les conditions de son canton de provenance, quelle que soit la nature de ses activités (activités de monopole, conseil, formation des stagiaires). Ainsi, le Tribunal fédéral pose une limite claire aux cantons qui souhaiteraient édicter des règles restreignant la libre circulation et le libre accès au marché pour toutes les activités des avocats.

Enfin, plus généralement, cet arrêt souligne que la Suisse est un marché unique dans lequel les entraves et le protectionnisme cantonal ne doivent plus avoir cours!

¹ Le Tribunal administratif du canton de Genève a admis l'établissement de Bär & Karrer SA à Genève fondé principalement sur la LMI (arrêt non publié du 11 mars 2008).