

Traduction libre de l'arrêt publié sur http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=07.09.2012_2C_237/2011. Seul le texte original fait foi.

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C_237/2011

Arrêt du 7 septembre 2012
II^e Cour de droit public

Composition
Mme et MM. les Juges Zünd, Président, Karlen, Aubry Girardin,
Donzallaz et Stadelmann.
Greffier : M. Egli.

Participants à la procédure

1. A. _____,
2. B. _____,
3. C. _____,
4. D. _____,
5. E. _____,
6. F. _____,
7. G. _____,
8. H. _____,
9. I. _____,
10. J. _____,
11. K. _____,

recourants, tous représentés par M^e Adrian Rufener,

contre

Chambre des avocats du canton de Saint-Gall, Klosterhof 1, 9001 Saint-Gall

Objet
Inscription au registre des avocats,

recours contre le jugement de la III^e Chambre civile du Tribunal cantonal de Saint-Gall du 18 janvier 2011.

Faits :

A.

Par requête du 25 mai 2010, les avocats de l'étude saint-galloise X._____ ont intenté une action en constatation de droit devant la Chambre des avocats du canton de Saint-Gall pour faire constater qu'ils étaient autorisés à rester inscrits au registre des avocats après la réorganisation de leur étude en une société anonyme (ci-après SA). La Chambre des avocats a rejeté cette requête par décision du 28 juillet 2010 et constaté que les requérants seraient radiés du registre après la réorganisation prévue. Le 18 janvier 2011, le Tribunal cantonal de Saint-Gall a rejeté le recours interjeté contre cette décision.

B.

A._____ et les dix autres associés de l'étude saint-galloise X._____ ont interjeté un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral concluant, d'une part, à l'annulation de la décision cantonale et, d'autre part, à ce qu'il soit constaté qu'ils sont autorisés à rester inscrits au registre, après la réorganisation de leur étude en SA, en qualité d'employés de cette société. Subsidiairement, ils concluent au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouveau jugement.

C.

La Chambre des avocats et le Tribunal cantonal ont renoncé à formuler des observations. L'Office fédéral de la justice a fait part de ses observations, sans toutefois prendre position.

Considérant en droit :

1.

L'objet du litige consiste à déterminer si un avocat, employé par une étude organisée sous la forme d'une société anonyme, peut requérir son inscription au registre cantonal des avocats. A cette fin, il est nécessaire de trancher la question de savoir si la société anonyme est une forme d'organisation admise par le droit fédéral pour les études qui exercent leur activité dans le cadre du monopole des avocats.

L'autorité précédente a répondu par la négative à ces deux questions en se fondant sur l'art. 8 al. 1^{er} let. d de la Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la

libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA ; RS 935.61). Elle a en effet considéré que la constitution d'une étude d'avocats sous forme de société anonyme était fondamentalement incompatible avec la disposition précitée. En conséquence, elle a retenu que les recourants ne seraient pas en droit de rester inscrits au registre si leur étude était réorganisée en SA. L'autorité cantonale a donc rejeté la requête des recourants du seul fait de la forme de société souhaitée pour leur étude ; elle n'a pas considéré que la société anonyme était en tant que telle une forme juridique pouvant entrer en considération pour une étude d'avocats mais que l'étude des recourants ne satisfaisait pas certains critères nécessaires pour effectuer ce choix.

Les recourants ont soulevé différents arguments, qui seront examinés ci-après successivement, pour critiquer l'interprétation de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA pour laquelle a opté l'autorité précédente. Ils font notamment valoir que l'interdiction d'organiser une étude d'avocats sous forme de société anonyme est contraire à la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst.

2.

Trancher la question litigieuse nécessite tout d'abord d'analyser la portée générale de l'art. 8 LLCA (consid. 3 à 5) et l'interprétation qui en a été donnée jusqu'à présent par la jurisprudence du Tribunal fédéral (consid. 6 et 7). Il conviendra ensuite d'examiner la pratique cantonale rendue à ce jour sur la question de l'admission au registre cantonal d'avocats employés par des sociétés anonymes (consid. 8), la situation qui prévaut aujourd'hui en pratique dans les 14 cantons qui autorisent aujourd'hui ce type de sociétés (consid. 9), les positions de la doctrine (consid. 10), la situation juridique dans les pays voisins (consid. 11), ainsi que les projets législatifs en cours (consid. 12). C'est sur la base de ces considérations qu'il faudra déterminer si l'interprétation de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA conduit ou non à exclure la société anonyme comme forme juridique d'organisation pour une étude d'avocats (consid. 13 à 22), avant de trancher le cas concret soulevé par la requête en constatation des recourants (consid. 23).

3.

L'avocat qui souhaite pratiquer la représentation de partie en justice en Suisse doit requérir son inscription au registre du canton dans lequel il a son adresse professionnelle (art. 4 et 6 al. 1^{er} LLCA). Pour s'inscrire au registre, l'avocat doit être titulaire d'un brevet d'avocat (art. 7 al. 1^{er} LLCA) et remplir certaines conditions personnelles définies à l'art. 8

LLCA. L'indépendance figure au nombre de ces conditions. En vertu de l'art. 8 LLCA al. 1^{er} let. d LLCA, l'avocat doit « être en mesure de pratiquer en toute indépendance ; il ne peut être employé que par des personnes qui sont elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal ».

L'indépendance au sens de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA est d'abord une indépendance institutionnelle : l'avocat doit organiser son activité de manière à pouvoir exercer en toute indépendance. A cela s'ajoute les exigences de l'art. 12 let. b et c LLCA, qui prévoit que dans chacun des mandats qu'il accepte, l'avocat doit agir en toute indépendance et s'interdire tout conflit d'intérêt (indépendance matérielle). L'avocat s'oblige ainsi à une indépendance tant institutionnelle que matérielle, la dernière devant être analysée pour chaque mandat individuellement. Alors que l'indépendance institutionnelle constitue une condition d'inscription au registre et d'admission à la profession, l'indépendance matérielle est une règle professionnelle dont la violation sera sanctionnée disciplinairement (cf. BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, N 1328 s.; WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, 2010, N 110 ss.; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, N 1022 et 1059; STAEHELIN/OETIER, in Fellmann/Zindel [éd.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2^e éd., 2011, N 31 ad art. 8 LLCA; MICHEL VALTICOS, in Valticos/Reiser/Chappuis [éd.], Commentaire romand, Loi sur les avocats, 2010, N 74 s. ad art. 12 LLCA).

Si la loi garantit l'indépendance à deux niveaux différents, en raison de son importance, il convient d'en garder à l'esprit les objectifs respectifs. L'indépendance institutionnelle vise à exclure de la profession tout avocat dont l'indépendance fait d'emblée défaut pour des raisons d'organisation. Une fois inscrit au registre, l'avocat reste tenu d'éviter les conflits d'intérêt et de respecter le principe d'indépendance à chaque fois qu'il accepte et exécute un mandat, conformément à l'art. 12 let. b et c LLCA. Comme l'a déjà relevé le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence, ce qui précède influence la sévérité avec laquelle on doit juger le degré d'indépendance institutionnelle exigé d'un avocat. Si l'indépendance matérielle ne peut être réalisée qu'à partir d'un certain degré d'indépendance institutionnelle, les exigences à cet égard ne doivent toutefois pas être strictes au point d'exclure de manière absolue toute atteinte éventuelle au principe d'indépendance (**ATF 130 II 87** consid. 5.2 p. 103 s.). L'inscription ne peut être refusée qu'à celui qui, compte tenu de son statut particulier et sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à des clarifications approfondies, montre qu'il n'a selon toute vraisemblance pas l'indépendance requise (arrêt 2A.126/2003 du 13

avril 2004 consid. 4.3). La doctrine retient également que l'indépendance institutionnelle exigée par la loi doit être interprétée de manière étroite, dès lors qu'elle ne constitue pas le noyau central du droit de l'avocat (SCHILLER, op. cit., N 1146).

4.

L'indépendance institutionnelle, comme condition d'inscription au registre, est une restriction à la liberté économique de toute personne qui souhaite exercer une activité d'avocat en Suisse dans le cadre du monopole. L'art. 27 Cst. garantit explicitement le libre accès à une activité économique lucrative privée. L'activité d'avocat dans le cadre du monopole constitue l'une de ces activités (**ATF 130 II 87** consid. 3 p. 92). Les restrictions à la liberté économique ne sont admises qu'aux conditions prévues par l'art. 36 Cst.

L'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA constitue une base légale suffisante pour exiger de l'avocat une indépendance institutionnelle. Conformément à l'art. 36 al. 2 et 3 Cst., toute restriction de la liberté économique ne peut être justifiée que par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui ; elle doit par ailleurs être proportionnée au but visé. L'art. 190 Cst. n'autorise pas le Tribunal fédéral à revoir la constitutionnalité des lois fédérales et, partant, celle de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA. Le Tribunal fédéral doit néanmoins tenir compte dans son interprétation de la signification constitutionnelle de la norme qu'il examine. Pour ce motif aussi, la jurisprudence retient qu'il faut se garder de poser des exigences exagérées en matière d'indépendance institutionnelle. L'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA doit être interprété en ce sens qu'il n'est possible d'interdire aux avocats brevetés de pratiquer la représentation de partie en justice que dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif visé par cette disposition (**ATF 130 II 87** consid. 3 p. 92 s.).

5.

La signification du principe d'indépendance, que l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA garantit du point de vue institutionnel, n'est pas contestée par les participants à la procédure. Le Tribunal fédéral a déjà plusieurs fois rappelé que l'indépendance avait pour objectif que l'avocat se voue pleinement aux intérêts de son client, sans être influencé par des circonstances externes. L'avocat doit garantir que toutes les démarches qu'il effectue dans une affaire sont fournies exclusivement dans l'intérêt de son mandant. Le client qui s'adresse à un avocat doit pouvoir compter sur le fait que celui-ci n'est en aucun cas lié à un tiers dont les

intérêts pourraient éventuellement entrer en conflit avec les siens. L'indépendance apparaît ainsi comme une dimension essentielle de la confiance qui doit être placée dans l'avocat et sa profession (**ATF 130 II 87** consid. 4.1 et 4.2 p. 93 ss et les références).

Le devoir d'indépendance interdit à l'avocat d'accepter des liens qui pourraient aller à l'encontre des intérêts de ses clients. L'avocat ne doit ainsi pas être dans un rapport de dépendance, économique ou autre, par rapport aux autorités étatiques, à des tiers, mais aussi à ses propres clients. Il doit au contraire pouvoir représenter à part entière et en toute objectivité les intérêts de son client, sans être entravé par des liens personnels ou financiers (**ATF 130 II 87** consid. 4.2 p. 95). Le principe d'indépendance vaut particulièrement l'égard de tiers qui ne sont pas eux-mêmes inscrits à un registre cantonal des avocats (art. 10 al. 2 du Code suisse des déontologie de la Fédération Suisse des Avocats du 10 juin 2005 [<http://www.sav-fsa.ch/Regelwerk-national.769.0.html?&L=1>] ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, op. cit., N 268 s.). L'avocat doit non seulement être indépendant dans son état d'esprit (« *independance in mind* »), mais également dans le comportement en affaires qu'il adopte vis-à-vis de l'extérieur (« *independance in appearance* ») (STAEHELIN/OETIKER, op. cit., N 33 ad art. 8 LLCA).

L'indépendance de l'avocat est un principe communément admis. En revanche, sa portée est conçue de manière très différente d'une législation à l'autre. Ainsi, les pays qui ont pour source le droit romain interdisent le plus souvent à l'avocat d'avoir des activités accessoires lucratives en dehors de sa profession. La situation est diamétralement opposée dans les pays à tradition anglo-américaine, dès lors que l'exercice de telles activités est très largement autorisé. Quant au droit allemand, il adopte une position intermédiaire (**ATF 123 I 193** consid. 4a p. 195 s. ; BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1310 ss.).

6.

Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral ne s'était prononcé que sur la question de savoir dans quelle mesure les avocats employés par des personnes non-inscrites au registre pouvaient être considérés comme indépendants. Selon la teneur de l'art. 8 al. 1er let. d LLCA, l'indépendance n'est plus garantie dès qu'un avocat est l'employé d'un non-avocat, sous réserve de l'exception prévue par l'art. 8 al. 2 LLCA (avocat employé par une organisation reconnue d'utilité publique). Le Tribunal fédéral a toutefois déjà reconnu que la lettre de cette disposition était rédigée de manière trop large et ne reflétait pas son véritable sens. Une interprétation purement littérale aurait en effet pour conséquence

que le fait d'avoir un autre emploi même à temps partiel suffirait à exclure l'exercice d'une activité d'avocat indépendant. Une telle interprétation serait incompatible avec la liberté économique (dont le Tribunal fédéral doit tenir compte dans son interprétation ; cf. consid. 4). L'exigence d'indépendance institutionnelle ne vise à interdire que les rapports de travail qui concernent l'exercice de la profession d'avocat elle-même et dans lesquels l'employeur n'est pas inscrit au registre des avocats. Elle ne s'oppose en revanche pas à l'exercice d'une activité d'avocat en dehors de la relation de travail (**ATF 130 II 87** consid. 5.2 p. 102 s.). Cette interprétation de l'article 8 al. 1^{er} let. d LLCA a conduit le Tribunal fédéral à admettre l'inscription d'un avocat employé à plein temps dans le secteur industriel, mais qui, durant son temps libre et avec l'autorisation expresse de son employeur, traitait des mandats privés. Le risque d'un conflit d'intérêts, dans une telle situation, est *a priori* beaucoup moins important que pour un emploi au sein d'une entreprise qui fournit des conseils juridiques ou financiers (arrêt 2A.111/2003 du 29 janvier 2004 consid. 7). Le Tribunal fédéral a également autorisé l'inscription d'un avocat employé à plein temps par une assurance, mais qui s'était contractuellement engagé à exclure toute confusion possible entre son activité d'avocat indépendant et celle qu'il exerçait pour le compte de l'assurance (arrêt 2A.124/2005 du 25 octobre 2005 consid. 2). En revanche, le Tribunal fédéral a considéré que les exigences en matière d'indépendance institutionnelle n'étaient pas satisfaites dans le cas d'un avocat employé par une société de médias et qui souhaitait reprendre tous les mandats de son employeur, de ses collègues et des entreprises proches de cette société (arrêt 2A.285/2003 du 7 avril 2004 consid. 2). Il en a jugé de même pour un vice-directeur de banque et le gérant d'une fiduciaire, dès lors que ceux-ci n'étaient pas parvenus à établir une séparation suffisante entre leur activité d'avocat et celles exercées pour le compte de leur employeur (**ATF 130 II 87** consid. 7 p. 107 s.; arrêt 2A.126/2003 du 13 avril 2004 consid. 5.2).

Le Tribunal fédéral s'est également laissé guider par les principes exposés ci-dessus pour évaluer si l'exercice d'une activité d'avocat était compatible ou non avec une activité dans le secteur public, au regard du principe de l'indépendance de la justice (art. 30 Cst.). Il a par exemple considéré comme disproportionné de refuser à une greffière, employée par un tribunal de district dans le canton d'Argovie, d'exercer une activité d'avocate à temps partiel dans l'ensemble du canton d'Argovie. Le fait de limiter l'activité de la requérante à des mandats situés en dehors de la compétence du tribunal de district était suffisant pour garantir son indépendance (arrêt 2P.301/2005 du 23 juin 2006 consid. 5, in ZBI

107/2006 p. 586 ss et 589 ss.). Toujours en rapport avec la question de l'indépendance judiciaire, le Tribunal fédéral a également admis qu'un avocat exerce une fonction de juge à titre accessoire (**ATF 133 I 1** consid. 6.4.1 et 6.4.2 7; critiqué par REGINA KIENER, *Anwälte und andere Richter*, RSJ 108/2011 p. 373 ss.)

7.

La jurisprudence exposée ci-dessus concernait toujours l'engagement d'avocats par des employeurs qui n'étaient pas inscrits au registre des avocats. Jusqu'à aujourd'hui, le Tribunal fédéral n'a donc jamais eu à se prononcer sur l'indépendance d'avocats employés au sein d'une étude d'avocats. Les considérations qui précèdent permettent toutefois de penser que de tels emplois ne sont pas problématiques dès lors que l'employeur fournit lui-même les garanties nécessaires (**ATF 130 II 87** consid. 4.3.4 p. 99). Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a également relevé que, contrairement au cas d'une fiduciaire, l'avocat inscrit au registre était soumis comme employeur à des règles déontologiques et, en conséquence, à l'autorité disciplinaire. L'avocat employeur n'est donc pas en droit d'exercer une quelconque influence sur son collaborateur au profit d'un autre client. Par ailleurs, tout conflit d'intérêt, aussi bien pour l'avocat-employeur que pour l'avocat-collaborateur, se traduit impérativement par une obligation de refuser le mandat y relatif (arrêt 2P.187/2000 du 8 Janvier 2001 consid. 4c, in *Pra* 2001 N 141 pp. 835 ss et 843 ss.)

8.

Lors des discussions qui ont précédé l'entrée en vigueur de la LLCA, le besoin de pouvoir organiser les études d'avocats sous la forme de sociétés de capitaux ou d'autres entités était déjà identifié. Le Conseil fédéral a toutefois souhaité « *ne pas bloquer une possible évolution dans ce domaine* » (Message du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, FF 1999 5331, 5354 ch. 172.17 rem. 44). Il a donc volontairement renoncé à une réglementation, tout comme le Parlement à sa suite. Celui-ci a cependant adopté la motion 99.3656 du Conseiller aux Etats Anton Cottier et chargé le Conseil fédéral « *d'étudier sous quelles formes (cabinets d'avocats, collectifs de médecins, etc.) les membres des professions libérales pourraient s'organiser et de présenter, si nécessaire, au Parlement une base légale adéquate* ». La motion a toutefois été mise de côté par la suite et la réglementation envisagée n'est toujours pas entrée en vigueur (cf. consid. 12).

Nonobstant l'absence de réglementation dans ce domaine, les autorités cantonales de surveillance sont régulièrement invitées, depuis 2006, à inscrire des avocats qui souhaitent travailler comme employés d'une SA ou d'une Sàrl. Après une première décision positive dans le canton d'Obwald, l'autorité de surveillance de Zurich a retenu, dans une décision remarquée du 5 octobre 2006, que les avocats employés par une SA dominée par des avocats disposaient eux aussi de l'indépendance requise par l'article 8 al. 1^{er} let. d LLCA. Ce faisant, l'autorité de surveillance s'est fondée sur la jurisprudence exposée ci-dessus du Tribunal fédéral sur la question de l'indépendance institutionnelle (consid. 6) et a déclaré qu'une organisation adéquate de la société anonyme permettait d'exclure qu'une personne non-inscrite au registre exerce une influence sur les avocats employés par cette société. Il est ainsi possible d'éviter la mise en place de rapports de subordination correspondant à ceux qui existent souvent pour les avocats employés par des fiduciaires, des assurances ou des banques (décision de l'autorité de surveillance du 5 octobre 2006 in ZR 105/2006 N 71 pp. 294 ss et 299 ss.).

Entre 2007 et 2008, les autorités de surveillance des cantons d'Argovie, de Bâle-Ville, de Berne, des Grisons, de Lucerne, de Schwyz, du Tessin, d'Uri, de Vaud, du Valais et de Zoug se sont elles aussi ralliées à ce point de vue (voir le recueil de décisions publié sur <http://www.bgfa.ch> sous jurisprudence/cantonal, ainsi que les références plus précises in GAUDENZ ZINDEL, *Anwaltsgesellschaften in der Schweiz*, RSJ 108/2012 pp. 249 ss et 253; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, op. cit., N 1600 ss.). A Genève, l'autorité de surveillance a dans un premier temps refusé ce type d'inscription en application d'une disposition cantonale spéciale. Le tribunal administratif du canton a par la suite annulé cette décision et autorisé l'inscription sur la base du droit fédéral (cf. MEIER/REISER in Valticos/Reiser/Chappuis [éd.], op. cit., N 55 ad art. 8 LLCA). Aujourd'hui, 14 cantons autorisent l'organisation d'études d'avocat sous la forme de sociétés de capitaux (ZINDEL, op. cit., p. 253). Tous n'autorisent en revanche pas les sociétés qui proposent des services dans différents domaines (*multidisciplinary partnerships*, cf. MEIER/REISER, op. cit., N 57 ad art. 8 LLCA).

Seule la Chambre des avocats saint-gallois a donc refusé, en date du 28 juillet 2010, de suivre la pratique exposée ci-dessus et d'inscrire au registre les avocats employés par une SA d'avocats. L'autorité inférieure ayant confirmé cette décision, le Tribunal fédéral doit donc se prononcer aujourd'hui sur l'admissibilité des sociétés de capitaux d'avocats en droit suisse.

9.

Dans les 14 cantons précités, il a largement été fait usage de la possibilité d'organiser les études d'avocats sous forme de sociétés de capitaux. Selon un sondage de la Fédération Suisse des Avocats, fin 2009 déjà, 80 études regroupant 908 membres s'étaient constituées en sociétés de capitaux. Il ne s'agissait pas seulement de grandes études d'avocats, mais également d'études de taille moyenne ou plus petites. Dans la plupart des cas, les avocats concernés ont choisi de fonder une SA, plus rarement une Sàrl (cf. BEAT VON RECHENBERG, Die Anwalts-Gesellschaft als Faktum, Revue de l'avocat 2010, p. 190 ss. ; ZINDEL, op. cit., p. 250).

Les raisons qui ont poussé ces études à adopter ce type d'organisation sont nombreuses. La constitution d'une société anonyme doit faciliter le départ et le remplacement d'un associé et permettre de professionnaliser l'activité de l'étude (établissement d'une raison sociale, renforcement du goodwill, processus de décisions plus souple, contrôle des risques et des finances conforme au standard du droit des sociétés). En outre, les sociétés de capitaux permettent de limiter la responsabilité à laquelle s'exposent les associés individuellement, ce qui correspond à un besoin croissant compte tenu du risque de dommage élevé dans de nombreux domaines. Afin d'être compétitives sur le plan international, il est également important que les études d'avocats suisses puissent disposer des mêmes possibilités d'organisation que dans les pays qui nous entourent afin de garantir un « level playing field » (ZINDEL, op. cit., p. 251 ss.; cf. aussi BOHNET/MARTENET, op. cit., N 2359; SCHILLER, op. cit., N 1247; VALTICOS, op. cit., N 123 ad art. 12 LLCA).

10.

La doctrine récente se prononce presque à l'unanimité en faveur de l'admission des sociétés anonymes d'avocats. Elle souligne que la Constitution fédérale garantit aux avocats, à l'instar d'autres professionnels, la liberté d'organiser leur activité en fonction de leurs besoins. L'interdiction des structures corporatives ne serait pas nécessaire pour assurer l'indépendance et le secret professionnel de l'avocat. Il suffirait de garantir que les avocats inscrits conservent le contrôle de la société. Enfin, ces formes d'organisation ne porteraient pas atteinte aux intérêts des clients (cf. notamment BOHNET/MARTENET, op. cit., N 2401; FELLMANN, Anwaltsrecht, op. cit., N 1593 ss.; HANS NATER, Anwaltsrubrik: Zulässigkeit der Anwalts-

AG: Stunde der Wahrheit, RSJ 107/2011, p. 212 ss., 214 s.; SCHILLER, op. cit., N 1248 ss.; ZINDEL, op. cit., p. 259).

Il ne faut cependant pas oublier que la doctrine a pendant longtemps considéré que les sociétés anonymes d'avocats étaient incompatibles avec le principe d'indépendance (p. ex. RETO SANWALD, Rechtsformen für freie Berufe - eine Auslegeordnung, in Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Ruf/Pfäffli [éd.], 2003, p. 239 ss., 242). Une évolution inverse a ensuite été observée depuis un peu plus d'une dizaine d'années, lorsque les mutations du marché économique – en particulier l'internationalisation croissante des relations – ont contraint les études d'avocats à revoir et adapter leurs structures organisationnelles (cf. BOHNET/MARTENET, op. cit., N 2359; PETER NOBEL, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwälten: Organisationsfreiheit für Anwälte!, in Schweizerisches Anwaltsrecht, Fellmann et al. [éd.], 1998, p. 339 ss., 369 s.; MICHAEL PFEIFFER, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, RDS 115/1996 II p. 253 ss., 291 ss.; RETO VONZUN, Die Anwalts-Kapitalgesellschaft - Zulässigkeit und Erfordernisse, RDS 120/2001 I p. 447 ss.). Il convient également de tenir compte des expériences positives faites depuis cette époque. Il appert que les craintes exprimées initialement étaient infondées et que la mise en place de sociétés anonymes d'avocats a même permis de porter une attention accrue aux questions de l'indépendance et du secret professionnel (ZINDEL, op. cit., p. 260).

11.

De nombreux pays autorisent l'exercice de la profession d'avocat tant sous la forme de sociétés de personnes que de sociétés de capitaux. En Allemagne, en Autriche, en France et dans d'autres pays européens, de même qu'aux États-Unis d'Amérique, les études d'avocats peuvent être organisées sous la forme d'une SA ou d'une Sàrl (cf. BOHNET/MARTENET, op. cit., N 2345 ss.; SANWALD, op. cit., pp. 273 et 282). Le droit français s'illustre par la multiplicité des formes juridiques qu'il offre aux études d'avocats. Celles-ci peuvent en effet s'organiser en une société d'exercice libéral (SEL) dont quatre formes sont possibles, à savoir la SEL à responsabilité limitée, la SEL à forme anonyme, la SEL par actions simplifiée, ainsi que la SEL en commandite par actions (art. 1^{er} et 2 de la Loi N 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales).

L'évolution de la situation juridique en Allemagne est lui aussi révélateur, dès lors qu'elle présente certains parallèles avec celle qu'a connue la Suisse (cf. à ce sujet VOLKER RÖMERMANN, *Anwalts-AG - Ein Zwischenruf aus Deutschland*, in *Jusletter* du 15 janvier 2007, N 1 ss.). Le législateur était conscient qu'une réglementation des sociétés d'avocats était nécessaire. En 1994 déjà, la Cour d'appel de Bavière a autorisé une *Sàrl* d'avocats à s'inscrire au registre du commerce. La *Bundesrechtsanwaltsordnung* du 1^{er} août 1959 (BRAO) a alors été complétée par les art. 59c à 59m, autorisant les études d'avocats à s'organiser sous la forme de *Sàrl* (voir l'art. 59c al. 1^{er} BRAO). Cette première réglementation se limitait ainsi à la seule *Sàrl*. Toutefois, six ans plus tard, en 2000, la Cour d'appel de Bavière a donné son aval à la SA d'avocats. Dans un arrêt daté du 10 janvier 2005, la Cour fédérale allemande a considéré que le fait que le législateur ait renoncé à légiférer sur la société anonyme d'avocats ne permettait pas de déduire que la loi interdisait ce type de sociétés (publié dans *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ] 161 [2005]*, p. 376 ss.). Pour déterminer si les études pouvaient s'organiser en SA, l'existence ou non d'une base légale prévoyant explicitement cette forme n'était pas pertinente ; il convenait plutôt d'examiner s'il existait des dispositions l'interdisant et, cas échéant, si cette prohibition était compatible avec le droit fondamental d'exercer librement sa profession garanti par l'art. 12 al. 1^{er} de la Constitution allemande (p. 382 s de l'arrêt allemand précité).

12.

En 2011, le Parlement fédéral a suivi la proposition du Conseil fédéral de classer la motion Cottier mentionnée au consid. 8. Le Conseil fédéral avait alors expliqué qu'il n'était plus nécessaire d'agir, dès lors qu'il avait déjà été possible de mettre en pratique l'objectif visé par cette motion. Les autorités cantonales de surveillance avaient en effet déjà défini, par le biais de certaines règles déontologiques (*recte* : certaines règles professionnelles), les conditions qui permettaient d'admettre les SA et les *Sàrl* comme formes d'organisation pour les études d'avocats (Rapport du Conseil fédéral : motions et postulats des conseils législatifs 2010. Extrait: Chapitre I ; FF 2011 2463, 2477). Cette appréciation a été approuvée par la Fédération Suisse des Avocats (cf. BEAT VON RECHENBERG, *Anwaltskörperschaft - Wohin führt der Weg?*, *Revue de l'avocat* 2010 p. 425 s.) Il a toutefois été soulevé qu'une réglementation fédérale restait souhaitable pour assurer plus de clarté et contribuer à la sécurité du droit (BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 2356;

MEIER/REISER, op. cit., N 56, 58 ad art. 8 LLCA; SCHILLER, op. cit., N 1425; ZINDEL, op. cit., p. 259).

Dans l'intervalle, la Fédération Suisse des Avocats a entrepris des travaux préliminaires pour unifier entièrement le droit de la profession d'avocat en Suisse. Elle a préparé un projet de loi fédérale sur la profession d'avocat et l'a transmis à l'administration fédérale en février 2012 (cf. ERNST STAEHELIN, Der Entwurf zum neuen Schweizerischen Anwaltsgesetz, Revue de l'avocat 2012 p. 68 ss.) Les art. 38 à 42 du projet contiennent une réglementation expresse des sociétés d'avocats. Les études d'avocats pourront s'organiser selon toutes les formes juridiques du droit suisse, en particulier la SA ou la Sàrl. Elles doivent pour cela respecter certaines conditions, qui s'inspirent de la pratique actuelle des autorités cantonales de surveillance. De manière nouvelle, le projet prévoit qu'une société composée exclusivement d'associés inscrits au registre doit seulement informer l'autorité cantonale, alors qu'une société qui comprend des associés non-inscrits doit requérir une autorisation auprès de cette même autorité (pour plus d'informations sur le projet, cf. ZINDEL, op. cit., p. 256 ss.). Une motion (12.3372) a par ailleurs été déposée par le Conseiller national Karl Vogler en vue d'une loi réglant exhaustivement la profession d'avocat en Suisse, que le Conseil fédéral a proposé d'adopter.

13.

Il convient de tenir compte de l'ensemble de ces éléments pour déterminer si l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA exclut d'emblée l'inscription d'un avocat qui souhaite exercer son activité comme employé au sein d'une SA d'avocats. Comme déjà exposé, le Tribunal fédéral devra faire preuve de retenue dans l'interprétation et l'application de la disposition précitée afin de ne pas prendre position sur des questions de politique juridique. Il doit en particulier s'en tenir aux principes d'interprétation posés par sa jurisprudence.

La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas parfaitement clair ou si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en tenant compte de toutes les méthodes d'interprétations possibles (pluralisme méthodologique). Il s'agira notamment d'examiner les valeurs sur lesquelles la norme repose, ainsi que le contexte historique dans lequel elle est née. La genèse de la norme n'est pas directement déterminante, mais elle sert d'outil pour mieux comprendre son sens. La méthode historique revêt surtout une signification particulière pour des textes récents, dès lors qu'un changement de

circonstances ou une modification de la compréhension juridique paraissent moins suggérer une solution différente. On ne peut s'écarter du texte clair que lorsque de justes motifs montrent clairement qu'il ne reflète pas le sens véritable de la règle. Si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de privilégier celle qui se rapproche le plus du droit constitutionnel. Toutefois, une interprétation conforme à la Constitution a elle aussi ses limites lorsque le texte et le sens adoptés par le législateur sont parfaitement clairs (**ATF 137 III 217** consid. 2.4.1 p. 221 s.; **131 II 697** consid. 4.1 p. 702 s.).

14.

Selon la teneur de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA, un avocat qui souhaite son inscription au registre cantonal des avocats ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites au registre. L'autorité précédente en a conclu que, dans la mesure où une société de capitaux ne peut pas s'inscrire elle-même au registre, les avocats employés par celle-ci ne le peuvent en conséquence pas non plus.

Le texte de l'art. 8 al. 1^{er} let. LLCA n'est toutefois pas parfaitement clair. Comme l'avait déjà relevé le Tribunal fédéral, il ne traduit que de manière superficielle le sens juridique de la norme et, surtout, l'intention du législateur (**ATF 130 II 87** consid. 5.1 und 5.2 p. 99 ss.). Ainsi, le fait que l'avocat soit employé par une personne non-inscrite n'exclut pas obligatoirement son admission au registre des avocats (voir consid. 6). En réalité, l'art. 8 al. 1^{er} let. d i. f. LLCA ne fait que poser une présomption réfragable selon laquelle un avocat collaborateur employé par un non-avocat ne dispose pas de l'indépendance nécessaire (**ATF 130 II 87** consid. 5.1.1 p. 100). Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu à se prononcer sur la question de savoir si et, cas échéant, à quelles conditions, les études organisées en sociétés de capitaux pouvaient renverser cette présomption (cf. consid. 7). A la lumière de la jurisprudence fédérale rendue jusqu'à présent, qui n'a pas fait l'objet d'un examen approfondi par l'autorité précédente, une interprétation littérale ne permet pas de donner une réponse décisive à cette question.

15.

La décision attaquée accorde un poids particulièrement important à l'interprétation historique de la disposition précitée. Cette démarche est conforme à la jurisprudence exposée au consid. 13, en particulier pour

des textes récents dont l'analyse des travaux préparatoires se révèle particulièrement utile.

Comme déjà mentionné, le Conseil fédéral a renoncé à régler dans la LLCA les formes d'organisation admises pour les études d'avocats (consid. 8 i. i.) En revanche, lors des premiers débats parlementaires, le Conseil des Etats a suivi la proposition de sa commission qui recommandait d'ajouter à l'art. 11 let. b P-LLCA (= art. 12 let. b LLCA) que les avocats étaient libres d'organiser leur étude en l'une des formes d'organisation collective prévues par le droit (BO 1999 E 1170 ss). Lors des délibérations, la majorité de la commission du Conseil national a proposé de supprimer cet ajout, alors qu'une minorité souhaitait reprendre, sous une forme quelque peu modifiée, la proposition du Conseil des Etats (cf. BO 2000 N 41). En se référant à la motion Cottier (consid. 8), le Conseil national a finalement suivi la proposition de la majorité. La nécessité d'une réglementation future n'était pas contestée, mais la majorité était d'avis que la création de règles à ce sujet devait être ajournée afin de clarifier dans le détail les questions posées par la motion Cottier. Les votes au sein du Conseil national montrent à suffisance que le législateur souhaitait avant tout laisser la question ouverte (cf. BO 2000 N 42 ss.). Au final, le Conseil des Etats a suivi le Conseil national, en soulignant également que la situation juridique restait inchangée par sa décision (voir BO 2000 E 239).

Il faut noter que le Conseil des Etats a débattu la question de la liberté d'organisation de l'activité d'avocat en dehors de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA (= art. 7 let. e P-LLCA). Lors des premiers débats parlementaires, il s'est non seulement prononcé en faveur de la liberté d'organisation pour l'activité d'avocat (art. 11 let. b P-LLCA), mais aussi pour une formulation de l'exigence d'indépendance institutionnelle beaucoup plus stricte que celle d'aujourd'hui (voir BO 1999 E 1164 ss). Selon le Conseil des Etats, en effet, le principe d'indépendance n'était satisfait que *« lorsqu'il n'existe aucun lien qui expose l'avocat, pendant l'exercice de sa fonction, à une quelconque influence de la part de tiers qui ne sont pas inscrits dans un registre cantonal »* (BO 1999 E 1164). Le Conseil national s'est quant à lui prononcé pour une définition plus étroite de l'indépendance institutionnelle, en ajoutant le critère de l'« emploi » qui a finalement été repris par le Conseil des Etats (cf. BO 2000 N38 ss ; BO 2000 E 234 ss). Dans l'idée d'un prolongement du statu quo, seul l'engagement d'un avocat-collaborateur par un non-avocat devait être incompatible avec le principe d'indépendance. En revanche, l'exercice d'une activité accessoire devait rester possible dans la mesure où elle n'affectait pas l'activité d'avocat (cf. en particulier les votes du Conseiller

national Erwin Jutzet, BO 2000 N 38 et du Conseiller aux Etats Rolf Schweiger, BO 2000 E 235). Il s'ensuit que selon la volonté du législateur, l'indépendance institutionnelle ne vise à exclure que l'engagement de collaborateurs par des personnes non-inscrites au registre dans le but d'éviter la prise d'influence de tiers sur l'activité d'avocat (**ATF 130 II 87** consid. 5.2 p. 103). Le législateur n'a en revanche pas souhaité exclure les sociétés anonymes d'avocats par le biais de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA et s'est réservé la possibilité de régler cette question à une date ultérieure (également BOHNET/MARTENET, op. cit., N 2343; FELLMANN, Anwaltsrecht, op. cit., N 1593; MEIER/REISER, op. cit., N 56 ad art. 8 LLCA; STAEHELIN/OETIKER, op. cit., N 55c ad art. 8 LLCA; VONZUN, op. cit., p. 459 s.).

16.

L'autorité précédente justifie l'interdiction des sociétés anonymes d'avocats en se fondant sur le droit en vigueur et également sur des considérations de portée plus générale. D'après elle, l'unification (partielle) du droit réalisée par la LLCA serait mise en échec si la définition des formes d'organisation possibles pour les études d'avocats relevait de la compétence aux cantons. En outre, l'approbation des sociétés anonymes d'avocats supposerait de fixer pour celles-ci un certain nombre de conditions à respecter. Malgré le retard pris par le législateur pour donner suite à la motion Cottier et adopter une réglementation, il n'appartiendrait pas au juge de se substituer au législateur. Le juge ne peut en effet corriger la loi ou combler une lacune improprement dite. Cette argumentation repose sur l'idée que le législateur doit lui-même régler toutes les questions importantes pour la profession d'avocat et que de nouvelles formes d'organisation ne sont admises que pour autant qu'elles soient autorisées par une base légale existante. L'approche de l'autorité précédente méconnaît toutefois le principe selon lequel l'exercice de la profession d'avocat et les différentes formes d'organisation pour cet exercice bénéficient de la liberté économique et qu'ils sont donc autorisés sous réserve des restrictions reposant sur une base légale et satisfaisant aux conditions de l'art. 36 Cst. (SCHILLER, op. cit., N 1222; cf. également consid. 4). La liberté économique implique aussi la liberté de choisir librement la forme sous laquelle la profession sera exercée (**ATF 131 I 223** consid. 1.1 p. 226). Comme les recourants le soutiennent à juste titre, il ne faut donc pas se demander s'il existe ou non des dispositions légales qui autorisent les sociétés anonymes d'avocats, mais au contraire s'il existe une base légale qui restreint ou interdit la mise en place de telles structures juridiques (cf. ZINDEL, op. cit., p. 254, ainsi que l'arrêt de la

Cour suprême allemande cité au consid. 11). Partant, la question de l'admissibilité des sociétés anonymes d'avocats doit être tranchée à la lumière de celle de savoir si l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA interdit ou non ce type d'organisation et non, comme l'a retenu l'autorité précédente, celle de savoir si le législateur fédéral les a expressément autorisées. Par le biais de la garantie de la liberté économique (art 27 Cst.) et l'exigence d'une indépendance institutionnelle (art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA), le droit fédéral définit uniformément le cadre d'organisation de la profession d'avocat pour l'ensemble de la Suisse. Si nécessaire, il appartient au Tribunal fédéral de clarifier la portée de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA pour les études d'avocats organisées sous la forme de sociétés de capitaux. Le risque d'un morcellement du droit ne semble donc pas plus important que dans d'autres domaines régis par le droit fédéral, mais dont l'exécution revient aux cantons.

17.

Au vu de ce qui précède, les méthodes littérale et historique ne jouent pas un rôle décisif dans l'interprétation de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA. Les considérations générales de l'autorité précédente ne conduisent pas non plus à un résultat clair. Il convient dès lors d'orienter l'interprétation d'après le sens et le but de la norme, tout en tenant compte de sa portée constitutionnelle (consid. 4).

L'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA a été conçu pour assurer l'indépendance de l'activité d'avocat. La norme entend exclure les influences qui découlent d'une relation de travail (cf. consid. 5 et 15). Le législateur ne considère cependant pas cette dernière comme fondamentalement incompatible avec le principe d'indépendance. C'est ce que démontre non seulement l'art. 8 al. 2 LLCA, qui autorise les emplois auprès d'une organisation reconnue d'utilité publique, mais également l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA qui prévoit qu'un avocat peut être employé par des personnes elles-mêmes inscrites au registre. Cette dernière exception se rattache à la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle un avocat peut être employé par un autre avocat sans violer le principe d'indépendance (cf. consid. 7). Compte tenu du but de la loi, le Tribunal fédéral attribue à l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA une portée limitée : les emplois qui sont sans lien avec la profession d'avocat et qui ne menacent pas l'indépendance n'entrent pas dans le champ d'application de cette norme (consid. 6).

Le cercle des avocats qui peuvent exercer un emploi dépendant au sens de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA doit également être déterminé compte tenu de l'objectif visé par la norme. Comme déjà mentionné, le fait qu'un avocat soit employé par un avocat inscrit au registre ne menace pas l'indépendance. La situation n'est pas différente lorsqu'il s'agit, non pas

d'avocats inscrits au registre, mais d'une étude d'avocats organisée sous la forme d'une société entièrement contrôlée par des avocats inscrits. L'argument formel qui consiste à dire qu'une personne morale n'est pas elle-même inscrite au registre apparaît dénué de toute pertinence en ce qui concerne le respect du principe d'indépendance. L'effet de la relation de travail est le même que si les avocats de la société étaient engagés directement par un avocat inscrit au registre (cf. SCHILLER, op. cit., N 1257 s.; STAEHELIN/OETIKER, op. cit., N 37 ad art. 8 LLCA). L'indépendance de l'avocat ne dépend pas de la forme juridique de l'étude, mais de la manière dont celle-ci est concrètement organisée. Lorsque celle-ci est conçue de façon à ce que seuls les avocats inscrits puissent exercer une influence sur la relation de travail, l'indépendance nécessaire est garantie. Cette exigence peut également être assurée au sein des sociétés de capitaux. Le but de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA n'exige donc pas d'interdire de manière générale la constitution d'études d'avocats sous la forme de sociétés de capitaux.

18.

Attribuer à l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA une signification trop large violerait également le droit constitutionnel. Dès lors que le choix de la forme juridique pour exercer l'activité d'avocat bénéficie de la liberté économique, il ne peut être limité que dans l'intérêt public. Or personne ne soutient qu'il est nécessaire d'interdire de manière générale les sociétés de capitaux d'avocats pour garantir l'indépendance de l'avocat. Même lors des débats parlementaires sur l'art. 8 LLCA, ce point de vue n'a jamais été soutenu. Le fait que de nombreux pays autorisent que les études d'avocats s'organisent sous la forme de sociétés de capitaux (cf. consid. 11), de même que les expériences faites jusqu'à présent en Suisse (cf. consid. 10) montrent que l'exigence d'indépendance à elle seule ne justifie pas une interdiction générale de ce type de sociétés. En retenant que la question de l'admissibilité des sociétés anonymes d'avocats ne devrait être tranchée qu'une fois que le législateur fédéral aurait défini plus précisément les conditions-cadre à observer, l'autorité précédente a méconnu le fait que la liberté économique protège également le choix de la forme juridique et que celui-ci ne peut être restreint que dans la mesure où il existe une base légale fondant la restriction en question. Le législateur conserve bien entendu la possibilité de définir, de manière plus détaillée que ne le fait actuellement l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA, les exigences auxquelles il entend soumettre les sociétés anonymes d'avocats. Aussi longtemps qu'une

telle réglementation fait défaut, la liberté économique ne trouve toutefois ses limites que dans la disposition précitée (cf. consid. 16).

L'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA n'exclut donc pas de manière générale la formation de sociétés de capitaux d'avocats. Celles-ci ne sont toutefois autorisées que dans la mesure où les avocats qui y travaillent peuvent eux aussi exercer leur activité en toute indépendance, à l'instar d'un avocat-collaborateur engagé par un avocat inscrit.

19.

Selon l'autorité précédente, l'admission des sociétés de capitaux d'avocats serait contraire non seulement au principe d'indépendance, mais également à plusieurs règles professionnelles, ce dont l'interprétation de l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA devrait également tenir compte.

En premier lieu, l'autorité précédente se réfère à l'art. 12 let. b LLCA selon lequel l'avocat exerce son activité professionnelle en son nom personnel. L'autorité précédente part du raisonnement erroné qu'il doit impérativement y avoir un mandat direct entre l'avocat et le client, de sorte que toute l'argumentation qui s'ensuit est frappée de la même inexactitude. Comme déjà mentionné, l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA autorise explicitement que des avocats soient employés par des avocats inscrits au registre. Dans ce cas aussi, il n'y a pas de mandat entre l'avocat-collaborateur et le client : le mandat est bien plutôt conclu avec l'avocat-employeur. Il en va de même pour les études d'avocats organisées sous la forme de sociétés en nom collectifs, lorsqu'un avocat conclut un mandat au nom de la société. Les autorités de contrôle n'y ont manifestement jamais vu une violation de l'article 12. let. b LLCA.

L'art. 12 let. b LLCA ne se réfère de toute évidence pas à la relation de mandat avec le client, mais seulement au rôle professionnel que joue l'avocat dans l'exécution du mandat. Celui-ci agit en son propre nom, car il engage sa propre responsabilité professionnelle en exécutant le mandant et répond donc lui-même du respect des règles professionnelles dans son activité, et ce même s'il est collaborateur. Il pratique également en son propre nom la représentation de partie devant les tribunaux, en étant lui-même soumis à leur surveillance disciplinaire. L'art. 12 let. b LLCA ne fait donc pas obstacle à la constitution de sociétés de capitaux d'avocats (dans ce sens, BOHNET/MARTENET, op. cit., N 2408; FELLMANN, in Fellmann/Zindel [éd.], op. cit., N 62 ad art. 12 LLCA; SCHILLER, op. cit., N 1261 ss.; VALTICOS, op. cit., N 125 ss. ad art. 12 LLCA; VONZUN, op. cit., p. 468 s.).

20.

Pour ces mêmes motifs, l'art. 12 let. LLCA n'exclut pas non plus la pratique du métier d'avocat en société de capitaux lorsqu'il exige que l'avocat exerce son activité sous sa propre responsabilité. Cette disposition ne concerne également que la responsabilité professionnelle et le respect des règles professionnelles ; elle n'exige en revanche pas que l'avocat engage sa responsabilité personnelle sur le plan civil (cf. BOHNET/MARTENET, op. cit., N 2413; FELLMANN, in Fellmann/Zindel [éd.], op. cit., N 63 ad art. 12 LLCA; SCHILLER, op. cit., N 1276). Une interprétation différente serait en une contradiction avec l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA, qui autorise l'engagement d'un avocat par un autre avocat, alors même que ce collaborateur n'est pas personnellement responsable à l'égard du client sur le plan civil. Au demeurant, le fait d'exiger une responsabilité personnelle de l'avocat ne garantirait pas au client une meilleure protection que celle offerte par une société de capitaux. La solvabilité ne dépend pas en effet de la forme juridique choisie, mais des fonds effectivement disponibles (BOHNET/MARTENET, op. cit., N 2414 qui précisent d'ailleurs que la situation financière des SA est souvent plus transparente vis-à-vis l'extérieur que celle des personnes individuelles, sans compter le fait que des mesures de protection s'appliquent en cas de surendettement). L'autorité précédente a certes relevé ces différents éléments, mais pour aboutir à une conclusion différente, car elle craint que l'avocat qui peut exclure sa responsabilité professionnelle n'ait plus la même conscience professionnelle et porte atteinte à la confiance généralement placée dans la profession d'avocat. Le risque de devoir répondre personnellement en cas de faute professionnelle et celui de ne plus pouvoir exercer son activité en raison d'un acte de défaut de biens (art. 8 al. 1^{er} let. c LLCA) encourageraient l'avocat à exercer sa profession avec soin et diligence (art. 12 let. f LLCA). Cette argumentation n'est pas convaincante. Comme le reconnaît elle-même l'autorité précédente, l'obligation de contracter une assurance responsabilité civile professionnelle montre que le législateur a surtout voulu assurer un substrat de responsabilité suffisant et moins exiger de l'avocat une responsabilité personnelle et illimitée (SCHILLER, op. cit., N 1276; ZINDEL, op. cit., p. 253). La conclusion d'une assurance responsabilité civile professionnelle permet d'ailleurs de réduire considérablement le risque d'une faillite (et donc celui d'un acte de défaut de biens).

L'argumentation de l'autorité précédente omet par ailleurs de mentionner que les avocats employés par une SA ou une Sàrl peuvent aussi être

actionnés en cas de faute de la société, et que les risques d'un acte de défaut de biens et d'un retrait de l'autorisation de pratiquer sont donc toujours présents. A cela s'ajoute que les employés, et en particulier les associés, de la SA d'avocats ont un intérêt financier à ce que la société travaille correctement et donc à éviter une faillite, ne serait-ce qu'en raison du risque d'atteinte à leur réputation. Par conséquent, le fait que des avocats limitent leur responsabilité personnelle en s'organisant en société de capitaux ne doit pas conduire à diminuer leur conscience professionnelle au point de sérieusement menacer la confiance que le public témoigne aux avocats.

21.

Enfin, l'autorité précédente considère que le secret professionnel défini à l'art. 13 LLCA s'oppose lui aussi à l'autorisation des sociétés de capitaux d'avocats. Elle souligne que l'organe de révision prévu pour les sociétés commerciales n'est pas un auxiliaire au sens de l'art. 13 al. 2 LLCA et que, partant, il ne peut être soumis au secret professionnel. Elle reconnaît néanmoins que l'organe de révision peut assurer son devoir de confidentialité en fournissant des données anonymes aux autorités fiscales, ceci étant d'ailleurs la règle habituelle. En revanche, le maintien de la confidentialité des données ne serait pas possible lors d'un contrôle spécial au sein de la SA. La doctrine considère au contraire que le secret professionnel est aussi garanti dans les sociétés de capitaux d'avocats, dès lors que les réviseurs et les contrôleurs spéciaux sont eux-mêmes soumis à un devoir de confidentialité (cf. pour la SA, art. 697d al. 1^{er} et 730b al 2 CO en relation avec l'art. 321 CP), qui est de valeur au moins égale au secret professionnel des avocats (BOHNET/MARTENET, op. cit., N 2409 s.; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 1636; NATER/ZINDEL, in Fellmann/Zindel [éd.], op. cit., N 39 s. ad art. 13 LLCA; VONZUN, op. cit., p. 467 s.; du même avis, mais sur la base d'une justification partiellement différente SCHILLER, op. cit., N 1348 ss.). Les recourants font par ailleurs valoir que les SA de moindre importance peuvent, conformément à l'art. 727a al. 2 CO, renoncer à faire appel à un organe de révision. Eu égard au fait que de nombreuses SA d'avocats peuvent faire usage de ce droit, celles-ci ne sont pas forcément confrontées à un conflit avec le secret professionnel.

Il n'est pas nécessaire de prendre position sur toutes les questions soulevées par l'autorité précédente. Seul le fait que l'art. 13 LLCA n'a pas la priorité sur les dispositions du droit des sociétés sur la révision et les contrôles spéciaux de la SA est finalement important. Le secret professionnel de l'avocat est particulièrement bien protégé dans la

législation, dès lors qu'il est un élément cardinal de la profession d'avocat et de la bonne administration de la justice (arrêt 2P.187/2000 du 8 janvier 2001 consid. 4c, in Pra 2001 N 141 p. 835 ss., p. 843). En revanche, il n'a pas de portée absolue : il s'intègre dans la législation et se développe dans ce cadre. Il découle du texte-même de l'art. 13 al. 2 LLCA qu'une garantie absolue du secret professionnel n'est pas réalisable sur le plan pratique et n'est donc pas exigée (VONZUN, op. cit., p. 467). Au vu de ce qui précède, le fait que le secret professionnel puisse être relativisé au sein d'une étude d'avocats organisée sous la forme d'une société de capitaux ne saurait justifier une interdiction générale de ce type de sociétés.

S'il est constant que les réviseurs et les contrôleurs spéciaux doivent être mis en possession des informations confidentielles qui leurs sont nécessaires pour des raisons d'organisation au sein de la société (cf. SAVERIO LEMBO, L'exercice de la profession en société de capitaux, in Défis de l'avocat au XXI^e siècle, Jeanneret/Hari [éd.], 2008, pp. 365 ss., 382), la question de savoir s'ils sont ou non les auxiliaires des avocats inscrits au registre peut rester ouverte. Toutefois, compte tenu des exigences strictes de confidentialité auxquelles ils sont soumis, rien ne permet d'affirmer qu'une société anonyme d'avocats puisse sérieusement mettre en danger la confidentialité des informations. A ce sujet, les recourants ont précisé, à juste titre, que d'autres professions fréquemment organisées sous la forme de sociétés de capitaux étaient soumises au secret professionnel ou à des devoirs de confidentialité (hôpitaux, compagnies d'assurance santé, fiduciaires et banques).

22.

Les autres devoirs professionnels invoqués par l'autorité précédente ne permettent pas non plus de justifier une interdiction des sociétés anonymes d'avocats. La décision attaquée viole donc le droit fédéral et doit être annulée. Il s'ensuit que les recourants pourront conserver leur inscription au registre des avocats, et ce même s'ils réorganisent leur étude en une SA ou une autre forme juridique. Employés par cette société, ils devront toutefois pouvoir exercer leur activité d'avocat en toute indépendance, à l'instar d'un collaborateur employé par un avocat inscrit au registre (cf. consid. 18).

23.

A ce sujet, les recourants ont allégué que leur indépendance était suffisamment garantie par la SA d'avocats envisagée. En plus de l'annulation de la décision attaquée, ils concluent également à pouvoir

conserver leur inscription au registre des avocats saint-gallois après la réorganisation de leur étude en une SA d'avocats.

Les faits qui définissent la nouvelle structure organisationnelle étant suffisamment établis par les pièces versées au dossier (statuts, règlement d'organisation, convention d'actionnaires et contrats de travail des associés et des collaborateurs), il se justifie que le Tribunal fédéral établisse lui-même les constatations nécessaires et statue sur le fond de l'affaire (art. 105 al. 2 et 107 al. 2 LTF).

Les recourants souhaitent réorganiser leur étude en une société anonyme qui sera exclusivement dirigée par des avocats inscrits au registre. Cet élément ressort directement du but de la société (« prestations de services juridiques en Suisse et à l'étranger par des avocats inscrits au registre en Suisse ». Ce but est d'ailleurs repris par les statuts et la convention d'actionnaires. Enfin, ces derniers forment une société simple, par laquelle les actionnaires/associés détiennent collectivement toutes les actions. Tous les associés devront être des avocats inscrits au registre. Lors du départ de l'un des associés (notamment lorsqu'il n'est plus inscrit au registre, qu'il décède ou qu'une des causes de dissolution prévue par l'art. 545 CO se réalise), la société subsiste avec le reste des associés. Le transfert des actions a été limité par disposition statutaire, étant précisé que le conseil d'administration devra s'assurer que le nouvel acquéreur est bien un avocat inscrit au registre. Les actionnaires ne peuvent se faire représenter à l'assemblée générale que par d'autres actionnaires. Le conseil d'administration est exclusivement composé d'actionnaires. Il ne peut déléguer la direction qu'à des actionnaires de la SA d'avocats. Ces mesures contractuelles et statutaires permettent de garantir que la SA d'avocats restera entièrement contrôlée par des avocats inscrits en Suisse. L'exigence légale d'indépendance institutionnelle requise par l'art. 8 al. 1^{er} let. d LLCA) étant ainsi satisfaite, il convient de faire droit à la requête de pouvoir rester inscrits au registre. Les autres mesures prises par les recourants, au niveau du règlement d'organisation et des contrats de travail, ne sont pas des conditions de l'inscription au registre, mais garantissent le respect des règles professionnelles de l'art. 12 LLCA au sein-même de la société. Le respect de ces mesures est – pour une étude d'avocat organisée sous la forme de société de capitaux comme sous une autre forme – de la seule responsabilité des avocats, qui en répondent disciplinairement (cf. arrêt 2P.187/2000 du 8 janvier 2011 consid. 4c, in Pra 2001 N 141 p. 835 ss, p. 843 s.). Il n'est pas ici nécessaire de trancher la question de savoir si et à quelles conditions une organisation multidisciplinaire (multidisciplinary partnership), dont les

participations seraient également détenues par des non-avocats, pourrait être elle aussi conforme au principe d'indépendance posé par l'art. 8 al. 1^{er} let. LLCA.

24.

Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre le recours dans son intégralité, d'annuler la décision cantonale attaquée et de faire droit à la requête en constatation des recourants.

La cause doit être renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision sur les frais et les dépens de la procédure cantonale.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 66 al. 1^{er} et 4 LTF). Le canton de Saint-Gall, qui succombe, devra verser aux recourants une indemnité équitable pour la procédure devant le Tribunal fédéral (art. 68 al. 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis et l'arrêt du Tribunal cantonal de Saint-Gall du 18 janvier 2011 est annulé.

2.

Il est constaté qu'après la réorganisation de leur étude en une SA, les recourants pourront conserver leur inscription au registre des avocats du canton de Saint-Gall comme employés de cette société d'avocats.

3.

Il n'est pas perçu de frais de justice.

4.

Le canton de Saint-Gall est condamné à verser aux recourants une indemnité globale de 15'000 fr. à titre de dépens pour la procédure devant le Tribunal fédéral.

5.

La cause est renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision sur les frais et les dépens de la procédure cantonale.

6.

Le présent arrêt est communiqué aux recourants, à la III^e Chambre civile du Tribunal cantonal saint-gallois et à l'Office fédéral de la justice (OFJ).

Lausanne, le 7 septembre 2012

Au nom de la II^e Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le président : Zünd

Le greffier : Egli