

SA D'AVOCATS: QUE DES AVOCATS AU BARREAU

FRANÇOIS BOHNET

Prof., Dr. iur., LL. M., avocat à Neuchâtel

Mots-clés: SA d'avocats, multidisciplinarité-MDP, avocat au barreau, indépendance de l'avocat, secret professionnel de l'avocat, société simple d'avocats, société de personne, notaire, activité commerciale de l'avocat

Longtemps attendu, l'arrêt dans les causes 2C_1054 et 1059/2016, du 15 décembre 2017, destiné à la publication, a fait l'effet d'une «petite bombe»: se distançant de l'approche libérale zurichoise, il confirme le refus d'inscription au registre cantonal genevois d'un avocat employé d'une SA autorisant une participation minoritaire de personnes non inscrites au barreau, retenant que la règle cardinale de l'indépendance exclut tout tiers actionnaire ou membre du conseil d'administration. Le Tribunal fédéral place au premier plan le principe fondamental de l'indépendance de l'avocat et le secret professionnel dont il bénéficie tout particulièrement. La solution est certes stricte, mais elle assure le respect des spécificités de la profession d'avocat et renforce la position de garant de l'État de droit de l'avocat au barreau.

I. Introduction

On le sait, le législateur fédéral avait laissé ouverte, au moment de l'adoption de la LLCA en l'an 2000, la question de l'organisation des études d'avocats sous forme de sociétés de capitaux¹. Après Obwald en 2006, les cantons avaient les uns après les autres autorisé les SA et autres Sàrl d'avocats, jusqu'au refus de Saint-Gall en 2011², celui-ci entraînant l'examen de la question par le Tribunal fédéral. Dans l'ATF 138 II 440 du 7.9.2012³, le Tribunal fédéral a retenu que l'indépendance d'avocats employés par des études d'avocats ne posait pas de problème dans la mesure où l'employeur offre lui-même les garanties nécessaires. Les avocats employeurs étant eux-mêmes inscrits aux barreaux, ils sont soumis aux règles de la déontologie et à la surveillance disciplinaire et n'ont pas le droit d'influencer leurs confrères employés au profit d'un autre client, le devoir de renoncer au mandat en cas de conflit d'intérêts s'applique tant à l'avocat employé qu'à l'avocat employeur⁴. Il en va de même si l'étude est organisée sous forme de SA dans la mesure où les actionnaires et les membres du conseil d'administration sont eux-mêmes des avocats inscrits au registre⁵.

Le Tribunal fédéral a ensuite eu l'occasion de préciser que le principe d'indépendance excluait d'admettre que l'employeur puisse prendre la forme d'une société de capitaux de droit étranger, cette organisation ne permettant pas de garantir le respect des règles professionnelles⁶. La solution s'impose d'elle-même: l'avocat ne peut être em-

ployé pour ses activités d'avocat que par un avocat inscrit dans un registre cantonal. La règle posée dans la jurisprudence concernant l'avocat employé par un tiers non avocat⁷ vaut également lorsque l'employeur est une société d'avocats pratiquant à l'étranger, non-inscrites à un registre cantonal et donc non soumises aux règles disciplinaires de la LLCA.

Demeurait cependant ouverte la question de l'admissibilité des sociétés interprofessionnelles dites «multidisciplinary partnerships» dont le Tribunal fédéral n'avait pas manqué de relever dans son précédent de 2012 qu'elles n'étaient pas admises dans tous les cantons⁸. L'arrêt dans les causes 2C_1054 et 1059/2016, du 15.12.2017, les consi-

1 Voir FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, p. 953 ss, N 2340 ss.

2 Pour des détails, voir BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 958, N 2352 ss; GAUDENZ ZINDEL, *Anwaltsgesellschaften in der Schweiz*, RSJ 2012 249 ss; JÉRÔME GURTNER, *La réglementation des sociétés d'avocats en Suisse: entre protectionnisme et libéralisme – Étude de droit comparé*, thèse Neuchâtel 2016, p. 271 ss.

3 JdT 2013 I 135.

4 ATF 138 II 440 consid. 7, JdT 2013 I 135.

5 ATF 138 II 440 consid. 8, JdT 2013 I 135. Pour une analyse détaillée de l'arrêt, voir GURTNER, op. cit., p. 305 ss.

6 ATF 140 II 102.

7 ATF 130 II 87.

8 ATF 138 II 440, consid. 8, JdT 2013 I 135, citant CR LLCA-MEIER/REISER, art. 8 LLCA N 57.

dère comme contraires à l'exigence d'indépendance et comme susceptibles de mettre en péril le secret professionnel de l'avocat au barreau. Une SA d'avocats n'est admissible que si elle est contrôlée et gérée exclusivement par des avocats au barreau.

II. L'arrêt 2C_1054 et 1059/2016 du 15 décembre 2017

1. Le contexte

Une étude zurichoise constituée sous forme de société anonyme depuis 2008 et disposant de succursales à Berne, Lugano et Bâle demande en novembre 2015 à la Commission du barreau de Genève l'autorisation, pour six de ses avocats, de pratiquer la profession d'avocat au sein de son futur bureau genevois. La requête précisait que les statuts de l'Étude disposaient qu'au minimum trois quarts des associés devaient être avocats inscrits à l'un des barreaux cantonaux. Le but social de la SA est la fourniture de prestations juridiques en Suisse et à l'étranger par des avocats, des notaires et d'autres conseillers, ainsi que les activités liées. La société peut exercer toutes les activités financières et commerciales en relation avec la poursuite du but social. Au moment de la requête, un seul des trente-neuf associés de l'Étude, expert fiscal diplômé, n'était pas inscrit à un registre cantonal d'avocats.

Tant la commission du barreau, le 14.12.2015, que la Chambre administrative de la Cour de justice, le 11.10.2016, ont rejeté la demande d'agrément, une société anonyme dont l'un des associés n'est pas inscrit à un registre cantonal d'avocats ne garantissant pas le principe de l'indépendance de l'avocat et faisait également obstacle à la garantie du secret professionnel.

L'arrêt de la Chambre administrative a fait l'objet d'un recours en matière de droit public, formé par la société anonyme elle-même et un avocat inscrit à Zurich et ayant rejoint l'étude de Genève d'une part, par la Commission de la concurrence d'autre part, celle-ci faisant valoir que cet arrêt restreint de manière illicite l'accès au marché.

2. Droit

A) Qualité pour agir

Quant à la qualité pour agir (consid. 2.2.1-2.2.3), le Tribunal fédéral relève que la société anonyme d'avocats, qui a pris part à la procédure devant l'autorité cantonale de dernière instance, se voit restreinte dans sa liberté économique puisque le refus d'agrément a pour effet *de facto* de l'empêcher d'ouvrir une succursale à Genève, ce qui fait partie de son but social, si bien qu'elle dispose d'un intérêt direct à la modification de la décision entreprise. Elle est de plus atteinte dans sa liberté de s'organiser comme elle l'entend, liberté au cœur de l'ATF 138 II 440. En revanche, la qualité pour agir doit être déniée à l'avocat B., qui n'a pas pris part à la procédure cantonale alors qu'elle était encore pendante lorsqu'il a rejoint le bureau de Genève, faute d'avoir participé à la procédure devant la juridiction cantonale. La commission de la concurrence se prévalant d'une violation de la LMI, loi dont elle rend l'application au

cas d'espèce vraisemblable, et qui représente dès lors un fait de double pertinence, sa qualité pour recourir doit être admise en vertu de l'art. 89 al. 2 let. d LTF et de l'art. 9 al. 2^{bis} LMI. Une participation à la procédure cantonale n'est par ailleurs pas exigée lorsque les conditions de l'art. 89 al. 2 let. d LTF sont remplies.

B) LMI et LLCA

Passant aux *liens entre la LMI et la LLCA*, et après avoir rappelé les principes inscrits aux ATF 134 II 329 et 141 II 280 (consid. 4.1-4.2), le Tribunal fédéral examine en particulier (consid. 4.4) si, comme l'affirme la Commission de la concurrence, la décision zurichoise selon laquelle les avocats employés par la société recourante remplissaient les conditions de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA valait pour toute la Suisse, si bien que les autorités genevoises devaient l'appliquer en vertu de l'art. 2 al. 6 LMI, quand bien même elles faisaient une lecture divergente du droit fédéral. Or le Tribunal fédéral retient que la problématique doit être examinée à l'aune de l'art. 2 al. 4 LMI et non de l'art. 2 al. 6 LMI. En effet, l'art. 2 al. 6 LMI ne traite aucunement du droit de s'établir dans un autre lieu de Suisse afin d'y exercer une activité économique, et rien n'indique que l'absence du droit de s'établir relèverait d'une lacune de l'art. 2 al. 6 LMI. Au contraire, la liberté d'établissement dans un autre canton a été délibérément dissociée des dispositions relatives à l'offre de marchandises, de services et de prestations de travail. Contrairement à la solution automatique retenue par l'art. 2 al. 6 LMI, l'art. 2 al. 4 LMI permet à celui qui veut s'établir dans un autre canton pour y exercer une activité lucrative légale de se prévaloir du principe de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, dans les limites de l'art. 3 LMI. En d'autres termes, la LMI établit un régime juridique différent en ce qui concerne la liberté d'établissement et l'offre d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation. Cela tient au fait que le droit de s'établir a un impact plus important sur le canton d'implantation que l'offre de marchandises, de services ou de prestations. Dès lors, le Tribunal fédéral doit examiner si la Cour de justice a correctement contrôlé le respect des dispositions légales applicables en vertu du premier établissement (art. 2 al. 4 *in fine* LMI), ce qui revient en l'espèce à vérifier la conformité de la décision entreprise au droit fédéral.

C) Multidisciplinarité

Après avoir rappelé la règle de l'indépendance structurelle exigée de l'avocat par l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, celle de l'indépendance matérielle posée par l'art. 12 let. b LLCA et le secret professionnel de l'art. 13 LLCA, le Tribunal fédéral synthétise les exigences tirées de ces principes par les arrêts 138 II 440 et 140 II 102 en matière d'organisation de la profession d'avocat sous forme de sociétés de capitaux (consid. 5.1-5.2). Il en vient ensuite à la question non tranchée de la *multidisciplinarité* (consid. 5.3): des personnes autres que des avocats inscrits peuvent-elles, dans le respect des garanties d'indépendance et du secret professionnel, détenir des droits de participation dans une étude

d'avocats organisée sous forme de personne morale, ou siéger dans son conseil d'administration?

La doctrine, passée en revue par le Tribunal fédéral (consid. 5.3.1), est partagée. Certains auteurs⁹ admettent cette forme d'organisation, pour autant que les règles d'organisation de la société permettent d'assurer le rôle majoritaire des avocats inscrits à un registre cantonal. Globalement, ils suivent la solution élaborée par la commission de surveillance zurichoise dans sa décision du 5.10.2006¹⁰ et reprise dans son essence par un projet de loi fédérale sur la profession d'avocat, daté du 15.2.2012 et élaboré par la Fédération suisse des avocats¹¹. D'autres auteurs critiquent l'approche consistant à mesurer l'influence décisionnelle des associés non-inscrits, parmi lesquels on trouve un courant¹² prêt à admettre la participation de tiers si, compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas d'espèce (pourcentage de la participation, rôle dans l'activité de la société, mécanismes statutaires et conventionnels mis en place), toute influence peut être exclue, et un autre¹³ qui l'exclut par principe.

Le Tribunal fédéral suit ce dernier courant en se fondant sur l'état de la législation suisse et les exigences déduites des art. 8 al. 2 let. d et 13 LLCA (consid. 5.3.2-5.3.3). Dans la mesure où c'est le statut de l'employeur qui garantit l'indépendance de l'avocat employé, l'indépendance dans le cadre d'une société anonyme d'avocats est assurée pour autant que celle-ci soit conçue de manière que seuls des avocats inscrits puissent influencer la relation d'emploi. Si un tiers non inscrit à un registre cantonal, et donc non soumis aux règles professionnelles et à la surveillance disciplinaire, peut participer au processus décisionnel des organes de la SA, tout risque concret d'influence n'est pas exclu. Le *secret professionnel*, dont la protection absolue est garantie en procédure – les avocats apparaissant ainsi comme des professionnels privilégiés par rapport aux autres détenteurs du secret –, peut également être mis en péril par le fait que des personnes autres que des avocats inscrits détiennent des droits de participation dans une étude d'avocats. Si l'on peut certes conférer la qualité d'auxiliaire de l'avocat au sens des art. 321 ch. 1 CP et 13 al. 2 LLCA au tiers non-inscrit à un registre cantonal qui collabore avec l'avocat et concourt à l'exécution de prestations juridiques, sa participation au conseil d'administration, qui donne le droit de demander des renseignements sur toutes les affaires concernant la société (cf. art. 717 CO), le place en dehors de toute fonction d'auxiliaire.

III. Analyse

Le rejet sans nuance de la multidisciplinarité a comme avantage la clarté, la stricte conformité avec le texte de la loi et la protection des valeurs cardinales de la profession d'avocat: l'indépendance et le secret professionnel. Il évite les débats sans fin sur la mesure de l'admissible et de l'inadmissible, les difficultés de mise en œuvre et de contrôle et laisse le soin au législateur d'intervenir dans

l'organisation des sociétés d'avocats s'il le juge opportun. Le Tribunal fédéral relève cependant que les Chambres ont décidé d'assurer une protection pleine et entière au secret professionnel de l'avocat, principe essentiel à l'exercice de sa profession, qui suppose que le justiciable puisse placer dans son avocat une confiance absolue. Ce «privilege par rapport aux autres détenteurs du secret» a donc sa contrepartie: une structure d'exercice qui en garantit un respect sans faille. On relèvera d'ailleurs que la Cour de justice des communautés européennes a retenu dans son arrêt *Wouters* du 19.2.2002¹⁴ que l'indépendance de l'avocat suppose qu'il ne soit pas sous l'influence de tiers, si bien que l'interdiction d'un exercice de la profession d'avocat en collaboration intégrée avec des experts-comptables ne viole pas le droit européen.

L'arrêt est formel: tout tiers est exclu, que celui-ci bénéficie ou non, dans sa profession, d'un secret professionnel: «Les avocats apparaissent comme des professionnels privilégiés par rapport aux autres détenteurs du secret» (consid. 5.3.3). La question se pose pour les notaires qui ne seraient pas inscrits comme avocats au barreau. Il nous paraît que dans la mesure où le notaire est également au bénéfice du secret professionnel, qu'il est soumis à une surveillance étatique et que l'indépendance envers l'État et ses clients constitue l'un de ses devoirs professionnels, sa participation dans une structure d'avocats au barreau devrait être admise¹⁵.

La décision du Tribunal fédéral aura des conséquences non négligeables sur les structures sous forme de sociétés de capitaux mises en place ces dernières années. Leurs statuts devront être adaptés. Les autorités de surveillance devraient intervenir d'office, et les juges, censés dénoncer

⁹ NORBERT SENNHAUSER, Vom Anwalt zur Anwalts-Kapitalgesellschaft mit besonderer Betrachtung der Anwalts-GmbH, thèse Berne 2013, p. 200 ss; GAUDENZ G. ZINDEL, Anwaltsgesellschaften in der Schweiz, RSJ 2012 255; FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2^e éd. 2011, art. 12 LLCA N 64; JEANINE DE VRIES REILINGH/FABIEN HOHENAUER, De l'étude d'avocats traditionnelle à la société anonyme d'avocats: quelques réflexions d'ordre civil et fiscal, PJA 2008 690.

¹⁰ Reproduite in FRANÇOIS BOHNET, Les grands arrêts de la profession d'avocat, 2^e éd. Neuchâtel 2010, p. 282 ss.

¹¹ Voir ERNST STAEHELIN, Le projet de loi sur la profession d'avocat, Revue de l'avocat 2012 131.

¹² MANUEL BIANCHI DELLA PORTA/EDGARD PHILIPPIN, Pratique du métier d'avocat en société de capitaux, GesKR 2010 p. 173 s., 181; BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 969, N 2739, p. 973, N 2389, p. 980, N 2402; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, 2009, N 1317, p. 327.

¹³ BENOÎT CHAPPUIS, La pratique du barreau au sein d'une personne morale – Réflexions de lege ferenda sous l'angle de l'indépendance de l'avocat, in Revue de l'avocat 2003 264; GURTNER, op. cit., p. 373 s.; MICHAEL PFEIFER, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, RDS 1996 II 330. Voir aussi MATHIEU CHÂTELAIN, L'indépendance de l'avocat et les modes d'exercice de la profession, thèse Lausanne 2017, p. 376, N 1314, avec quelques réserves.

¹⁴ CJCE, arrêt *J. C. J. Wouters c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* du 19.2.2002, aff. C-309/99, Rec. 2002 I-1577.

¹⁵ BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 968, N 2376; CHÂTELAIN, op. cit., p. 376, N 1314.

toute violation de la LLCA (art. 15 LLCA), vérifier en cas de doute le respect des exigences posées par le Tribunal fédéral. Mais si la procédure d'agrément connue prétoriquement pour les études constituées en société de capitaux (consid. 4.3), permet de s'assurer d'emblée du respect des exigences posées par la jurisprudence, il n'en va pas de même pour les cabinets organisés sous forme de société simple ou de société de personnes. L'art. 6 al. 1 LLCA prévoit seulement que l'inscription de l'avocat intervient au registre du canton dans lequel il a son adresse professionnelle, à condition de remplir les exigences prévues aux art. 7 et 8 LLCA (art. 6 al. 1 LLCA). Or les principes posés par le Tribunal fédéral pour les cabinets d'avocats organisés sous forme de société de capitaux valent aussi pour les autres structures¹⁶. Un contrôle devra dès lors intervenir aussi pour les sociétés simples et sociétés en nom collectif.

Une étude composée d'associés avocats au barreau mais aussi de tiers (économistes, experts fiscaux, gérants, etc.) n'est *a priori* pas compatible avec les exigences d'indépendance et de respect du secret professionnel. Un avocat employé par une telle structure se retrouverait dans la situation jugée problématique par le Tribunal fédéral, de l'employé d'une SA d'avocats comprenant des tiers (ou même un tiers) pouvant l'influencer. Qu'en est-il cependant d'un simple partage de locaux entre des avocats et d'autres professionnels? Est-il admissible si les dossiers et les employés sont gérés de manière entièrement séparée? On peut l'admettre en théorie si aucune influence n'est envisageable et si les tiers n'ont aucun accès aux dossiers de l'avocat. Dès qu'un accès existe, les dossiers ne sont plus protégés. En effet, si des personnes non inscrites peuvent avoir accès aux documents, le secret professionnel s'efface¹⁷. Dans de tels cas, seule *une séparation très nette* des activités et des dossiers permet de garantir le secret professionnel¹⁸. Mais on saisit mal l'intérêt d'une structure d'exercice qui exclurait tout contact professionnel entre ses associés, même lorsque celle-ci est limitée à des éléments logistiques restreints. Dès l'instant où le cabinet dispose d'un papier à en-tête commun ou qu'il se présente comme une certaine entité, il faut conclure à un exercice incompatible avec les exigences posées par le Tribunal fédéral.

Comme le relève le Tribunal fédéral (consid. 5.3.3), l'avocat peut s'adjoindre les services d'auxiliaires au sens des art. 321 ch. 1 CP et 13 al. 2 LLCA, et ainsi s'assurer du respect du secret professionnel. Par définition, l'auxiliaire dépend de l'avocat, si bien que son indépendance n'est pas mise en péril. L'auxiliaire doit cependant concourir à

l'exécution de prestations juridiques (consid. 5.3.3). En effet, l'avocat n'est pas protégé pour ses activités purement commerciales¹⁹, en particulier pour les services comparables à ceux offerts par une fiduciaire ou une banque (administration de patrimoines et investissement de capitaux)²⁰. Il va de soi que la protection n'est pas plus offerte lorsque de tels services sont réalisés par un auxiliaire. Ainsi, un expert-comptable du cabinet pourrait faire l'objet d'une saisie pénale, si les éléments relevant de la pratique du barreau se confondaient avec l'activité commerciale²¹. De plus, la réunion, chez la même personne, de fonctions commerciales et typiques d'avocat ne permet plus de distinguer clairement ce qui relève de chaque type d'activité, ce qui a pour conséquence, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral²², d'exclure le droit au secret professionnel de l'avocat.

On peut imaginer que les structures incompatibles avec les exigences posées par la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral soient scindées en sous-structures, réunissant d'un côté les avocats inscrits et de l'autre les tiers et des avocats inscrits mais n'exerçant pas leur activité d'avocat au barreau dans ce cadre. Il conviendra de vérifier l'absence d'influence de l'entité non «LLCA compatible» sur la structure d'exercice de la profession. Une SA d'avocat peut-elle, d'une manière admissible avec son but – qui doit être, vu l'arrêt commenté, la fourniture de prestations juridiques en Suisse (et à l'étranger) par des avocats inscrits au registre des avocats – détenir une participation dans une société tierce? Il faut l'admettre si ladite société lui permet de réaliser son but, par exemple si elle détient l'immeuble dans lequel l'étude déploie son activité.

¹⁶ Comp. BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 1001 s., N 2457 ss.

¹⁷ TF (28.10.2008) 1B_101/2008, consid. 4.4.

¹⁸ BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 1002, N 2459. Voir aussi JEAN-PIERRE GROSS, Le secret professionnel de l'avocat, *in* Il segreto professionale dell'avvocato e del notaio: atti del pomeriggio di studio del 24 marzo 2003, Lugano/Bâle/Genève 2003, p. 20.

¹⁹ ATF 117 Ia 341, consid. 6a/cc; 132 II 103, consid. 2.1; TF (11.7.2005) 1P.32/2005, consid. 3.2.

²⁰ Voir TF (23.3.2004) 8G.9/2004, consid. 9.6.4.

²¹ BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 1002, N 2459; ALEC REYMOND, One-stop shop: un secret bien bradé ..., *in* Vincent Jeanneret/Olivier Hari (édit.), Défis de l'avocat au XXI^e siècle – Mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger, Genève 2008, p. 236.

²² TF (23.3.2004) 8G.9/2004, consid. 9.6.4; ATF 115 Ia 197, consid. 3d/cc, JdT 1991 IV 142.