

BGE 144 II 147

Bundesgericht (BGE), 2017-01-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_144_II_147

FR: ATF 144 II 147

IT: DTF 144 II 147

Regeste

Regeste Art. 27 BV; Art. 321 StGB; Art. 8 Abs. 1 lit. d, Art. 12 lit. b und Art. 13 BGFA; Art. 2 Abs. 4 und Abs. 6 sowie Art. 3 BGBM; Zulässigkeit einer Anwaltskanzlei in der Form einer juristischen Person, wenn einer der Teilhaber, der Anteilsrechte hält und im Verwaltungsrat über einen Sitz verfügt, nicht im kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist. Verhältnis zwischen BGFA und BGBM. Soweit das BGFA in seinem gesamten räumlichen Geltungsbereich einheitlich zur Anwendung gelangt (Art. 4-8 BGFA), ist das BGBM grundsätzlich nicht anwendbar. Ausnahme von diesem Grundsatz im Falle unterschiedlicher kantonalen Interpretationen des BGFA im Zusammenhang mit dem Recht auf Marktzugang gemäss Art. 2 Abs. 4 und Art. 2 Abs. 6 BGBM (E. 4.2). Fall einer Unternehmung, der gestützt auf eine vom Kanton der Ersteniederlassung abweichende Auslegung von Bundesrecht das Recht auf Niederlassung in einem anderen Kanton verweigert wird. Prüfung unter dem Gesichtswinkel von Art. 2 Abs. 4 BGBM und nicht von Art. 2 Abs. 6 BGBM (E. 4.4). Zusammenfassung der Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA (E. 5.2). Überblick über die Lehrmeinungen zur Frage der Zulässigkeit einer Anwaltskanzlei in der Form einer juristischen Person, wenn einer der Teilhaber, der Anteilsrechte hält und/oder im Verwaltungsrat der Gesellschaft Einsitz hat, nicht im kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist (E. 5.3.1). Die Frage ist mit Blick auf das BGFA zu verneinen (E. 5.3.2). Eine solche Struktur gefährdet ebenfalls das anwaltliche Berufsgeheimnis (E. 5.3.3). Keine Anwendung von Art. 3 BGBM, wenn sich die Einschränkung auf Bundesrecht stützt (E. 6). Vereinbarkeit der Verweigerung der Zulassung mit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV; E. 7).

Regeste Art. 27 Cst.; art. 321 CP; art. 8 al. 1 let. d, art. 12 let. b et art. 13 LLCA; art. 2 al. 4 et 6 et art. 3 LMI; admissibilité d'une étude d'avocats organisée sous la forme d'une personne morale et dont l'un des associés, qui détient des droits de participation et siège au conseil d'administration de la société, n'est pas inscrit au registre cantonal des avocats. Relations entre la LLCA et la LMI. En principe, lorsque la LLCA s'applique uniformément à l'ensemble du territoire (art. 4-8 LLCA), la LMI ne trouve pas application. Exception à ce principe en cas d'interprétations cantonales divergentes de la LLCA en lien avec le droit d'accès au marché garanti par les art. 2 al. 4 et 2 al. 6 LMI (consid. 4.2). Situation d'une entreprise qui, sur la base d'une interprétation du droit fédéral qui diffère de celle du canton de provenance, se voit refuser le droit de s'établir dans un autre canton. Examen sous l'angle de l'art. 2 al. 4 LMI et non de l'art. 2 al. 6 LMI (consid. 4.4). Rappel de la jurisprudence relative à l'art. 8 al. 1 let. d LLCA (consid. 5.2). Exposé de la doctrine sur la question de l'admissibilité d'une étude d'avocats organisée sous la forme d'une personne morale et dont l'un des associés, qui détient des droits de participation et/ou siège au conseil d'administration de la société, n'est pas inscrit au registre cantonal des avocats (consid. 5.3.1). En l'occurrence, la LLCA l'exclut (consid. 5.3.2). Une telle structure met également en péril la garantie du secret professionnel de l'avocat (consid. 5.3.3). Pas d'application de

l'art. 3 LMI lorsque la restriction est fondée sur du droit fédéral (consid. 6). Conformité du refus d'accorder l'agrément avec la liberté économique (art. 27 Cst.; consid. 7).

Regesto Art. 27 Cost.; art. 321 CP; art. 8 cpv. 1 lett. d, art. 12 lett. b e art. 13 LLCA; art. 2 cpv. 4 e 6 ed art. 3 LMI; ammissibilità di uno studio di avvocati strutturato in forma di persona giuridica di cui uno degli associati, che possiede dei diritti di partecipazione e che siede nel consiglio di amministrazione della società, non è iscritto nel registro cantonale degli avvocati. Relazioni tra la LLCA e la LMI. Quando la LLCA si applica uniformemente all'insieme del territorio (art. 4-8 LLCA), di regola la LMI non trova applicazione.

Eccezione a questo principio in caso di interpretazioni cantonali divergenti della LLCA con riferimento al diritto di accesso al mercato garantito dagli art. 2 cpv. 4 e 2 cpv. 6 LMI (consid. 4.2). Caso di un'impresa che, in base ad un'interpretazione del diritto federale divergente da quella del Cantone di provenienza, si vede rifiutare il diritto di stabilirsi in un altro Cantone. Esame dal profilo dell'art. 2 cpv. 4 LMI non da quello dell'art. 2 cpv. 6 LMI (consid. 4.4). Richiamo della giurisprudenza relativa all'art. 8 cpv. 1 lett. d LLCA (consid. 5.2). Esposto della dottrina sulla questione dell'ammissibilità di uno studio di avvocati strutturato in forma di persona giuridica e di cui uno degli associati, che possiede dei diritti di partecipazione e/o siede nel consiglio di amministrazione della società, non è iscritto nel registro cantonale degli avvocati (consid. 5.3.1). Nel caso concreto la LLCA la esclude (consid. 5.3.2). Una simile struttura mette ugualmente in pericolo la garanzia del segreto professionale dell'avvocato (consid. 5.3.3). L'art. 3 LMI non si applica quando la restrizione poggia sul diritto federale (consid. 6). Conformità del rifiuto di accordare l'autorizzazione con la libertà economica (art. 27 Cost.; consid. 7).

Erwägungen

E. 4

Il convient donc de déterminer en premier lieu si et dans quelle mesure les règles sur la liberté d'accès au marché sont applicables. Cette question implique de s'interroger sur les liens existant entre la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61) et la LMI.

E. 4.1

La LLCA contient des règles spéciales sur la libre circulation des avocats. Tout avocat inscrit à un registre cantonal des avocats peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sans autre autorisation (art. 4 LLCA). L'avocat titulaire d'un brevet d'avocat (art. 7 al. 1 LLCA), qui remplit les conditions personnelles de l' art. 8 al. 1 LLCA , peut demander son inscription au registre du canton dans lequel il a son adresse professionnelle (art. 6 al. 1 LLCA). D'après la doctrine, la liberté d'accès aux marchés cantonaux peut notamment être revendiquée en cas d'ouverture d'un second bureau dans un autre canton (MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2 e éd. 2013, n° 58 ad art. 2 I-VI LMI). La LMI garantit, pour sa part, à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché, afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire BGE 144 II 147 S. 152 suisse (art. 1 al. 1 LMI). Par activité lucrative au sens de cette loi, on entend toute activité non régaliennne ayant pour but un gain (art. 1 al. 3 LMI), dont en particulier la profession d'avocat (BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, n. 196 p. 85). L' art. 2 al. 4, 1 re phrase, LMI énonce le principe du libre accès au marché à toute personne

qui remplit les conditions du premier établissement, sous réserve de l' art. 3 LMI , qui prévoit à quelles conditions le libre accès au marché peut être restreint.

E. 4.2

Dans l' ATF 134 II 329 portant sur les relations entre ces deux lois fédérales, le Tribunal fédéral a relevé que les deux lois étaient si imbriquées qu'il n'était pas possible de déterminer la loi applicable en se fondant simplement sur les adages consacrés en la matière, tels que "lex specialis derogat generali" et "lex posterior derogat priori", entre lesquels il n'existait du reste aucune hiérarchie stricte. Si, à son entrée en vigueur, la LLCA avait été conçue comme une loi spéciale et postérieure à la LMI, la situation avait changé depuis la modification de la LMI du 16 décembre 2005 qui visait à améliorer le fonctionnement du marché intérieur. Ces nouvelles dispositions de la LMI étaient ainsi postérieures à la LLCA, qui avait d'ailleurs aussi subi des modifications entrées en vigueur en 2007. Il convenait donc d'avoir une approche nuancée et d'examiner, en respectant au mieux la volonté du législateur fédéral, si, selon les matières, la LMI n'était pas applicable parallèlement à la LLCA (consid. 5.2 p. 333 s.). Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que, lorsque la LLCA laissait une compétence résiduelle aux cantons, la LMI continuait de s'appliquer (consid. 5.2 p. 333 s.). Tel était le cas de l' art. 3 LLCA qui réserve aux cantons de fixer des dispositions concernant la formation des stagiaires. La jurisprudence a ainsi considéré que si une réglementation cantonale BGE 144 II 147 S. 153 adoptée sur cette base dépasse le cadre fixé par la loi fédérale, elle tombe sous le coup de la LMI. Cette conclusion correspond du reste à l'évolution de la législation. Avec la modification de la LMI du 16 décembre 2005, intervenue après l'entrée en vigueur de la LLCA le 1^{er} juin 2002, le législateur a voulu consacrer la primauté du marché intérieur sur le fédéralisme. Les cantons ne sauraient donc, par le biais de la réserve figurant à l' art. 3 al. 1 LLCA , porter atteinte à la substance même du principe du libre accès au marché par les avocats (consid. 5.4 p. 335). En d'autres termes, si une loi fédérale contient une disposition fédéraliste (en l'occurrence l' art. 3 LLCA), par essence contraire à la LMI, elle ne saurait être mise en oeuvre de manière extensive par les cantons; si la réglementation cantonale adoptée sur cette base dépasse le cadre fixé par la loi fédérale, alors la LMI continue de s'appliquer (cf. ATF 141 II 280 consid. 5.2.1 p. 285 s.; ATF 134 II 329 consid. 5.4 p. 335). En revanche, lorsque la LLCA a pour vocation de s'appliquer uniformément à l'ensemble du territoire, en fixant notamment des règles régissant l'organisation et la pratique du métier d'avocat, la LMI ne trouve en principe pas application (BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n° 59 s. ad art. 2 I-VI LMI). La doctrine admet toutefois une exception à ce principe: si un canton fait échec au droit d'accès au marché d'un offreur extérieur au canton en faisant une interprétation de la LLCA qui diverge de celle du canton de provenance, l'offreur pourra valablement invoquer l' art. 2 al. 6 LMI , selon lequel une décision cantonale prise en application du droit fédéral donnant accès à un marché s'impose aux autres (CHAPPUIS/MERKT, Profession d'avocat et loi sur le marché intérieur, Commentaire de l' ATF 138 II 440 , in Revue de l'avocat 2017, p. 295; BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n° 59 s. ad art. 2 I-VI LMI; BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, Pratique du métier d'avocat en société de capitaux, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2010 p. 173 s.). Cette exception est justifiée et s'applique non seulement dans la situation visée à l' art. 2 al. 6 LMI , mais également dans les situations où, bien que se fondant sur la LLCA, soit du droit fédéral, les cantons adoptent des interprétations différentes en lien avec l' art. 2 al. 4 LMI (cf. BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n° 42 ad art. 2 I-VI LM).

E. 4.3

En l'occurrence, le litige a pour origine une requête formée par A. SA, dont le siège se situe à Zurich, tendant à obtenir l'agrément de la Commission du barreau genevois, afin que plusieurs de ses membres soient autorisés à pratiquer la profession d'avocat au sein du futur bureau genevois de l'Etude. A Genève, l'exercice de la profession d'avocat sous la forme d'une société de capitaux est soumis à l'agrément de la Commission du barreau, qui s'assure du respect des exigences de droit fédéral (art. 10 al. 2 de la loi du 26 avril 2002 sur la profession d'avocat [LPav; rs/GE E 6 10]). Le droit fédéral ne connaît pas la procédure d'agrément; il prévoit uniquement l'inscription de l'avocat 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). L'agrément de la Commission du barreau permet de déterminer de manière préalable si ces conditions sont remplies. En l'espèce, la Commission du barreau de Genève a considéré que les exigences prévues par la LLCA n'étaient pas BGE 144 II 147 S. 154 remplies dans le cas de la société recourante, dans la mesure où l'un des associés de l'Etude n'était pas inscrit à un registre cantonal d'avocats. La solution genevoise tranche ainsi avec la décision rendue par la Commission de surveillance des avocats de Zurich le 27 mai 2008 confirmant que les associés de A. remplissaient tous les critères pour exploiter une étude d'avocats sous la forme d'une société anonyme. Ainsi, on est en présence d'interprétations cantonales divergentes de la LLCA.

E. 4.4

Contrairement à l'opinion de la Commission de la concurrence, la présente situation doit être examinée à l'aune de l' art. 2 al. 4 LMI . L' art. 2 al. 6 LMI ne trouve, en revanche, pas application. La position divergente soutenue par la recourante sur la base de la doctrine (cf. en particulier: CHAPPUIS/MERKT, op. cit., p. 295; BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., nos 59 s. ad art. 2 I-VI LMI; NORBERT SENNHAUSER, Vom Anwalt zur Anwalts-Kapitalgesellschaft mit besonderer Betrachtung der Anwalts-GmbH, 2013, p. 161 s.; BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 173 s.) ne saurait être suivie. D'après cette disposition, lorsqu'une autorité d'exécution cantonale a constaté que l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation est conforme au droit fédéral ou en a autorisé l'accès au marché, sa décision est applicable dans toute la Suisse. L' art. 2 al. 6 LMI vise ainsi uniquement l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation. Cette disposition ne traite aucunement du droit de s'établir dans un autre lieu de Suisse, afin d'y exercer une activité économique. Rien n'indique à cet égard 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. Avant la réforme du 16 décembre 2005 (RO 2006 2363), le Tribunal fédéral avait d'ailleurs exclu la liberté d'établissement du principe de la liberté d'accès au marché (ATF 125 I 276). Selon cette jurisprudence, la liberté d'accès au marché était garantie à celui qui, à partir de son siège, voulait offrir des marchandises ou des services dans d'autres cantons, mais pas à celui qui voulait s'établir dans un autre canton, car il devait se conformer au droit en vigueur dans ce dernier (consid. 4 p. 278 ss; FF 2005 428 s.). Le nouvel art. 2 al. 4 LMI permet désormais 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 BGE 144 II 147 S. 155 les limites de l' art. 3 LMI . La LMI établit ainsi 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. Par ailleurs, compte tenu du caractère durable d'un établissement, le prononcé d'une interdiction fondée sur la LMI pénalise plus lourdement une entreprise qui entend s'établir dans un autre canton qu'une société souhaitant offrir des marchandises ou des services sporadiques hors canton. Il paraît donc justifié de traiter différemment ces deux situations. Ainsi, contrairement à l' art. 2 al. 6 LMI , l' art. 2 al. 4 LMI prévoit un contrôle du respect des dispositions légales. Comme on l'a vu, cette disposition s'applique non seulement en présence de divergences de droit cantonal, mais aussi lorsqu'est en jeu la liberté d'établissement garantie par la LLCA (cf. supra consid. 4.2). Cela a notamment pour conséquence que la Commission de la concurrence peut intervenir en cas de divergence cantonale sur l'exercice de la liberté d'établissement par des avocats. Il s'ensuit que, dans la situation où une entreprise se voit, en vertu du droit fédéral, refuser le droit de s'établir dans un autre canton, c'est l' art. 2 al. 4 LMI , et non l' art. 2 al. 6 LMI , qui trouve application.

E. 5

Il convient donc d'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). Dans le cas particulier, cet examen revient à vérifier la conformité de la décision entreprise au droit fédéral.

E. 5.1

Aux termes de l' art. 6 LLCA , l'avocat titulaire d'un brevet d'avocat cantonal qui entend pratiquer la représentation en justice doit demander son inscription au registre du canton dans lequel il a son adresse professionnelle (al. 1). L'autorité de surveillance l'inscrit s'il remplit les conditions prévues aux art. 7 et 8 (al. 2). L' art. 7 LLCA définit les conditions de formation, alors que l' art. 8 LLCA énonce les conditions personnelles. Selon cette dernière disposition, pour être inscrit au registre cantonal, l'avocat doit notamment être en mesure de pratiquer en toute indépendance; il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal (art. 8 al. 1 let . d). L'indépendance comme condition de l'inscription (art. 8 al. 1 let . d LLCA) est dite institutionnelle : l'avocat doit s'organiser de manière à BGE 144 II 147 S. 156 pouvoir exercer son activité de façon indépendante. L'art. 12 let. b et c LLCA énonce la règle de l'indépendance matérielle , selon laquelle l'avocat doit veiller, dans chaque affaire qui lui est confiée, à exercer son activité de manière indépendante, en évitant notamment tout conflit d'intérêts (ATF 138 II 440 consid. 3 p. 443; arrêt 2C_433/2013 du 6 décembre 2013 consid. 3, non publié in ATF 140 II 102). L' art. 13 LLCA précise encore que l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession. L'avocat veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel (art. 13 al. 2 LLCA). Cette obligation est également concrétisée à l' art. 321 CP , selon lequel sont, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire notamment les avocats, défenseurs en justice, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci.

E. 5.2

L'indépendance institutionnelle au sens de l' art. 8 al. 1 let . d LLCA doit garantir que l'avocat puisse se consacrer entièrement à la défense des intérêts de ses clients, sans être

influencé par des circonstances étrangères à la cause. L' art. 8 al. 1 let . d, 2 e phrase, LLCA envisage le cas où l'avocat salarié est employé par une étude organisée sous la forme traditionnelle d'une entreprise individuelle ou d'une société de personnes, dont respectivement l'exploitant et les associés sont eux-mêmes inscrits au registre des avocats. Une évolution plus récente a conduit à ce que des avocats s'associent pour la pratique du barreau, en constituant une personne morale dont ils sont les employés. Cette situation a fait l'objet de l' ATF 138 II 440 . Dans cette affaire, il s'agissait de onze avocats associés au sein d'un bureau de Saint-Gall, qui envisageaient de poursuivre leur activité en intégrant une étude dont le support juridique était une société anonyme de droit suisse. Ces avocats demandaient qu'il soit constaté qu'ils pouvaient demeurer inscrits au registre cantonal avec cette nouvelle organisation. Constatant que le législateur avait renoncé à réglementer cette question, le Tribunal de céans a fait droit à cette conclusion, en considérant que la question de l'indépendance requise ne devait pas dépendre de la forme juridique adoptée, mais de l'organisation mise en place dans le cas concret. Le choix de la société anonyme ou d'une autre forme juridique comme support d'une étude d'avocats n'empêchait ainsi nullement, en tant que tel, les avocats concernés BGE 144 II 147 S. 157 de se faire inscrire dans un registre cantonal - même si la personne morale n'y figurait pas elle-même -, pour autant que leur indépendance soit garantie de la même manière que s'ils étaient engagés par des avocats inscrits. Lorsque la société anonyme était entièrement contrôlée par des avocats inscrits, les garanties sous l'angle de l'indépendance institutionnelle étaient les mêmes que lorsqu'un avocat était engagé par un autre avocat lui-même inscrit. En l'occurrence, la société anonyme était et resterait entièrement contrôlée par des avocats inscrits dans un registre cantonal: seuls des avocats inscrits pouvaient devenir associés et les actions étaient soumises à des restrictions de transmissibilité; le conseil d'administration était composé uniquement d'actionnaires, donc d'avocats inscrits; outre le but de la société, les statuts ainsi qu'une convention d'actionnaires garantissaient que la direction de celle-ci soit assurée par des avocats inscrits. Dans ces conditions, les exigences d'indépendance posées par l' art. 8 al. 1 let . d LLCA étaient satisfaites (consid. 17 p. 457, consid. 18 p. 458, consid. 22 p. 462, consid. 23 p. 463). Dans un arrêt ultérieur, publié aux ATF 140 II 102 , le Tribunal fédéral a été saisi de la question de savoir si une personne titulaire d'un brevet d'avocat suisse pouvait être employée par une étude d'avocats organisée sous la forme d'une personne morale de droit anglais. Se fondant sur l' ATF 138 II 440 , le Tribunal fédéral a rappelé que le seul fait que l'avocat requérant son inscription était engagé par une personne morale qui n'était pas elle-même inscrite dans un registre cantonal ne conduisait pas nécessairement au rejet de la requête pour défaut d'indépendance (ATF 140 II 102 consid. 5.2.1 p. 109). Le Tribunal fédéral a cependant considéré que, même en s'astreignant à respecter les règles professionnelles de leur barreau étranger pour des questions d'organisation et de responsabilité, les associés de l'étude ne se trouvaient pas dans la même situation que s'ils étaient légalement tenus de les observer. En outre, n'étant pas inscrits dans un registre cantonal, ils n'étaient pas soumis à la surveillance disciplinaire d'une autorité (cantonale) suisse, surveillance qui doit garantir le respect de la LLCA (consid. 5.2.2 p. 110).

E. 5.3

Le Tribunal de céans ne s'est pas encore prononcé sur la question de savoir si le fait que des personnes autres que des avocats inscrits détiennent des droits de participation dans une étude d'avocats, organisée sous forme de personne morale, ou siègent dans son conseil d'administration, est conciliable avec les garanties d'indépendance BGE 144 II 147 S. 158 et de secret professionnel prévues dans la LLCA (cf. ATF 140 II 102 consid. 4.2.2 p. 106 s.;

ATF 138 II 440 consid. 23 p. 463).

E. 5.3.1

Une partie de la doctrine admet 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 (SENNHAUSER, op. cit., p. 200 ss; GAUDENZ G. ZINDEL, *Anwaltsgesellschaften in der Schweiz*, RSJ 11/2012 p. 255; FELLMANN/ZINDEL, *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2 e éd. 2011, n° 64 ad art. 12 LLCA ; KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich*, 2009, n. 1320 p. 328; DE VRIES REILINGH/HOHENAUER, *De l'étude d'avocats traditionnelle à la société anonyme d'avocats: quelques réflexions d'ordre civil et fiscal*, PJA 2008 p. 690). Ces auteurs considèrent par ailleurs que l'activité du tiers doit s'inscrire dans le cadre du but principal de la société et permettre la réalisation de celui-ci (cf. ZINDEL, op. cit., p. 256; DE VRIES REILINGH/HOHENAUER, op. cit., p. 690). Ils se réfèrent en cela aux critères élaborés par la Commission cantonale de surveillance des avocats de Zurich dans une décision du 5 octobre 2006. Dans cette affaire, l'autorité de surveillance avait accepté le principe d'une participation minoritaire au capital de tiers non-avocats, à condition que toutes les décisions sociales ne puissent être prises qu'à la majorité des voix d'avocats inscrits. Il était en outre exigé que le président du conseil d'administration soit un avocat inscrit au barreau (cf. BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, 2 e éd. 2016, p. 106 s.). Ces critères étaient réalisés en l'occurrence puisque, selon la convention d'actionnaires, deux tiers du capital-actions et des voix devaient être constitués d'avocats inscrits.

L'approche consistant à limiter l'influence décisionnelle des tiers non inscrits au sein des organes sociaux d'une société anonyme d'avocats a été reprise dans un projet de loi fédérale sur la profession d'avocat, daté du 15 février 2012 et élaboré par la Fédération suisse des avocats. Aux termes de l'art. 38, intitulé "Société d'avocats", l'exercice collectif de la profession d'avocat est admis sous toute forme juridique prévue par le droit suisse. La société d'avocats doit remplir certaines conditions, tendant notamment à garantir qu'elle soit contrôlée par des avocats inscrits (cf. art. 39). Les trois quarts au moins des droits de vote doivent appartenir à des avocats inscrits et la participation de ces derniers doit atteindre au minimum deux tiers du capital propre de la société (art. 39 let . c). Les décisions à tous les niveaux doivent en outre être prises à la majorité des voix BGE 144 II 147 S. 159 des avocats inscrits (art. 39 let . d). Enfin, le président de l'organe supérieur de direction ou d'administration doit être un avocat inscrit (art. 39 let . e; cf. ERNST STAEHELIN, *Le projet de loi sur la profession d'avocat*, in *Revue de l'avocat* 2012, p. 131). La proposition de la Fédération suisse des avocats a été suivie par une motion du Conseiller national Karl Vogler chargeant le Conseil fédéral d'élaborer une loi réglant tous les aspects de la profession d'avocat. Les travaux relatifs à la révision de la LLCA ont cependant été retardés et aucun projet de loi n'a encore été soumis au Parlement (cf. Rapport du Conseil fédéral du 3 mars 2017 sur les motions et postulats des conseils législatifs 2016 [17.006], p. 52).

Certains auteurs critiquent l'approche consistant à mesurer l'influence décisionnelle des associés non inscrits (MATHIEU CHÂTELAIN, *L'indépendance de l'avocat et les modes d'exercice de la profession*, 2017, n. 1312 p. 376; JÉRÔME GURTNER, *La réglementation des sociétés en Suisse: entre protectionnisme et libéralisme*, Etude de droit comparé, Neuchâtel, 2016 [ci-après: *Réglementation*], p. 373; BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 181; SCHILLER, op. cit., n. 1317 p. 327; BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 2379 p. 969). Selon BIANCHI DELLA PORTA et PHILIPPIN, "des associés minoritaires peuvent, notamment par le jeu d'implications

financières étrangères aux rapports de détention, ou par des alliances, avoir une influence de fait plus importante que celle qui résulte de leur part à la société" (BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 181). Il existe ainsi un "risque concret d'influence, en cas de stratégies de vote concertées" (BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 180, citant BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 2379 p. 969). Ces auteurs privilégient ainsi une approche fondée sur 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, etc.). D'après eux, "si toute influence indue peut être exclue, il n'y a pas de raison de s'y opposer par principe" (BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 180). Selon SCHILLER, il convient de s'assurer qu'aucun lien n'expose les avocats à l'influence de ces associés minoritaires non inscrits ("bedeutenden Minderheiten von Nicht-Anwälten"). L'auteur cite l'exemple de liens qui pourraient subsister avec de précédents employeurs ou des services juridiques externalisés (SCHILLER, op. cit., n. 1317 p. 327). BOHNET et MARTENET proposent pour leur part de limiter à 20 % la proportion d'associés non inscrits détenant au maximum des parts dans la même proportion BGE 144 II 147 S. 160 (BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 2389 p. 973 et n. 2402 p. 980). Ces auteurs sont, en revanche, plus stricts quant à la possibilité pour des tiers non inscrits à un registre cantonal d'avocats de siéger en qualité de membre du conseil d'administration de la société. Selon eux, cette situation met en péril le secret professionnel de l'avocat, de sorte que le conseil d'administration devrait être exclusivement composé d'avocats inscrits au registre (BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 2390 p. 974 et n. 2410 p. 984 s.; de cet avis également: GURTNER, Réglementation, op. cit., p. 380; MAURER/GROSS, in Commentaire romand, Loi sur les avocats, 2010, n os 108 et 111 ad art. 13 LLCA ; contra : BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 181; SIMONE GIANINI, Strutture societarie e professione d'avvocato, in Vertrauen, Vertrag, Verantwortung, 2007, p. 485). Un dernier courant de doctrine considère enfin que seuls des avocats inscrits à un registre cantonal peuvent être actionnaires d'une société anonyme d'avocats et siéger en qualité de membres du conseil d'administration (GURTNER, Réglementation, op. cit., p. 373 s.; 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 8/2003, p. 264; MICHAEL PFEIFER, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, RDS 1996 II p. 330; cf. aussi CHÂTELAIN, op. cit., n. 1314 p. 376, qui est en faveur du principe de l'interdiction de tiers au sein des organes décisionnels, tout en admettant que "certains tiers légalement autorisés pourraient faire partie de l'assemblée générale ou de tout autre organe décisionnel, à l'instar des notaires ou des médecins"). Les auteurs qui défendent cette opinion se fondent sur le fait que les tiers ne sont pas soumis aux règles professionnelles de l'avocat, ni au contrôle d'une autorité de surveillance. Dans ces conditions, "un contrôle de la société par des avocats inscrits au registre à une hauteur proche de 100 % s'impose, afin de garantir la protection du public" (GURTNER, Réglementation, op. cit., p. 373 s.).

E. 5.3.2

Ce dernier courant de doctrine doit être suivi compte tenu du droit actuel. L' art. 8 al. 1 let . d LLCA pose clairement le principe selon lequel, pour être inscrit au registre, l'avocat ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal. Il découle ainsi de l' art. 8 LLCA que, hormis le cas particulier des avocats employés par des organisations reconnues d'utilité publique BGE 144 II 147 S. 161 (art. 8 al. 2 LLCA), l'indépendance indispensable à l'exercice d'une activité d'avocat est exclue si l'avocat exerce sa profession pour une personne qui n'est pas inscrite au registre des avocats (ATF 138 II

440 consid. 6 p. 446). Le Tribunal fédéral a certes retenu qu'une interprétation littérale de la règle d'indépendance posée à l' art. 8 al. 1 let . d LLCA était, dans certaines situations, trop restrictive. Il n'est, en particulier, pas compatible avec la liberté économique d'interdire toute activité indépendante d'avocat, au motif que la personne exerce parallèlement une autre activité salariée pour des employeurs non inscrits à un registre cantonal. L'indépendance requise à l' art. 8 al. 1 let . d LLCA n'exclut donc pas qu'à côté d'un emploi pour un non-avocat une personne puisse exercer en qualité d'avocat. Le Tribunal fédéral a ainsi notamment retenu que l'inscription au registre cantonal ne pouvait pas être refusée à un avocat employé à plein temps dans une entreprise industrielle, assumant des mandats privés pendant son temps libre et avec l'accord explicite de son employeur (arrêt 2A.111/2003 du 29 janvier 2004 consid. 7; cf. aussi les exemples cités au consid. 6 de l' ATF 138 II 440). La présente situation n'entre pas dans ce cas de figure: la relation d'emploi porte sur l'activité d'avocat elle-même. En pareil cas, il y a lieu de s'en tenir aux principes dégagés de l' art. 8 al. 1 let . d LLCA. Comme exposé supra (consid. 5.2), cette disposition ne s'oppose pas à ce que des avocats s'associent pour la pratique du barreau en constituant une personne morale dont ils sont les employés (ATF 138 II 440). Le choix de la société anonyme n'empêche pas les avocats de se faire inscrire dans un registre cantonal pour autant que leur indépendance soit garantie de la même manière que s'ils étaient engagés par des avocats inscrits. En exigeant que l'employeur de l'avocat requérant son inscription soit lui-même inscrit dans un registre cantonal, la règle de l' art. 8 al. 1 let . d, 2 e phrase, LLCA garantit que le premier étant soumis à la LLCA et à la surveillance disciplinaire, il ne mésuse pas de sa position hiérarchique pour influencer son collaborateur dans un sens contraire aux intérêts du client. C'est ainsi le statut de son employeur qui garantit l'indépendance de l'avocat employé (ATF 140 II 102 consid. 4.1.2 p. 105). Or, à la différence de l'avocat, le tiers non inscrit à un registre cantonal n'est soumis ni aux règles professionnelles, ni à la surveillance disciplinaire. C'est pour cette raison que le Tribunal fédéral considère que, dans le cadre d'une société anonyme d'avocats, l'indépendance est assurée pour autant que celle-ci soit conçue de manière que seuls des avocats inscrits puissent influencer la relation d'emploi (cf. supra consid. 5.2). BGE 144 II 147 S. 162 Or, tel n'est pas le cas de la société recourante. Il ressort tant du contrat d'associés que des statuts que les avocats non inscrits peuvent représenter jusqu'à un quart des associés; cette proportion est valable non seulement pour les voix attribuées aux actions mais également pour les voix dans la société (art. 21 du contrat; art. 8 des statuts). L'associé non inscrit peut également participer à la prise de décision au sein du conseil d'administration, étant précisé que la majorité de ses membres enregistrés comme avocats en Suisse doivent être présents (ch. 12, point 3.4 du règlement d'organisation) et que les décisions ne sont valables que lorsqu'elles ont été adoptées par une majorité de membres inscrits dans un registre d'avocat en Suisse (ch. 14 du règlement d'organisation). Ainsi conçu, le système mis en place par la société anonyme ne permet pas d'exclure tout risque concret d'influence, au sein de l'actionnariat et du conseil d'administration, par les associés qui ne sont pas inscrits au registre. En résumé, seule une étude d'avocats organisée en personne morale dont l'actionnariat et le conseil d'administration sont composés exclusivement d'avocats inscrits dans un registre cantonal permet d'assurer que l'employeur offre lui-même les garanties nécessaires. Partant, la condition dont l' art. 8 al. 1 let . d, 2 e phrase, LLCA fait dépendre l'inscription à un registre cantonal n'est pas remplie dans le cas de la société recourante.

E. 5.3.3

Le fait que des personnes autres que des avocats inscrits détiennent des droits de participation dans une étude d'avocats met également en péril la garantie du secret professionnel de l'avocat. Le Tribunal fédéral a certes précisé que le respect absolu du secret professionnel n'était pas exigé (ATF 138 II 440 consid. 21 p. 461). Le secret professionnel de l'avocat jouit cependant d'une protection particulière dans l'ordre juridique, parce qu'il est indispensable à la profession et, partant, à une administration saine de la justice (ATF 138 II 440 consid. 21 p. 461). L'importance de cette institution pour la profession d'avocat ressort du reste des débats parlementaires qui ont conduit à l'adoption du Code de procédure pénale (CPP; RS 312.0). Alors que le Conseil fédéral proposait de soumettre les avocats déliés du secret professionnel à l'obligation de témoigner (FF 2006 1057 1184), la portée absolue du secret professionnel a fini par l'emporter (cf. art. 171 al. 4 CPP cum 13 al. 1 in fine LLCA). Le Conseil national avait notamment fait valoir que le secret professionnel de l'avocat était une institution nécessaire à l'Etat de droit et que la profession d'avocat ne pouvait être exercée correctement qu'à partir BGE 144 II 147 S. 163 du moment où le client pouvait placer dans son avocat une confiance absolue (BO 2007 CN 962). Les avocats apparaissent ainsi comme des professionnels privilégiés par rapport aux autres détenteurs du secret (STÉPHANE WERLY, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, n° 43 ad art. 171 IV CPP). Dans le cadre d'études d'avocats organisées en sociétés anonymes, 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 (cf. CHAPPUIS/MERKT, op. cit., p. 297; TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2 e éd. 2013, n° 13 ad art. 321 CP ; BIANCHI DELLA PORTA/PHILIPPIN, op. cit., p. 179). Les éléments dont le tiers aurait connaissance dans le cadre de cette collaboration pourraient, de la sorte, bénéficier de la protection conférée par le secret professionnel. En revanche, sa présence au conseil d'administration de la société met en péril le secret professionnel de l'avocat (GURTNER, Réglementation, op. cit., p. 380; MAURER/GROSS, in Commentaire romand, Loi sur les avocats, 2010, nos 108 et 111 ad art. 13 LLCA ; BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 2390 p. 974 et n. 2410 p. 984 s.). La qualité de membre du conseil d'administration confère en effet le droit de demander des renseignements sur toutes les affaires concernant la société (cf. art. 717 CO). Cette fonction suppose ainsi l'accès à des faits et documents couverts par le secret professionnel de l'avocat et dont le tiers n'a pas connaissance en qualité d'auxiliaire. Or l'avocat ne peut divulguer de telles informations sans violer son secret professionnel. Ainsi, force est de constater qu'accorder l'agrément à une société d'avocats dont l'un des membres, qui n'est pas inscrit à un registre cantonal d'avocats, siège au conseil d'administration de la société met en péril le secret professionnel de l'avocat.

E. 5.4

En conclusion, l'instance précédente n'a pas violé le droit fédéral en confirmant le refus d'accorder l'agrément en vue de l'exercice de la profession d'avocat par les employés de la succursale genevoise de A. SA.

E. 6

La société se plaint d'une violation de l' art. 3 LMI .

E. 6.1

D'après cette disposition, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (let. a), sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants BGE 144 II 147 S. 164 (let. b) et répondent au principe de la proportionnalité (let. c). Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance (let. a); les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants (let. b); le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative (let. c); une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance (let. d).

E. 6.2

Il convient au préalable de déterminer si cette disposition trouve application. Dans l'arrêt attaqué, la Cour de justice a examiné les conditions de l' art. 3 LMI , sans se prononcer sur son application dans le cas concret. La présente situation a cependant ceci de particulier que le fondement de la restriction trouve sa source non pas dans le droit cantonal, mais dans le droit fédéral. Or, dans la mesure où le droit fédéral s'applique de manière uniforme dans toute la Suisse et où il appartient aux autorités cantonales du lieu de destination d'en contrôler le respect dans le cadre de l' art. 2 al. 4 LMI (cf. supra consid. 4.4), il ne se justifie pas de procéder à l'examen des conditions de l' art. 3 LMI . Le grief tiré de la violation de l' art. 3 LMI formé par la recourante doit partant être rejeté.

E. 7

La recourante soutient que le refus d'accorder l'agrément porte une atteinte disproportionnée à sa liberté économique telle que garantie par l' art. 27 Cst.

E. 7.1

A titre de conditions pour l'agrément d'une société de capitaux, les garanties de l'indépendance de l'avocat et du secret professionnel restreignent la liberté économique de toute collectivité d'avocats souhaitant s'organiser sous la forme d'une société anonyme et ouvrir des succursales (art. 27 al. 1 Cst. ; cf. ATF 138 II 440 consid. 4 p. 444 s.; arrêt 2C_433/2013 du 6 décembre 2013 consid. 3, non publié in ATF 140 II 102). Comme tout droit fondamental, la liberté économique peut être restreinte, pour autant qu'une telle restriction soit fondée sur une base légale (art. 36 al. 1 Cst.), repose sur un intérêt public ou sur la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et soit proportionnée au but visé (al. 3), sans violer l'essence du droit en question (al. 4).

E. 7.2

En l'occurrence, le refus d'accorder l'agrément en vue de l'exercice de la profession d'avocat par les employés de la succursale BGE 144 II 147 S. 165 genevoise de A. SA repose sur le système mis en place par le droit fédéral, qui impose aux avocats de pratiquer en toute indépendance (cf. art. 8 al. 1 let. d et 12 let. b LLCA) et de respecter le secret professionnel (art. 13 LLCA). Le fondement de la restriction trouve donc sa source dans le droit fédéral. L' art. 190 Cst. impose au Tribunal fédéral d'appliquer le droit fédéral. Même si cette disposition n'interdit pas à la Cour de céans, lorsqu'elle le juge opportun, de vérifier la conformité du droit fédéral à la Constitution et, au besoin, de donner une impulsion au législateur (cf. ATF 141 II 280 consid. 9.2 p. 295), il ne se justifie pas de procéder à cet

examen détaillé en l'espèce ni d'examiner plus avant les autres conditions de l' art. 36 Cst. En effet, il suffit de renvoyer à la jurisprudence selon laquelle l' art. 8 al. 1 let . d LLCA doit être interprété de manière que des avocats brevetés ne soient exclus de la représentation en justice que dans la mesure nécessaire à la réalisation du but de la restriction (ATF 138 II 440 consid. 4 p. 444 s.). Or, comme exposé supra (cf. consid. 5.3.2), la seule mise en place de dispositions visant à limiter l'influence décisionnelle des tiers non inscrits au sein des organes sociaux d'une société anonyme d'avocats ne permet pas de préserver l'intérêt public en cause, à savoir l'indépendance des avocats et la sauvegarde du secret professionnel. Le fait d'exiger que la profession d'avocat soit exercée sous le couvert d'une personne morale contrôlée entièrement par un ou plusieurs avocats inscrits constitue ainsi une restriction admissible sous l'angle de l'intérêt public et de la proportionnalité. Le grief tiré de la violation de l' art. 27 Cst. formé par la société doit ainsi être rejeté.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.