

## **GE\_GERICHTE ATA/336/2014 vom 13. Mai 2014**

GE Cour de justice, 2014-05-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_336\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_336_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATA/336/2014 du 13 mai 2014

IT: GE\_GERICHTE ATA/336/2014 del 13 maggio 2014

### **Regeste**

Résumé: Qualité pour recourir de la COMCO et délimitation de l'objet du litige. Un agent d'affaires breveté vaudois ne peut se prévaloir de la LMI pour exercer à Genève des compétences en matière de représentation conventionnelle que le législateur genevois, sur la base du Code de procédure civile, a réservées aux seuls avocats inscrits au barreau. L'atteinte à la liberté économique qui en résulte est justifiée par la protection du public et respecte le principe de la proportionnalité dans ses trois composantes, un agent d'affaire breveté vaudois n'étant pas empêché d'exercer les compétences dévolues aux agents d'affaires genevois. L'exigence de gratuité prévue par la LMI ne s'applique pas à la procédure de recours.

### **Erwägungen**

#### **E. 18**

avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. Ce principe constitutionnel de la primauté du droit fédéral fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementé de manière exhaustive (ATF 135 II 106 consid. 2.1 p. 108 ; 128 I 46 consid. 5a p. 54 ; 128 I 295 consid. 3b p. 299).

Même si, en raison du caractère exhaustif de la législation fédérale, le canton ne peut plus légiférer dans une matière, il n'est pas toujours privé de toute possibilité d'action. Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd toute compétence pour adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci (ATF 138 I 435 consid. 3.1 p. 446 ; 137 I 167 consid. 3.4 p. 174 s ; 133 I 110 consid. 4.1 p. 116). Dans un tel cas, il peut néanmoins arriver que le canton soit autorisé à édicter certaines règles sur la base d'habilitations expresses figurant dans la législation fédérale. On parle à ce sujet de compétences déléguées

- 13/26 - A/3429/2013 (Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, volume I : l'Etat, 3e édition, 2013, n. 1065).

b. Le projet relatif à l'art. 68 al. 2 CPC élaboré par le Conseil fédéral ne conférait la qualité de représentant conventionnel qu'aux avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice selon la LLCA et, dans les affaires soumises à la procédure sommaire, aux agents d'affaires titulaires d'un brevet réglementé par le droit cantonal et aux représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP (FF 2006 7019 ; Message relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6894). Lors des débats parlementaires, cette

disposition a été élargie en faveur des agents d'affaires à des domaines supplémentaires pour correspondre à la pratique en vigueur notamment dans le canton de Vaud (BOCE 2007 p. 508 ; BOCN 2008 p. 648s). En effet, dans ce canton, la réglementation permettait aux agents d'affaires d'opérer dans un domaine plus large que celui figurant dans le projet du Conseil fédéral, lequel restreignait l'autonomie cantonale et mettait un frein à la pratique des agents d'affaires dans certains cantons, raison pour laquelle les personnes exerçant cette profession devaient pouvoir agir dans l'ensemble des procédures sommaires, pour autant que le droit cantonal le permît (BOCN 2008 p. 649).

c. Selon l'art. 94 al. 1 Cst., la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique. L'art. 95 Cst. prévoit que la Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées (al. 1) ; elle veille à créer un espace économique suisse unique. Elle garantit aux personnes qui justifient d'une formation universitaire ou d'une formation fédérale, cantonale ou reconnue par le canton la possibilité d'exercer leur profession dans toute la Suisse (al. 2). Sur cette base, le législateur a adopté la LMI, entrée en vigueur le 1er juillet 1996, qui vise à éliminer les restrictions de l'accès au marché mises en place par les cantons et les communes. Elle garantit à toute personne physique ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative, soit toute activité non régaliennne ayant pour but un gain, sur l'ensemble du territoire suisse (art. 1 al. 1 et 3 LMI). Elle vise en particulier à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse, soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché, accroître la compétitivité de l'économie et renforcer la cohésion économique de la Suisse (art. 1 al. 2 LMI).

La LMI, qui a fait l'objet d'une importante révision entrée en vigueur le 1er juillet 2006 notamment aux fins d'empêcher que le principe du fédéralisme ne l'emporte sur celui du marché intérieur (Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, FF 2005 421, p. 437 ; ATF 134 II 329 consid. 5.2 p. 333s ; 125 I 276 consid. 4 p. 278s), a été conçue comme une loi-cadre, qui ne tend pas à harmoniser les différents domaines, mais se limite à fixer

- 14/26 - A/3429/2013 les principes élémentaires nécessaires au bon fonctionnement du marché (Message, op. cit., p. 426). A l'intérieur du cadre imposé, les cantons demeurent libres d'exercer leurs compétences (ATF 135 I 106 consid. 2.2 p. 108). En d'autres termes, la LMI, qui adopte une approche « transcantonale », ne règle pas, en lieu et place des cantons, les conditions d'accès aux différents marchés sur le territoire suisse, de sorte que les cantons conservent leurs compétences, tout en étant tenus de veiller à les exercer dans le respect du droit d'accès au marché conféré aux particuliers établis ou ayant leur siège en Suisse (Vincent MARTENET / Christian BOVET / Pierre TERCIER [éd.], Droit de la concurrence, 2e édition, 2013, n. 61 p. 1828 s et n. 4 ad art. 1 LMI). La LMI est également une loi subsidiaire. En principe, ce n'est que si, ensemble, les cantons n'ont pas harmonisé les conditions d'accès à un marché donné que la LMI est applicable (Vincent MARTENET / Christian BOVET / Pierre TERCIER [éd.], op. cit., n. 64 ad art. 1 LMI). 6)

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur les rapports entretenus par la LMI et d'autres actes normatifs, de rang fédéral ou intercantonal.

a. Dans un arrêt rendu en 2008 en lien avec les conditions d'engagement d'un avocat-stagiaire, le Tribunal fédéral a jugé que la LLCA, qui trouve sa base

constitutionnelle à l'art. 95 al. 1 Cst. et ne réglemente pas de manière complète et exhaustive la profession d'avocat (François BOHNET / Vincent MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, n. 240 p. 105s), a été conçue comme une loi spéciale, visant à combler certains vides de la LMI, qui continue toutefois à s'appliquer de manière générale à la profession d'avocat (ATF 134 II 329 consid. 5.2 p. 333). Dans la mesure où la LLCA laisse subsister des compétences cantonales en lien avec la formation des stagiaires, celles-ci doivent être exercées par les cantons dans le respect du cadre fixé par la LLCA, les cantons devant également s'abstenir d'établir des entraves contraires à la LMI (ATF 134 II 329 consid. 5.3 p. 335). En d'autres termes, lorsque le domaine n'est pas réglementé de manière exhaustive par la LLCA, il tombe dans le champ d'application de la LMI (ATF 134 II 329 consid. 5.4 p. 335). L'application parallèle de la LMI et de la LLCA n'est toutefois pas une règle absolue, une approche nuancée s'imposant, en respectant au mieux la volonté du législateur (ATF 134 II 329 consid. 5.2 p. 334).

b. Dans un arrêt rendu la même année, la Haute Cour s'est penchée sur la question des rapports entre l'art. 27 LP d'une part et les dispositions de la LMI d'autre part, suite au refus, par les autorités genevoises, de reconnaître à une société zurichoise de recouvrement la qualité de représentant professionnel au sens de cet article. Aux termes de l'art. 27 al. 1 LP, intitulé « représentation professionnelle », les cantons peuvent réglementer la représentation professionnelle des intéressés à la procédure d'exécution forcée et peuvent - 15/26 - A/3429/2013 notamment prescrire que les personnes qui entendent exercer cette activité fassent la preuve de leurs aptitudes professionnelles et de leur moralité (ch. 1), exiger la fourniture de sûretés (ch. 2), fixer le tarif des indemnités applicable en matière de représentation professionnelle (ch. 3). Quiconque a été autorisé dans un canton à exercer la représentation professionnelle peut demander l'autorisation d'exercer cette activité dans tout autre canton, pour autant que ses aptitudes professionnelles et sa moralité aient été vérifiées de manière approfondie (art. 27 al. 2 LP). Issu de la révision de la LP du 16 décembre 1994 et entré en vigueur le 1er janvier 1997, l'art. 27 LP, dont la teneur n'a pas été modifiée suite à l'entrée en vigueur du CPC, a été élaboré dans le but de permettre aux cantons réglementant la profession d'agent d'affaires d'accorder le libre passage au représentant professionnel autorisé à pratiquer dans un autre canton, pour autant que ses aptitudes professionnelles et personnelles aient été vérifiées de manière adéquate (Message concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, FF 1991 III 1, p. 46 s).

Selon le Tribunal fédéral, la comparaison des art. 27 LP et de la LMI met en évidence que ces dispositions poursuivent le même objectif, à savoir celui d'assurer aux personnes exerçant une activité lucrative l'accès libre et non discriminatoire au marché couvrant tout le territoire suisse. L'art. 27 LP vise toutefois les représentants professionnels dans le cadre de la procédure d'exécution forcée et fixe des limites précises, autorisant les cantons à exiger des personnes exerçant cette profession qu'elles fassent la preuve de leurs aptitudes et de leur moralité, l'art. 27 al. 2 LP garantissant alors leur libre passage entre les différents cantons. Dans ces conditions, l'art. 27 LP représente une disposition spéciale, qui l'emporte sur la LMI, ce qui est conforme à la volonté du législateur, lequel a conçu cette dernière comme une loi subsidiaire ne s'appliquant que si les conditions d'accès à un marché déterminé ne sont pas harmonisées (ATF 135 I 106 consid. 2.5 p. 110 s). Dans le cas d'espèce, au contraire du canton de Genève, la législation zurichoise sur les agents d'affaires ne soumettait pas à autorisation la représentation professionnelle à la procédure

d'exécution forcée, telle qu'elle résultait de l'art. 27 LP, de sorte que l'art. 27 al. 2 LP ne s'appliquait pas et les conditions ordinaires du canton d'accueil déterminaient l'octroi de l'autorisation (ATF 135 I 106 consid. 2.6 p. 111).

Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer sur les rapports entre l'art. 27 LP et l'art. 68 al. 2 let. c CPC. Il a considéré que depuis l'entrée en vigueur du CPC, l'art. 27 LP portait aussi sur la réglementation de la représentation professionnelle dans le cadre des procédures sommaires au sens de l'art. 251 CPC. En se fondant sur l'art. 27 LP, les cantons sont ainsi libres de légiférer sur la représentation professionnelle non seulement dans les procédures devant les offices des poursuites et des faillites, mais également dans les procédures sommaires visées par l'art. 251 CPC. Il est en outre admissible qu'un canton ne règle la représentation qu'en relation avec les procédures sommaires

- 16/26 - A/3429/2013 visées par cette dernière disposition. En revanche, lorsqu'un canton n'a pas fait usage de la compétence conférée par l'art. 27 LP, la représentation professionnelle dans les procédures sommaires relevant de la LP peut y être exercée sans restrictions (ATF 138 III 396 consid. 3.4 p. 399 s).

c.

En matière de marchés publics, le Tribunal fédéral a considéré que les dispositions de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1) l'emportent sur celles de la LMI en vertu du principe « *lex specialis derogat generali* », dans tous les cas où les deux lois peuvent potentiellement trouver application (ATF 135 II 49 consid. 4.1 p. 52).

d.

Il a également jugé que l'Accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes prévaut sur les dispositions de la LMI, pour autant qu'il en respecte les principes, qui constituent des exigences minimales (ATF 136 II 470 consid. 3.3 p. 480). Dans ce cadre, le recourant, qui était titulaire d'une autorisation d'enseigner, mais non d'un diplôme permettant l'exercice de la profession d'enseignant qui était le seul cas de figure prévu par l'accord précité, pouvait obtenir la reconnaissance de son autorisation en se fondant directement sur les dispositions de la LMI (ATF 136 II 470 consid. 5 p. 484ss).

e. Le Tribunal fédéral n'a, jusqu'à présent, pas encore été amené à se déterminer sur les rapports entretenus par le CPC et la LMI. La doctrine ne s'est pas non plus prononcée sur le sujet, se limitant à reprendre les termes de l'art. 68 al. 2 CPC sans les commenter du point de vue de la libre circulation (voir par exemple François BOHNET / Jacques HALDY / Nicolas JEANDIN / Philippe SCHWEIZER / Denis TAPPY, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 18 ad art. 68 CPC, qui précisent que le législateur a autorisé les agents d'affaires à représenter les parties de manière professionnelle en justice afin de respecter l'autonomie cantonale). Certains auteurs rappellent tout au plus que si les cantons disposent de la compétence de restreindre les pouvoirs de représentation des agents d'affaires par rapport à ce que cette disposition permet, ils ne peuvent leur conférer davantage de facultés que celles accordées par le CPC (David HOFMANN / Christian LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2009, p. 51).

Deux ouvrages se sont toutefois prononcés sur la question de la libre circulation des agents d'affaires. Les auteurs du premier considèrent que la libre circulation, en application de la

LMI, était garantie aux agents d'affaires jusqu'au 31 décembre 2010, lorsque les cantons instituait cette profession. L'entrée en vigueur du CPC a toutefois modifié la situation, dès lors que l'art. 68 al. 2 let. b CPC n'oblige pas les cantons à prévoir la représentation professionnelle par les agents d'affaires. Il en résulte que la libre circulation de ceux-ci ne peut se fonder sur la LMI, mais sur le droit cantonal adopté en application de l'art. 68 al. 2 let. b CPC, ce code, en tant que loi spéciale et plus récente, primant l'application de la législation sur le marché intérieur (Thomas SUTTER-SOMM / Franz HASENBÖHLER / Christoph LEUENBERGER [éd.], Kommentar zur

- 17/26 - A/3429/2013 Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2e édition, 2013, n. 19 ad art. 68 CPC). Le deuxième groupe d'auteurs est en substance d'un avis similaire et précise que, dans la mesure où l'autorisation de pratiquer des agents d'affaires se fonde sur du droit cantonal réservé par le CPC, cette autorisation est limitée au territoire cantonal, de sorte que les intéressés ne peuvent faire valoir de droit à la libre circulation d'un point de vue intercantonal (Heinz HAUSHEER / Hans Peter WALTER [éd.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1-352 und Art. 400-406 ZPO, 2012, n. 9a ad art. 68 CPC). 7)

La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important. Le pluralisme des méthodes signifie que le juge, appelé à interpréter une norme, recourt successivement à toutes les méthodes, en compare les résultats et retient celui qui lui paraît rendre au mieux le véritable sens de la norme (ATF 137 IV 180 consid. 3.4 p. 184 ; 136 III 283 consid. 2.3.1 p. 284 ; 135 II 416 consid. 2.2 p. 418).

La contradiction entre deux normes de même rang peut être résolue en recourant aux principes « *lex specialis derogat generali* » et « *lex posterior derogat priori* », dont l'application doit être déterminée au regard des méthodes d'interprétation précitées, en particulier lorsqu'il convient de déterminer si une loi postérieure doit primer ou non une loi antérieure qui peut apparaître comme spéciale. En revanche, si la loi spéciale est également postérieure, elle primera sans problème (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011 n. 435 ; Piermarco ZEN-RUFFINEN, Droit administratif, Partie générale et éléments de procédure, 2e édition, 2013, n. 109). 8) a. A Genève, selon l'art. 1 de la loi réglementant la profession d'agent d'affaires du 2 novembre 1927 (LPAA - E 6 20), seuls sont admis en qualité de mandataires des parties auprès des offices des poursuites et des faillites les avocats et les avocats-stagiaires rattachés au barreau de Genève ou à celui d'un autre canton (let. a), les notaires nommés par le département de la sécurité (let. b), les agents d'affaires autorisés par le département à exercer cette profession à Genève (let. c) et les mandataires autorisés par le département en application de l'art. 27 al. 2 LP (let. d). Est agent d'affaires soumis aux dispositions de la loi celui qui, par profession, agit en qualité de mandataire des parties auprès des offices des poursuites ou des faillites (art. 3 LPAA). Pour obtenir l'autorisation

- 18/26 - A/3429/2013 d'exercer la profession d'agent d'affaires, l'intéressé doit être majeur, justifier de connaissances juridiques et pratiques suffisantes, fournir une caution

fixée par le Conseil d'Etat, présenter un certificat de bonne vie et mœurs, jouir de ses droits civils et politiques, avoir des antécédents et une moralité offrant des garanties suffisantes, n'être sous le coup d'aucun acte de défaut de biens délivré ensuite de faillite ou de poursuites demeurées infructueuses (art. 4 LPAA). Si le département juge la requête recevable, le requérant doit subir avec succès un examen portant sur ses connaissances théoriques et pratiques (art. 5 al. 2 du règlement sur l'exercice de la profession d'agent d'affaires du 4 septembre 1928 - RPAA - E 6 20.01). Cet examen est oral et écrit, les épreuves orales portant sur le droit civil et le droit des obligations, la procédure civile, la législation sur la poursuite pour dettes et la faillite, les éléments du droit public fédéral et cantonal, les épreuves écrites comprenant une composition sur un sujet en rapport avec les connaissances que doit posséder un agent d'affaires et la rédaction d'actes de poursuites (art. 10 RPAA).

b. Dans le canton de Vaud, aux termes de l'art. 1 LPAg, l'agent d'affaires breveté représente professionnellement les parties devant les autorités judiciaires et les autorités de poursuites et de faillites, dans la mesure prévue par la LPAg. Selon l'art. 2 LPAg, il peut assister les parties dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée (let. a), procéder dans les causes de prononcé de séparation de biens et de rétablissement du régime antérieur (let. c), représenter les parties ou les assister en procédure de conciliation, à l'exception des procès en nullité de mariage, en séparation de corps, en constatation et contestation de filiation et en interdiction (let. d), représenter les parties ou les assister dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'article 248 CPC (let. e), représenter les parties ou les assister dans les affaires relevant de la compétence du Tribunal des baux (let. g), assister les parties dans les causes relevant de la compétence des tribunaux de prud'hommes (let. h). L'agent d'affaires breveté ne peut exercer sa profession que s'il a obtenu son inscription au tableau (art. 12 al. 1 LPAg). Pour ce faire, il doit notamment être porteur du brevet pour l'exercice de cette profession (art. 22 LPAg). Ce dernier est délivré par le Tribunal cantonal à la suite d'examens auxquels procède une commission d'experts (art. 15 al. 1 LPAg). Selon l'art. 17 LPAg, les examens ont lieu en deux séries, chaque série comportant un examen oral et un examen écrit (al. 1) ; la première série comprend une composition écrite sur une question en rapport avec des connaissances en matière de droit civil, de droit des obligations et de droit public fédéral et cantonal et deux épreuves orales, l'une sur le droit civil et le droit des obligations, l'autre sur les éléments du droit public fédéral et cantonal (al. 2) ; la deuxième série comprend une rédaction d'actes de procédure et de poursuite, puis quatre épreuves orales portant respectivement sur la procédure civile contentieuse et non contentieuse et l'organisation judiciaire, sur la législation en matière de poursuite pour dettes et de faillite, sur les éléments de droit public et de la procédure pénale en matière de délits de poursuite et sur la représentation des parties et de la

- 19/26 - A/3429/2013 profession d'agent d'affaires breveté (al. 3). Pour être admis aux examens de première série, le candidat doit préalablement avoir accompli un stage auprès d'un agent d'affaires breveté pratiquant dans le canton depuis cinq ans au moins et produire un témoignage favorable de celui-ci, la durée du stage étant de deux ans pour les titulaires d'un « bachelor » en droit délivré par une université suisse ou d'un titre jugé équivalent en vertu d'un traité international et de trois ans pour les porteurs d'une maturité gymnasiale ou professionnelle ou d'un titre jugé équivalent ainsi que pour les porteurs du brevet d'aptitude aux fonctions de préposé aux poursuites et aux faillites (art. 19 LPAg).

c. La LLCA, qui s'applique notamment aux titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse (art. 2 al. 1 LLCA), prévoit que tout avocat inscrit à un registre cantonal des avocats peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sans autre autorisation (art. 4 LLCA). Pour être inscrit au registre, l'avocat doit ainsi être titulaire d'un brevet d'avocat, qui ne peut être délivré par les cantons que si le titulaire a effectué des études de droit sanctionnées par une licence ou un « master » délivrés par une université suisse, soit par un diplôme équivalent délivré par une université de l'un des Etats qui ont conclu avec la Suisse un accord de reconnaissance mutuelle des diplômes ainsi qu'un stage d'un an au moins effectué en Suisse et sanctionné par un examen portant sur les connaissances juridiques théoriques et pratiques (art. 7 al. 1 LLCA). Dans ce cadre, le droit des cantons de fixer les exigences pour l'obtention du brevet d'avocat est réservé (art. 3 al. 1 LLCA).

A Genève, aux termes de l'art. 1 al. 1 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPAv - E 6 10), l'avocat assiste et représente les justiciables et les administrés devant les autorités judiciaires et administratives. L'art. 2 LPAv précise que l'avocat peut seul recevoir mandat d'assister les parties, de procéder et de plaider pour elles devant les juridictions civiles et pénales, les exceptions prévues par la loi demeurant réservées. Pour obtenir le brevet d'avocat, le candidat doit avoir effectué des études de droit sanctionnées soit par une licence ou un « master » délivrés par une université suisse, soit par un diplôme équivalent délivré par une université de l'un des Etats membres ayant conclu avec la Suisse un accord de reconnaissance mutuelle des diplômes, effectué une formation approfondie à la profession d'avocat validée par un examen, accompli un stage et réussi un examen final (art. 24 LPAv). 9)

En l'espèce, les recourants allèguent que la décision litigieuse est contraire à la LMI, laquelle trouve application en tant que loi générale et subsidiaire par le biais de l'art. 68 al. 2 CPC, ce que l'autorité intimée conteste.

Il ressort du texte de l'art. 68 al. 2 CPC que cette disposition ne contient, en tant que telle, aucune référence à la libre circulation entre les cantons des personnes exerçant la représentation conventionnelle, mais se limite à renvoyer à l'application de lois spécifiques à ce titre. Ainsi, d'une part, l'art. 68 al. 2 let. a

- 20/26 - A/3429/2013 CPC se réfère, s'agissant des avocats, à la LLCA, laquelle consacre le principe selon lequel tout avocat inscrit à un registre cantonal peut pratiquer la représentation en Suisse sans autre autorisation (art. 4 LLCA). D'autre part, l'art. 68 al. 2 let. c CPC renvoie à l'application de l'art. 27 LP pour les représentants professionnels, cette disposition emportant également une reconnaissance intercantonale pour l'exercice de cette profession (art. 27 al. 2 LP). En revanche, les let. b et d de l'art. 68 al. 2 CPC sont conçues différemment, dès lors qu'elles se contentent de renvoyer à l'application du droit cantonal, sans autre précision concernant la libre circulation, entre les cantons, des agents d'affaires et des mandataires professionnellement qualifiés.

Il ne saurait toutefois être déduit du seul texte de l'art. 68 al. 2 CPC une application générale et subsidiaire de la LMI s'agissant de ces catégories de représentants conventionnels. Outre le fait que la disposition susmentionnée ne contient aucune référence à cette loi, la question de l'application ou non de la LMI doit se faire sur la base d'une approche nuancée, en tenant compte de différents éléments.

Le législateur n'a pas expressément abordé la question de la libre circulation intercantonale des agents d'affaires lors de l'adoption du CPC, dont le projet présenté aux Chambres par le Conseil fédéral dotait les agents d'affaires et les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP des mêmes compétences, à savoir en matière de procédure sommaire. Les discussions parlementaires mettent toutefois en évidence que la teneur actuelle de l'art. 68 al. 2 let. b CPC a été privilégiée par rapport à sa teneur initiale afin de permettre aux quelques cantons connaissant la profession d'agents d'affaires, dont les compétences dépassaient celles mentionnées par le projet, et notamment le canton de Vaud, de la maintenir. Le législateur ne visait ainsi pas à généraliser cette profession au niveau national, mais à la pérenniser au sein des cantons qui la connaissaient sous cette forme. L'art. 68 al. 2 let. b CPC réserve d'ailleurs expressément l'application du droit cantonal. De ce point de vue déjà, admettre l'application de la LMI et permettre aux agents d'affaires autorisés à pratiquer dans un canton d'exercer leur activité dans un canton ne connaissant pas cette profession ou ne lui octroyant que des compétences limitées paraît problématique.

Même si la formulation des art. 68 al. 2 let. b et 68 al. 2 let. c CPC, lequel doit être lu en parallèle avec l'art. 27 LP, n'est pas similaire, l'origine commune de ces dispositions renforce ce constat, puisque, comme précédemment mentionné, les agents d'affaires détenaient les mêmes compétences que les représentants professionnels, en matière de procédure sommaire. Or, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 68 al. 2 let. c CPC opérerait un renvoi à l'art. 27 LP, octroyant aux cantons la faculté de légiférer pour définir le cercle des représentants professionnels et leurs domaines de compétence non seulement pour la procédure devant les offices de poursuite et de faillite, mais également en

- 21/26 - A/3429/2013 matière de procédure sommaire, avec pour conséquence qu'en ces matières, la question de la libre circulation des représentants professionnels est régie par l'art. 27 al. 2 LP, à l'exclusion de la LMI, laquelle ne trouve ainsi pas application. S'il est vrai que l'art. 68 al. 2 let. b CPC ne contient pas de disposition semblable à l'art. 27 al. 2 LP, il n'en demeure pas moins que l'application de la LMI aux agents d'affaires ne saurait être conçue différemment, ce d'autant que cette profession n'est pas généralisée au plan national, à l'instar d'ailleurs des représentants professionnels, ce qui justifie la référence au droit cantonal pour la réglementer.

Le CPC délègue ainsi aux cantons la compétence d'élargir le champ de la représentation conventionnelle, en la confiant à d'autres professionnels que les seuls avocats mentionnés à l'art. 68 al. 2 let. a CPC. Ils se voient également offrir la possibilité de ne pas le faire et de n'admettre la représentation professionnelle en justice que par les avocats, comme le canton de Genève. Or, admettre l'application de la LMI aurait pour conséquence que des agents d'affaires pourraient exercer leur profession au sein d'un canton qui consacre le monopole de l'avocat, ce qui va à l'encontre du sens et de l'esprit de l'art. 68 al. 2 CPC.

Les agents d'affaires ne sont au bénéfice d'aucune réglementation uniforme, seuls certains cantons prévoyant l'exercice de cette profession, au moyen de compétences variables. De ce point de vue, cette activité se distingue de celle des avocats, soumis à la LLCA et subsidiairement à la LMI, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral. En effet, tous les cantons réglementent la profession d'avocat, les conditions minimales de formation et les règles professionnelles étant fixées dans la législation fédérale, dès lors que la représentation professionnelle par les avocats constitue la règle, les cantons pouvant néanmoins prévoir des exceptions. Un tel cadre juridique n'existe toutefois pas pour les agents d'affaires. Pour ces motifs également, la LMI, même à titre subsidiaire, ne peut

s'appliquer à ces derniers, ce d'autant qu'à la différence de la LLCA, qui ne réglemente pas de manière exhaustive tous les aspects de la profession d'avocat, le CPC, qui vise à uniformiser la procédure civile au niveau fédéral, constitue une telle législation exhaustive, tout en rétrocédant, par délégation, certaines compétences aux cantons, notamment en matière de représentation professionnelle.

La LMI constitue une loi-cadre, qui a pour objectif de créer un marché intérieur unifié en empêchant que le principe du fédéralisme ne l'emporte sur celui-ci. Pour atteindre ce but, elle ne saurait toutefois imposer aux cantons de déroger à leur propre réglementation, d'autant moins lorsqu'elle a été adoptée sur la base d'une autre loi fédérale, en conformité avec celle-ci, ce qui rend d'ailleurs sans objet le grief de la violation de la primauté du droit fédéral soulevé par le recourant. En d'autres termes, admettre l'application de la LMI et permettre l'exercice de la profession d'agent d'affaires au bénéfice de compétences élargies - 22/26 - A/3429/2013 au sein d'un canton ayant, en application du CPC, délibérément décidé de ne pas conférer de telles tâches de représentation devant les autorités judiciaires aux intéressés revient à éluder, si ce n'est à vider de leur substance, les dispositions du CPC, qui délèguent cette compétence aux cantons, et à uniformiser de manière implicite les réglementations cantonales, ce qui dépasse largement l'objectif de la LMI.

A cela s'ajoute que le CPC est entré en vigueur en 2011, postérieurement à la LMI. De plus, par rapport à cette dernière, il constitue une loi spéciale, puisqu'il vise à ne réglementer qu'un domaine spécifique, celui de la procédure civile, plus particulièrement la représentation conventionnelle. Dès lors, en tant que loi plus récente et spéciale, elle prime à ce double titre la LMI.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'art. 68 al. 2 let. b CPC ne permet pas une application de la LMI à titre général ou subsidiaire. Le refus de l'autorité intimée d'autoriser M. A\_\_\_\_\_ d'exercer à Genève la profession d'agent d'affaires selon les prescriptions vaudoises est ainsi fondé, de sorte que les recours seront rejetés sur ce point.

10) M. A\_\_\_\_\_ se plaint que la décision entreprise viole la liberté d'établissement, la garantie de la propriété et la liberté économique.

a. Selon l'art. 24 Cst., les Suisses ont le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays (al. 1). Ils ont le droit de quitter la Suisse ou d'y entrer (al. 2). La liberté d'établissement enjoint ainsi à la Confédération, aux cantons et aux communes de permettre à tout ressortissant suisse de s'établir sur leur territoire, soit pour y constituer un domicile, soit pour y séjourner et a pour but de promouvoir et de garantir la libre circulation des personnes sur l'ensemble du territoire national (ATF 128 I 280 consid. 4.1.1 p. 282 s ; ATA/121/2013 du 26 février 2013 ; ATA 147/2004 du 10 février 2004 ; ATA 151/2002 du 26 novembre 2002 ; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, op. cit., n. 757).

b. Aux termes de l'art. 26 al. 1 Cst., la propriété est garantie. Cette disposition protège, dans sa conception première, les droits patrimoniaux concrets du propriétaire, soit celui de conserver sa propriété, d'en jouir et de l'aliéner. Elle vise ainsi à protéger les droits de chaque propriétaire individuel et s'étend non seulement à la propriété des biens mobiliers et immobiliers qu'aux droits réels restreints, aux droits contractuels, aux droits de propriété intellectuelle et aux droits acquis des citoyens contre l'Etat et à la possession (ATF 128 I 295 consid. 6a p. 311).

c. Selon l'art. 27 Cst., la liberté économique, qui comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice, est garantie. Elle protège toute activité économique privée,

- 23/26 - A/3429/2013 exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu et peut être invoquée tant par les personnes physiques que morales (ATF 137 I 167 consid. 3.1 p. 172 ; 135 I 130 consid. 4.2 p. 135 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_881/2013 du 18 février 2014 consid. 4.2).

d. A l'instar de toutes les libertés publiques, la liberté économique n'a pas valeur absolue et peut être restreinte aux conditions de l'art. 36 Cst. Aux termes de cette disposition, une restriction d'un droit fondamental est admissible si elle repose sur une base légale, qui doit être de rang législatif en cas d'atteinte grave (al. 1), est justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2), et respecte le principe de la proportionnalité (al. 3) ainsi que l'essence du droit en question (al. 4).

Sont ainsi autorisées les restrictions à la liberté économique reposant sur des mesures de police, des mesure de politique sociale ou des mesures dictées par la réalisation d'autres intérêts publics (ATF 125 I 322 consid. 3a p. 326). Sont en revanche prohibées les mesures de politique économique ou de protection d'une profession qui entravent la libre concurrence en vue de favoriser certaines branches professionnelles ou certaines formes d'exploitation (ATF 137 I 167 consid. 3.6 p. 175 ; 131 I 223 consid. 4.2 p. 231 s ; 130 I 26 consid. 6.3.3.1 p. 53 ; 125 I 209 consid. 10 p. 221 ; 124 I 107 S. 113 consid. 3b). Pour être conforme au principe de la proportionnalité, la restriction d'un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé, lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive. En outre, un rapport raisonnable doit exister entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 137 I 167 consid. 3.6 p. 175 s ; 136 I 197 consid. 4.4.4 p. 205 ; 134 I 214 consid. 5.7 p. 218).

e. En l'espèce, M. A\_\_\_\_\_ ne saurait se prévaloir de la liberté d'établissement, dès lors que la décision du département ne l'empêche pas de résider ou de séjourner à Genève, pas davantage qu'elle ne l'entrave à cette fin. La décision ne concerne ainsi pas son droit de circuler librement à l'intérieur du territoire suisse, mais a trait à l'exercice de sa profession, la mesure envisagée n'entrant pas dans le champ de protection de l'art. 24 Cst. Il en va de même s'agissant de la garantie de l'art. 26 al. 1 Cst., puisque la décision du département ne porte pas sur son droit de propriété, tel que défini par la jurisprudence, seul l'exercice de son activité économique étant concerné. Dès lors qu'elle refuse à M. A\_\_\_\_\_ l'autorisation d'exercer la profession d'agent d'affaires dans le canton de Genève selon les prescriptions du canton de Vaud, la décision entre dans le champ de protection de l'art. 27 Cst. et emporte une restriction à la liberté économique de l'intéressé, puisqu'elle limite sa faculté de réaliser un gain en exerçant son activité à Genève.

Aussi convient-il d'examiner si une telle mesure est justifiée au regard des conditions de l'art. 36 Cst.

- 24/26 - A/3429/2013

En alléguant qu'il n'existe pas de base légale interdisant formellement la pratique de la profession d'agent d'affaires à Genève selon les prescriptions du canton de Vaud, le recourant perd de vue que l'art. 2 LPAv consacre le monopole de l'avocat. Cette disposition, contenue dans une loi au sens formel, empêche par conséquent simultanément

les personnes qui ne sont pas titulaires d'un tel titre et d'une formation minimale au sens de la LLCA et de la LPAv de représenter les parties en justice. Dès lors que ces conditions ne sont pas réalisées en la personne de M. A\_\_\_\_\_, le refus de l'autorisation sur cette base est fondé. En tant qu'elle vise à empêcher que des personnes n'ayant pas les capacités requises exercent la représentation professionnelle en justice, la décision entreprise poursuit un but d'intérêt public, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par le recourant, et respecte le principe de la proportionnalité, dans ses trois composantes. En effet, la poursuite de ce but ne peut être obtenue qu'en refusant au recourant l'autorisation d'exercer les mêmes prérogatives que les avocats genevois, dès lors qu'il n'a pas suivi la même formation et n'est pas au bénéfice d'un tel titre, étant précisé qu'il lui est loisible d'exercer celles dévolues aux agents d'affaires genevois, au sens de la LPAA. Dans ce cadre, la présomption d'équivalence ne saurait trouver application, dès lors qu'elle est spécifique à la LMI et que la pesée des intérêts en présence ne doit être prise en compte que du point de vue genevois, le législateur ayant considéré que la protection du public l'emportait face à l'intérêt privé des agents d'affaires de pratiquer la représentation professionnelle, ce d'autant qu'en dépit d'une dénomination identique dans les cantons de Genève et de Vaud, il ne s'agit pas de la même profession dans ces deux cantons. De plus, la décision entreprise n'empêche pas le recourant d'exercer son activité d'agent d'affaires, mais seulement de le faire à Genève en tant qu'elle dépasse le cadre de la LPAA, de sorte qu'elle ne porte pas atteinte au noyau intangible de la liberté économique.

Il résulte de ce qui précède que la décision du département emporte une restriction à la liberté économique, qui est toutefois justifiée pour les motifs susmentionnés. Le recours sera également rejeté sur ce point. 11) Vu ce qui précède, les recours interjetés par M. A\_\_\_\_\_ et la COMCO seront rejetés. 12) a. Selon l'art. 87 LPA, la juridiction administrative qui rend la décision statue sur les frais de procédure et émoluments, l'Etat, les communes et les institutions de droit public ne pouvant en général se voir imposer de frais de procédure si leurs décisions font l'objet d'un recours (al. 1). La juridiction administrative peut, sur requête, allouer à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables causés par le recours (al. 2).

Aux termes de l'art. 4 al. 3 LMI, les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite. La gratuité de la procédure constitue une exigence minimale de la LMI et vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché et pas seulement lorsque des

- 25/26 - A/3429/2013 restrictions sont envisagées. Cette exigence s'applique toutefois seulement à la procédure de première instance, à l'exclusion de la procédure de recours (ATF 136 II 470 consid. 3.2 p. 477 ; 134 II 329 consid. 7 p. 339 s ; 125 II 56 consid. 5b p. 63).

b. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de M. A\_\_\_\_\_, qui succombe, et il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure. Malgré l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de la COMCO, ni d'indemnité de procédure allouée à l'Etat de Genève, qui est réputé disposer de son propre service juridique et ne pas devoir recourir aux services d'un mandataire extérieur (ATA/113/2013 du 26 février 2013 ; ATA/362/2010 du 1er juin 2010).

\* \* \* \* \*

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