

GE_GERICHTE A/330/2016 vom 11. Oktober 2016

GE Cour de justice, 2016-10-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_330_2016

FR: GE_GERICHTE A/330/2016 du 11 octobre 2016

IT: GE_GERICHTE A/330/2016 del 11 ottobre 2016

Regeste

AVOCAT ; INSCRIPTION ; SOCIÉTÉ ANONYME ; INDÉPENDANCE DE L'AVOCAT ; SECRET PROFESSIONNEL ; LIBERTÉ ÉCONOMIQUE ; PROPORTIONNALITÉ | Confirmation du resserrement de la pratique de la commission du barreau relatif à l'agrément pour l'exercice de la profession d'avocat sous la forme d'une société de capitaux. La société d'avocats recourante a voulu imposer au sein de sa structure des règles professionnelles équivalentes à celles du métier d'avocat, en astreignant les associés et les membres du conseil d'administration ou de la direction, non-inscrits au registre cantonal, à respecter des règles conçues pour limiter leur influence dans les mandats réservés aux avocats et dans la prise de décision de la société. Néanmoins, et quelles que soient les mesures prises afin de limiter leur influence, l'existence même de ces personnes au sein de l'actionnariat, de la direction et/ou du conseil d'administration d'une société de capitaux fait obstacle à la certitude du respect du secret professionnel, notamment à l'égard des autorités (autorités administratives, autorités de poursuite pénale, autorités politiques), par ceux pouvant être désignés comme l'« employeur ». Dans ces conditions, on ne saurait dire qu'une société anonyme d'avocats contrôlée par une majorité d'avocats inscrits, que ce soit à 75 % ou à 90 %, présente les mêmes garanties en termes d'indépendance que si la société était entièrement contrôlée par un ou plusieurs avocats inscrits dans un registre cantonal. Partant, la condition dont l'art. 8 al. 1 let. d 2ème phrase LLCA fait dépendre l'inscription au registre d'un avocat salarié n'est pas remplie dans le cas d'espèce. Respect du principe de proportionnalité et restriction de la liberté d'accès au marché conforme à l'art. 3 LMI. | LLCA.6; LLCA.8.al1.letd; LLCA.12; LLCA.13; LPAv.10; LPAv.12; LPAv.14; LMI.2; LMI.3

Erwägungen

E. 7

7) Suite à l'arrêt précité du Tribunal fédéral, la commission a procédé à un resserrement de sa pratique par rapport aux ATA/201/2008 et ATA/111/2008 précités. Désormais, l'exercice de la profession d'avocat sous le couvert d'une personne morale ne pouvait être ouvert à des personnes non inscrites à un registre d'avocats suisse et seule une société dont le capital social était intégralement détenu en tout temps par des avocats inscrits dans un registre cantonal permettait le respect des principes cardinaux de l'indépendance et du secret professionnel.

E. 8

8) En l'espèce, la société recourante est une société anonyme, soit une forme juridique prévue par le droit suisse. L'un des associés actuels de cette société, membre du conseil d'administration au bénéfice de la signature collective à deux (tel qu'il ressort de l'extrait du registre du commerce du canton de Zurich publié sur le site internet www.zefix.ch), n'est

pas inscrit comme avocat dans un registre en Suisse. Tant le contrat d'associés que les statuts octroient aux parties au contrat de même qu'aux membres du conseil d'administration le droit d'obtenir des informations sur toutes les affaires de la société recourante (art. 5.1 du contrat et art. 12 des statuts). Le règlement d'organisation en fixe les modalités (art. 3.6 du règlement). Il ressort du règlement d'organisation que des dispositions tendent expressément à limiter l'influence des associés non inscrits ou non titulaires du brevet d'avocat dans la gestion des mandats réservés aux avocats inscrits, en ne les autorisant pas à donner des instructions et en affirmant que les règles professionnelles et déontologiques l'emportent (notamment art. 8 du règlement). Il ne les empêche toutefois pas de prendre connaissance ou d'obtenir des informations à cet égard. Le conseil d'administration peut d'ailleurs modifier ce règlement d'organisation, aux conditions de quorum déterminées par ce dernier (art. 12 des statuts et art. 3.4 du règlement). Certes, le règlement ne prévoit une délibération valable que lorsque la majorité des membres du conseil d'administration, qui sont des avocats inscrits, sont présents. Il n'en demeure pas moins qu'un tel règlement constitue un document interne à la société, non opposable à des tiers. Ainsi, l'associé non inscrit, de par sa qualité de partie au contrat d'associés et membre du conseil d'administration, bénéficie d'une position particulière, lui donnant accès à des informations couvertes par le secret professionnel de l'avocat quand bien même il ne pourra faire valoir la protection qui y est propre. En effet, il est difficilement concevable que sa position lui permette de se prévaloir d'une qualité d'auxiliaire de l'avocat, au sens de l'art. 321 al. 1 CP, si bien qu'il ne pourra pas faire valoir cette protection à l'égard de tiers, notamment à l'égard des autorités (autorités administratives, autorités de poursuite pénale, autorités politiques). Le seul fait qu'il soit expert fiscal diplômé, soumis aux devoirs de confidentialité de sa profession, n'est pas susceptible de garantir une protection suffisante, dans la mesure où il n'obtient pas les informations confidentielles en sa qualité d'expert fiscal mais bien en sa qualité de partie au contrat et membre du conseil d'administration. La société recourante a voulu imposer au sein de sa structure des règles professionnelles équivalentes à celles du métier d'avocat, en astreignant les associés et les membres du conseil d'administration ou de la direction, non inscrits au registre cantonal, à respecter des règles conçues pour limiter leur influence dans les mandats réservés aux avocats et dans la prise de décision de la société. Les personnes concernées ne se trouvent toutefois pas dans la même situation que si elles étaient légalement tenues de les observer et, n'étant pas inscrites dans un registre cantonal, elles ne sont pas soumises à la surveillance disciplinaire d'une autorité (cantonale) suisse. En définitive, et quelles que soient les mesures prises afin de limiter leur influence, l'existence même de ces personnes au sein de l'actionnariat, de la direction et/ou du conseil d'administration d'une société de capitaux fait obstacle à la certitude du respect du secret professionnel par ceux pouvant être désignés comme l'« employeur ». Dans ces conditions, on ne saurait dire qu'une société anonyme d'avocats contrôlée par une majorité d'avocats inscrits, que ce soit à 75 % ou à 90 %, présente les mêmes garanties en termes d'indépendance que si la société était entièrement contrôlée par un ou plusieurs avocats inscrits dans un registre cantonal. Partant, la condition dont l'art. 8 al. 1 let. d 2^{ème} phrase LLCA fait dépendre l'inscription au registre d'un avocat salarié n'est pas remplie dans le cas d'espèce. Au vu de ce qui précède, la commission n'a pas violé le droit en exigeant que la profession d'avocat soit exercée sous le couvert d'une personne morale contrôlée entièrement par un ou plusieurs avocats inscrits.

E. 9

9) Il faut à présent examiner si le refus d'accorder l'agrément à la recourante dans les circonstances de l'espèce est conforme aux art. 2 al. 4 ainsi que 3 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02). a. L'art. 2 al. 4 1^{ère} phrase LMI prescrit que toute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement et sous réserve de l'art. 3 LMI. Il découle de l'art. 2 al. 4 1^{ère} phrase LMI qu'un avocat doit pouvoir s'établir dans un autre canton pour exercer sa profession conformément aux dispositions du canton de provenance. L'organisation de l'activité de l'avocat comprend en particulier la possibilité d'exercer sous la forme d'une personne morale. Dans une décision du 5 octobre 2006, la commission de surveillance des avocats du canton de Zurich a déterminé dans quelle mesure les statuts d'une société anonyme d'avocats devaient être adaptés pour garantir l'indépendance de ceux-ci au sens des articles 8 et 12 LLCA et a posé plusieurs principes. Les statuts de la société recourante sont conformes à ces principes et elle est autorisée en la forme d'une personne morale dans le canton de Zurich où se trouve son siège social. Elle devrait par conséquent être autorisée de la même manière dans le canton de Genève en application de l'art. 2 al. 4 LMI. Toutefois, l'agrément lui a été refusé parce que la société recourante n'était pas contrôlée entièrement par des avocats inscrits. Ce refus était basé sur l'art. 10 al. 2 LPAV et sur l'interprétation par la commission des art. 8, 12 et 13 LLCA. Dès lors, il convient d'examiner si un tel refus satisfait aux exigences de l'art. 3 LMI. b. Selon l'art. 3 al. 1 LMI, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions, qui prennent la forme de charges ou de conditions, 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 (let. b) et répondent au principe de la proportionnalité (let. c). L'art. 3 al. 2 LMI précise les restrictions qui ne répondent pas au principe de la proportionnalité. Ce principe n'est notamment pas respecté lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance (let. a) ou lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance (let. d). c. Le refus opposé à octroyer l'agrément requis se fonde sur l'art. 10 al. 2 LPAV qui impose la condition du respect des exigences du droit fédéral de manière identique aux avocats genevois et à ceux qui viennent d'un autre canton. Cette condition respecte donc l'art. 3 al. 1 let. a LMI. d. Il faut aussi que la restriction soit indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants (art. 3 al. 1 let. b LMI), notion qui recoupe celle que la jurisprudence a dégagée en matière de restriction à la liberté économique (Message du Conseil fédéral du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la LMI, FF 2005 421, p. 441). L'intérêt public prépondérant est celui qui, par son importance, l'emporte sur les autres, ce qu'il faut établir grâce à une pesée des intérêts en présence (Vincent MARTENET/Christian BOVET/Pierre TERCIER [éd.], op. cit., n. 8 et 9 ad art. 3 LMI). La commission fait valoir le souci de préserver l'indépendance des avocats, ainsi que la protection du secret professionnel. Il s'agit là de buts de police légitimes, dans la mesure où ils contribuent à la protection du public et à une bonne administration de la justice. Ainsi, et tel qu'il a déjà été développé ci-dessus, exiger de l'avocat l'exercice de son activité au sein d'une structure garantissant par les qualités de son employeur la certitude du respect du secret professionnel est un intérêt public qui doit ici être qualifié de prépondérant. e. Les restrictions doivent, enfin, respecter le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c LMI). L'art. 3 al. 2 LMI énumère les restrictions ne répondant pas au principe de la proportionnalité. En tant

qu'atteinte à la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst., toute restriction à la liberté d'accès au marché doit en outre respecter, de manière générale, le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.). L'observation de ce dernier doit donc aussi être examinée librement dans le cadre de la LMI. Le principe de la proportionnalité exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts; ATF 142 I 76 consid. 3.5.1 et les arrêts cités). En l'espèce, en considérant que la société de capitaux devait être entièrement contrôlée par des avocats inscrits, la commission n'a pas imposé une restriction disproportionnée. La condition imposée est apte à assurer l'indépendance de l'avocat et le respect du secret professionnel. Aucune mesure moins incisive ne peut être prise, dans la mesure où seuls les avocats inscrits sont légalement tenus au respect des règles professionnelles et peuvent se prévaloir de la protection qui leur est propre, notamment s'agissant du secret professionnel. Enfin, l'intérêt à garantir l'indépendance de l'avocat et l'efficacité de la protection du secret professionnel l'emporte sur l'intérêt des avocats à s'associer sous la forme d'une personne morale interprofessionnelle comprenant des tiers. En conclusion, l'interprétation de la commission des art. 8, 12 et 13 LLCA ne viole pas le principe de proportionnalité et, par conséquent, le refus d'accorder l'agrément litigieux à la recourante sur la base de l'art. 10 al. 2 LPAV s'avère conforme à l'art. 3 LMI.

E. 10

10) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). * * * * *

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