

## VD\_OMNI GE.2016.0036 vom 30. September 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-09-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2016.0036](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2016.0036)

FR: VD\_OMNI GE.2016.0036 du 30 septembre 2016

IT: VD\_OMNI GE.2016.0036 del 30 settembre 2016

### Regeste

A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_, COMMISSION DE LA CONCURENCE (COMCO)/CHAMBRE DES AVOCATS | Recours contre un refus de la CAVO d'autoriser des avocats à exercer au sein d'une étude organisée sous forme d'une succursale d'une société anonyme multidisciplinaire admise dans un autre canton. Les conditions personnelles de l'inscription au registre des avocats, de même que les règles professionnelles, sont régies exhaustivement par la LLCA. Il n'est ainsi pas exclu d'emblée que les avocats concernés puissent, en invoquant l'art. 2 al. 6 LMI, se prévaloir de l'autorisation délivrée par un autre canton pour exercer dans le canton de Vaud (c. 2 et 3). L'application de l'art. 2 al. 6 LMI est néanmoins subordonnée à l'existence d'une autorité de surveillance fédérale habilitée à veiller à l'application uniforme du droit fédéral concerné, notamment à former recours contre une décision cantonale. La profession d'avocat ne connaissant pas une telle autorité de surveillance fédérale, l'art. 2 al. 6 LMI ne peut être invoqué dans ce domaine. Par surabondance, l'art. 2 al. 6 LMI se heurte à la réglementation exhaustive prévue par la LLCA en ce qui concerne les effets territoriaux des décisions des autorités cantonales (c. 5). Examen de la jurisprudence et de la doctrine sur l'admissibilité des études multidisciplinaires. La prohibition de telles études constitue une restriction à la liberté économique des avocats et doit respecter les exigences de l'art. 36 Cst. En l'espèce, l'actionnariat et le conseil d'administration de la société ne comptent que 3 % de membres non inscrits à un registre cantonal des avocats. S'il est vrai que l'on ne saurait théoriquement exclure toute influence potentielle sur les avocats inscrits, même indirecte, d'une aussi petite proportion de membres non inscrits, le risque d'une atteinte à l'indépendance ou d'une violation du secret professionnel n'apparaît pas suffisamment sérieux pour justifier, sous l'angle de la proportionnalité (cf. art. 27 et 36 Cst.), un refus d'inscription au registre - ou une radiation - des avocats concernés (c).

### Erwägungen

#### E. 1

a) La Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal est compétente pour statuer sur les présents recours, dirigés contre une décision de la Chambre des avocats, en vertu de l'art. 92 al. 1 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), en relation avec les art. 65 al. 1 de la loi vaudoise du 9 juin 2015 sur la profession d'avocat (LPAv; RSV 177.11) et 30 al. 2 du règlement organique du 13 novembre 2007 du Tribunal cantonal (ROTC; RSV 173.31.1). b) La décision attaquée de la Chambre des avocats du 21 janvier 2016 prononce le rejet de " la requête de D. \_\_\_\_\_ tendant à ce que E. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_, G. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_, avocats, et Me H. \_\_\_\_\_, avocate stagiaire, soient autorisés à exercer leur activité au sein de sa succursale de Lausanne ." Les recourants D. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ concluent à

l'annulation de ladite décision et à ce que "B. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_, G. \_\_\_\_\_ et H. \_\_\_\_\_, ainsi que tout futur avocat ou avocat-stagiaire inscrit au registre des avocats du canton de Vaud soient autorisés à pratiquer au sein de l'étude D. \_\_\_\_\_." A cet égard, il convient de relever d'emblée que la Chambre des avocats n'est pas habilitée à autoriser des avocats à pratiquer dans une étude ou une autre - hors procédure disciplinaire -, mais peut uniquement procéder à leur inscription au registre, ou à la radiation de celle-ci (cf. art. 37 à 40 LPAv). Par ailleurs, à connaissance du tribunal, l'inscription de B. \_\_\_\_\_ au registre est restée inaltérée à ce jour, de sorte que le recours ne saurait être dirigé contre une radiation qui n'a pas eu lieu. Pour le surplus, l'inscription des autres avocats mentionnés ou celle d'avocats ayant rejoint l'étude entre-temps - dont aucun n'a formé recours - ne semble pas davantage avoir fait l'objet d'un refus ou d'une radiation, du moins les recourants ne l'allèguent-ils pas. Il sied ainsi de retenir par souci de cohérence que les conclusions des recourants D. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ tendent en réalité à ce que le tribunal constate que les avocats exerçant leur profession au sein de D. \_\_\_\_\_ sont autorisés à rester inscrits au registre des avocats du canton de Vaud, respectivement à y être inscrits, s'ils satisfont aux autres conditions prévues par la loi. c) A teneur de l'art. 75 LPA-VD, a qualité pour former recours: (a) toute personne physique ou morale ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou ayant été privée de la possibilité de le faire, qui est atteinte par la décision attaquée et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée; (b) toute autre personne ou autorité qu'une loi autorise à recourir. aa) Le recourant B. \_\_\_\_\_, dont l'inscription au registre des avocats vaudois est remise en cause par la décision attaquée, dispose d'un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de celle-ci, de sorte qu'il convient de lui reconnaître la qualité pour recourir au sens de l'art. 75 let. a LPA-VD. La question de la qualité pour recourir de D. \_\_\_\_\_ est plus délicate. Une personne morale ne pouvant prétendre à une inscription dans un registre cantonal des avocats (cf. François Bohnet/Vincent Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, n. 646 p. 287), il n'est en effet pas exclu que le préjudice que la décision attaquée pourrait occasionner à D. \_\_\_\_\_ ne soit qu'indirect. Ce point souffre néanmoins de demeurer indécis, la société agissant de toute façon conjointement avec B. \_\_\_\_\_, dont la qualité pour agir a été reconnue. bb) Quant à la COMCO, qui demande au tribunal de " constater que la décision du 21 janvier 2016 (2/2016) de la Chambre des avocats concernant l'inscription des avocats et avocats-stagiaires d'une étude d'avocat organisée sous la forme d'une société de capitaux restreint l'accès au marché de manière illicite ", elle fonde sa qualité pour recourir sur l'art. 9 al. 2 bis LMI, qui lui permet de déposer un recours " pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché ". Dans la mesure où l'application de la LMI est comprise dans l'objet du litige, il se justifie ainsi d'admettre également la recevabilité du recours de cette autorité. c) Pour le surplus, déposés dans le délai légal de trente jours (cf. art. 95 LPA-VD), les recours sont intervenus en temps utile et satisfont par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. notamment art. 79 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

## **E. 2**

a) Aux termes de l'art. 4 LLCA, tout avocat inscrit à un registre cantonal des avocats peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sans autre autorisation. Selon l'art. 5 LLCA, intitulé " Registre cantonal des avocats ", chaque canton institue un registre des avocats qui disposent d'une adresse professionnelle sur le territoire cantonal et qui remplissent les conditions prévues aux art. 7 et 8 (al. 1). Sous le titre " Inscription au registre ", l'art. 6

LLCA dispose que 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). Selon la jurisprudence, un avocat ne peut être inscrit que dans un seul registre cantonal (ATF 131 II 639 consid. 3.5). L'art. 7 LLCA définit les conditions de formation (exigeant la titularité d'un brevet d'avocat), 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 (al. 1 let. d). Les art. 12 ss LLCA énoncent les règles professionnelles auxquelles l'avocat est soumis. Celui-ci doit notamment exercer son activité professionnelle en toute indépendance, en son nom personnel et sous sa propre responsabilité (art. 12 let. b). Enfin, l'art. 13 LLCA dispose que l'avocat est soumis au secret professionnel (al. 1); il veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel (al. 2). b) En l'espèce, la question litigieuse porte sur les conditions d'inscription au registre cantonal des avocats œuvrant au sein de D.\_\_\_\_\_, plus spécifiquement sur les conditions personnelles, notamment l'indépendance de l'avocat. Or, ces conditions personnelles, de même que les règles professionnelles, sont régies exhaustivement par la LLCA (TF 2C\_897/2015 du 25 mai 2016 consid. 5.3; 2C\_586/2015 du 9 mai 2016 consid. 4.3.1, en voie de publication; ATF 136 III 296 consid. 2.1, 2.2, 3.1; ATF 130 II 270 consid. 3.1.1; ATF 131 II 639 consid. 3.1, résumé in JdT 2006 I 535). Au demeurant, dans son prononcé du 27 mai 2008 retenant que les avocats exerçant dans le cadre de D.\_\_\_\_\_ respectaient les principes de l'indépendance et du secret professionnel, la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich s'est limitée à faire application des art. 8, 12 et 13 LLCA, à l'exclusion de l'art. 3 al. 2 LLCA. Contrairement à ce qu'a considéré la décision attaquée (cf. let. C supra), il n'est ainsi pas exclu d'emblée que les avocats concernés puissent, en invoquant la LMI, se prévaloir de l'autorisation délivrée par le canton de Zurich pour exercer dans le canton de Vaud.

### **E. 2.3**

p. 179 ss; voir aussi Bohnet/Martenet, op. cit., n. 2361 ss p. 961 ss). Le prononcé zurichois du 5 octobre 2006 retient en bref qu'il s'agit d'examiner quelle organisation doit être concrètement adoptée afin de satisfaire aux exigences de l'indépendance institutionnelle au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, plus précisément dans la définition de son but, la maîtrise de la société durablement assurée à des personnes inscrites en qualités d'avocats dans un registre cantonal et la garantie d'une indépendance de toute instruction dans l'exercice de la profession (consid. IV.1). Le but principal de la société doit consister en la fourniture de prestations juridiques par des avocats (consid. IV.2.1). Les activités qui s'éloignent de l'activité principale des avocats, telles que les activités de courtage, de fiducie, ou d'administration, doivent être exercées par les avocats eux-mêmes afin de sauvegarder le caractère d'une étude d'avocats. Certes, il peut être fait appel à des spécialistes, au titre de collaborateurs ou d'associés, mais leur collaboration doit rester en lien étroit avec l'activité d'avocat (consid. IV.2.2). L'extension de l'activité de la société au-delà du but principal ne peut être admise que si elle s'inscrit dans le cadre de buts accessoires qui permettent la réalisation du but principal (consid. IV.2.3). Toujours selon la décision zurichoise ZR 105 Nr. 71 du 5 octobre 2006, la maîtrise durable de la société par les avocats inscrits dans un registre cantonal est à l'évidence assurée lorsque le cercle des actionnaires et le conseil d'administration sont composés uniquement d'avocats inscrits (consid. IV.3.1). A l'inverse,

il ne suffit pas que les avocats inscrits représentent la majorité des voix à l'assemblée générale et au conseil d'administration. Le risque serait alors trop grand que les autres actionnaires ou les autres membres du conseil puissent exercer une influence déterminante. Il faut bien plutôt exiger qu'à tous les niveaux décisionnels (au sein l'assemblée générale, du conseil d'administration et – du moins s'agissant des mandats – aussi dans la conduite des affaires), les décisions (élections et affaires courantes) ne puissent être prises que lorsque la majorité des voix, qui doit atteindre le quorum légal ou statutaire, réunisse plus d'avocats inscrits que de personnes non inscrites (consid. IV.3.2). Les avocats inscrits doivent détenir la majorité des voix attribuées aux actions et aux valeurs nominales. Il doit en outre être prévu que les décisions et élections au sens des art. 703 et 704 al. 1 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO; RS 220) ne puissent être prises que lorsque les actionnaires qui les approuvent comportent plus d'avocats inscrits que de personnes non inscrites. Ainsi, à condition que les actionnaires disposent tous d'un nombre égal de voix et que la proportion d'actionnaires non inscrits ne soit que d'un quart, il suffit alors de fixer, pour les décisions de l'art. 703 CO, le quorum à la majorité absolue de toutes les voix. Il apparaît toutefois également admissible de fixer le quorum de manière à ce que les décisions ne puissent être prises que lorsqu'elles réunissent le minimum exigé par la loi ou les statuts et de prévoir que ces voix émanent d'une majorité d'avocats inscrits (consid. IV.3.3.2). Au conseil d'administration également, l'influence prépondérante doit appartenir aux membres avocats inscrits. Ses membres doivent ainsi comporter une majorité d'avocats inscrits. En outre, leur influence doit être consolidée, en ce sens que les statuts doivent prévoir que les décisions ne peuvent être valablement prises que lorsqu'elles proviennent en majorité des avocats inscrits (consid. IV.3.4). Par ailleurs, l'art. 716 al. 2 CO dispose que le conseil d'administration gère les affaires de la société dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion. Toutefois, dans les études d'avocats organisées sous la forme d'une société anonyme, la gestion des mandats doit être réservée aux avocats inscrits (consid. IV.3.5). Le président du conseil d'administration doit être un avocat inscrit (consid. IV.3.6). Il convient encore que, dans l'assemblée générale, la position dominante des actionnaires inscrits au registre soit assurée de manière durable. Une telle garantie peut découler par exemple de restrictions à la transmission des actions nominatives (consid. IV.3.7). Quant à la question du secret professionnel, l'autorité zurichoise a considéré qu'elle était en principe garantie par la soumission à celui-ci des avocats employés et de leurs auxiliaires (cf. art. 13 LLCA et 321 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP; RS 311.0]). En définitive, le modèle zurichois du 5 octobre 2006 conclut que les éventuels buts accessoires de la société doivent s'inscrire dans le cadre du but principal (fourniture de prestations juridiques) et permettre la réalisation de celui-ci, que les décisions concernant la marche des affaires ainsi que celles relatives aux élections ne pourront être prises par l'assemblée générale ou le conseil d'administration que si plus d'actionnaires, respectivement d'administrateurs, inscrits au registre des avocats que de non-inscrits les approuvent, et que le président du conseil d'administration et son représentant doivent être inscrits au registre des avocats (cf. également Benoît Chappuis, *La profession d'avocat*, tome I, 2<sup>ème</sup> éd. 2016, ch. 3 p. 107).

bb) Pour sa part, la doctrine est plutôt favorable aux pratiques multidisciplinaires, pour autant que certaines conditions soient respectées (voir notamment Alexander Brunner/Matthias-Christoph Henn/Kathrin Kriesi, *Anwaltsrecht*, 2015, ch. IV p. 64 ss; Ernst Staehelin/Christian Oetiker, in : *Kommentar zum Anwaltsgesetz: Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte*, 2<sup>ème</sup> éd. 2011, n. 52 ss ad art. 8 p. 92 ss; Walter Fellmann, in : *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, op. cit., n. 64 ss p. 210 ss; 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. 261 ss, spéc. ch. V p. 264; voir néanmoins Philippe Meier/Christian Reiser, in : Commentaire Romand, Loi sur les avocats, 2010, n. 35 et 57 s. ad art. 8 LLCA). Ce qui est déterminant est le fait qu'une collectivité d'avocats associée avec des personnes non inscrites soit en tout temps et dans la durée maîtrisée par des avocats inscrits et, par là même, garantisse son caractère d'étude d'avocats (cf. notamment Gaudenz G. Zindel, Anwaltsgesellschaften in der Schweiz, in : Management von Anwaltskanzleien, Erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen, 2012, p. 289 ss, spéc. n. 24 p. 298; même auteur, Anwaltsgesellschaften in der Schweiz, in : SJZ 108/2012 p. 249, spéc. ch.

### **E. 3**

a) La LMI vise à éliminer les restrictions à l'accès au marché mises en place par les cantons et les communes (ATF 135 I 106 consid. 2.2). Cette volonté de garantir le libre accès au marché a été renforcée par la modification de la LMI du 16 décembre 2005, au travers de laquelle le législateur a tendu, en supprimant les entraves cantonales et communales à l'accès au marché, à consacrer la primauté du marché intérieur sur le fédéralisme (ATF 141 II 280 consid. 5.1; ATF 134 II 329 consid. 5.2 et 5.4; cf. aussi ATF 135 II 12 consid. 2.1; TF 2C\_57/2011 du 3 mai 2011 consid. 3.1, RDAF 2012 I p. 570). b) L'art. 1 al. 1 LMI garantit 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 suisse. Par activité lucrative au sens de cette loi, on entend toute activité non régaliennne ayant pour but un gain (art. 1 al. 3 LMI). Selon l'art. 2 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement (al. 1). L'offre de marchandises, de services et de prestations de travail est régie par les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement. Toute marchandise dont la mise en circulation et l'utilisation sont autorisées dans le canton de l'offreur peut être mise en circulation et utilisée sur tout le territoire suisse (al. 3). 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 (al. 4). L'application des principes indiqués ci-dessus se fonde sur l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché (al. 5). Les al. 3 et 4 de l'art. 2 LMI, qui concrétisent le droit au libre accès au marché de l'al. 1, établissent ainsi le " principe du libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance " (principe du lieu de provenance). Ce principe est qualifié par la doctrine de " pierre angulaire " de la LMI (cf. Vincent Martenet/Pierre Tercier, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2<sup>ème</sup> éd. 2013, n. 66 ad Intro. LMI p. 1830 et les références citées; cf. aussi Matthias Oesch/Thomas Zwald, in : Wettbewerbsrecht, Kommentar, vol. II, 3<sup>ème</sup> éd. 2011, n. 1 ad art. 1 LMI p. 456). L'offre est ainsi régie par les réglementations cantonales ou communales en vigueur au lieu de provenance de l'offreur. L'autorité compétente du lieu de destination doit vérifier si les règles générales et abstraites d'accès au marché (et la jurisprudence y relative) du lieu de provenance d'un offreur externe offrent une protection équivalente des intérêts publics à celles du lieu de destination. Dans ce cadre, l'art. 2 al. 5 LMI fixe explicitement dans la loi la présomption (réfragable) de l' " équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché ". En revanche, l'autorité compétente du lieu de destination n'a pas à réexaminer individuellement

le cas concret. Un tel réexamen individuel ne se justifierait qu'en présence d'indices concrets laissant penser que l'offreur externe n'aurait jamais rempli ou ne remplirait plus les conditions dont dépendaient, à l'époque, l'accès au marché dans le canton de provenance, ou que l'autorité compétente de ce canton dévierait de façon systématique des critères pertinents de sa propre réglementation d'accès au marché (ATF 135 II 12 consid. 2.4; Peter Hänni/Andreas Stöckli, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Berne 2013, n. 645 p. 212). Il appartient par conséquent au canton de destination de renverser cette présomption d'équivalence. S'il y renonce, ou qu'il n'y parvient pas, l'accès au marché doit être accordé sans autre à l'offreur externe (ATF 135 II 12 consid. 2; Hänni/Stöckli, op. cit., n. 644 p. 212 et n. 659 p. 217; David Herren, Das Cassis de Dijon -Prinzip, Berne 2014, p. 218 s.). Toutefois, même lorsque le canton de destination parvient à renverser la présomption d'équivalence, il ne peut refuser purement et simplement l'accès à son marché, mais doit imposer des restrictions, sous forme de charges et conditions, et pour autant que les conditions de l'art. 3 al. 1 let. a à c LMI soient remplies (cf. Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 421, ch. 2.2 et ch. 2.6 ad art. 3). En effet, l'art. 3 al. 1 LMI dispose que 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 (al. 1): s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (let. a); sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (let. b); répondent au principe de la proportionnalité (let. c). c) Enfin, le législateur a prévu à l'al. 6 de l'art. 2 LMI que " 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'autorité fédérale chargée de veiller à l'application uniforme du droit a qualité pour recourir. Elle peut exiger de l'autorité cantonale que la décision lui soit communiquée. "

#### **E. 3.4**

du règlement). De fait, D.\_\_\_\_\_ comporte à ce jour (selon le mémoire de recours du 14 mars 2016 et l'état actuel de son inscription au registre du commerce, cf. let. A supra ) 44 associés - dont le recourant B.\_\_\_\_\_ - siégeant tous au conseil d'administration, un seul de ces associés, expert fiscal et juriste, n'étant pas inscrit à un registre cantonal des avocats. Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que les associés et l'actionnariat de D.\_\_\_\_\_ est composé à plus de 97 % d'avocats inscrits à un registre cantonal. Le seul actionnaire non soumis à la LLCA est un expert fiscal et juriste, dont l'activité reste en étroite collaboration avec la profession d'avocat tel qu'exigé par le "modèle zurichois". Selon l'autorité intimée, seul un actionnariat composé à 100 % d'avocats inscrits à un registre cantonal serait à même de respecter les principes cardinaux de l'indépendance et du secret professionnel au sens de ces dispositions fédérales. Au vu des avis de doctrine exposés ci-dessus, une exigence aussi absolue constitue toutefois une restriction excessive à la liberté économique. En l'espèce, l'actionnariat et le conseil d'administration de la société ne comptent que 3 % de membres non inscrits à un registre cantonal des avocats. S'il est vrai que l'on ne saurait théoriquement exclure toute influence potentielle sur les avocats inscrits, même indirecte, d'une aussi petite proportion de membres non inscrits, le risque d'une atteinte à l'indépendance ou d'une violation du secret professionnel n'apparaît pas suffisamment sérieux pour justifier, sous l'angle de la proportionnalité (cf. art. 27 et 36 Cst.), un refus d'inscription au registre - ou une radiation - des avocats concernés. Enfin, l'art. 8 al. 3 LPAv, qui dispose que l'avocat ne peut être associé qu'avec un autre avocat inscrit à un registre cantonal ou un avocat conseil, ne conduit pas à une autre conclusion.

Dans la mesure où elle entend garantir les principes cardinaux de l'indépendance et du secret professionnel, une telle disposition cantonale ne saurait se montrer plus restrictive que les art. 7 ss LLCA, ces dispositions fédérales visant précisément à uniformiser ces notions (cf. consid. 2b supra). Force est ainsi de constater que c'est à tort que l'autorité intimée a rejeté la requête de D. \_\_\_\_\_ tendant à ce qu'elle rende une décision " afin que les avocats dont les noms suivent soient autorisés à pratiquer la profession d'avocat au sein de [la] future étude de Lausanne " et que " cet accord couvre à l'avenir tout avocat qui rejoindrait [l'] étude de Lausanne ", au seul motif que les associés de la société ne sont pas composés à 100 % d'avocats inscrits à un registre cantonal des avocats. Il y a par conséquent lieu de constater que les avocats exerçant leur profession au sein de D. \_\_\_\_\_ conformément aux statuts du 6 août 2014, à la convention d'associés du 1<sup>er</sup> octobre 2013, au règlement d'organisation du 30 septembre 2014 et à la composition du conseil d'administration selon l'état actuel de l'inscription de la société au registre du commerce, comprenant 97 % d'avocats inscrits dans un registre cantonal, sont autorisés à rester inscrits au registre vaudois des avocats, respectivement à y être inscrits, s'ils satisfont aux autres conditions prévues par la loi. Le recours de D. \_\_\_\_\_ et de B. \_\_\_\_\_ devra être admis sur ce point. Pour le surplus, il appartiendra aux recourants, conformément à l'art. 12j LLCA, de communiquer à l'autorité de surveillance toute circonstance, notamment toute modification dans la composition du conseil d'administration ou de l'actionnariat de D. \_\_\_\_\_, susceptible d'entraîner une modification de l'inscription au registre (Bohnet/Martenet, op. cit., n. 1951 p. 794; Michel Valticos, in : Commentaire Romand, Loi sur les avocats, op. cit., n. 300 ad art. 12 LLCA, p. 141). d) En revanche, c'est à tort que les recourants D. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ se prévalent de l'art. 3 al. 4 LMI pour conclure à l'annulation de la décision attaquée en tant qu'elle met à leur charge un émolument de 300 fr. en application de l'art. 1 al. 1 let. a du règlement du 19 février 2008 sur les émoluments perçus par la Chambre des avocats ou son président (RE-Chav; RSV 17.11.4). L'art. 3 al. 4 LMI dispose certes que les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une procédure gratuite mais, comme retenu ci-dessus (consid. 5d), les requérants ne pouvaient précisément pas se prévaloir de la LMI.

#### **E. 4**

a) La LMI ne signifie pas que toutes les limitations cantonales au libre accès au marché sont désormais prohibées (ATF 141 II 280 consid. 5.2). De telles limitations peuvent notamment résulter du droit fédéral. La LMI ne s'applique en effet pas aux actes fondés sur une loi fédérale autorisant la Confédération à exclure du marché une activité donnée (cf. Manuel Bianchi della Porta, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, op. cit., n. 44 et 65 ad art. 1 LMI p. 1844 et 1847). Même si les restrictions de droit fédéral au marché intérieur sont rares, il n'en demeure pas moins que, si une loi fédérale traite différemment les acteurs économiques selon leur siège ou leur établissement, elle l'emporte sur la LMI en application du principe de la *lex specialis* (Bianchi della Porta, op. cit., n. 49 ad art. 1 LMI p. 1844 s.). La jurisprudence a toutefois précisé, dans une situation d'enchevêtrement temporel de deux législations, que même en présence d'une loi fédérale restreignant l'accès au marché, il fallait avoir une approche nuancée et examiner, en respectant au mieux la volonté du législateur fédéral, si, selon les matières, la LMI ne demeurerait pas applicable parallèlement (ATF 141 II 280 consid. 5.2.1; ATF 134 II 329 consid. 5.2). b) Selon la jurisprudence fédérale, la loi sur la libre circulation des avocats (qui faisait l'objet de l'ATF 134 II 329 précité) constitue du reste une illustration révélatrice du lien entre LMI et autres lois fédérales. Comme son nom l'indique, la LLCA contient des règles spéciales réglant la libre

circulation des avocats (cf. art. 1) qui l'emportent sur la LMI. Toutefois, cela ne signifie pas que la LMI ne trouve jamais application. La jurisprudence a ainsi considéré que, si l'art. 3 al. 1 LLCA permettait aux cantons de fixer des dispositions concernant la formation des stagiaires, une réglementation cantonale qui dépassait l'objectif de formation poursuivi et restreignait la liberté des avocats d'organiser leur travail empiétait sur le domaine régi par la LMI dès lors qu'elle limitait la liberté d'accès au marché de l'avocat qui, au sens de la LMI comprenait notamment le choix des subordonnés (cf. ATF 134 II 329 consid. 5.3). 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 œuvre 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 à s'appliquer (ATF 141 II 280 consid. 5.2.1; ATF 134 II 329 consid. 5.4). c) En l'occurrence, comme évoqué ci-dessus (consid. 2b), la décision zurichoise du 27 mai 2008 autorisant les avocats œuvrant au sein de D. \_\_\_\_\_ à exercer dans le canton de Zurich a été rendue en application des art. 8 et 12 ss LLCA, à savoir du droit fédéral. Par conséquent, dans la mesure où les recourants entendent accéder au marché vaudois en se prévalant de la LMI, leur requête doit être examinée à l'aune de l'al. 6 de l'art. 2 LMI, à l'exclusion de ses al. 3 ou 4.

## **E. 5**

Il convient dès lors de se pencher plus avant sur l'art. 2 al. 6 LMI. a) Introduit par la novelle du 16 décembre 2005 sur proposition du Parlement, l'al. 6 de l'art. 2 LMI consacre le " principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons ". Alors que les alinéas précédents de l'art. 2 LMI visent à éviter que la libre circulation des marchandises et des services soit entravée par les réglementations cantonales et communales, l'al. 6 tend à prévenir le risque qu'un tel obstacle naisse d'une application hétérogène du droit fédéral par les autorités cantonales, résultant d'interprétations divergentes du droit fédéral (cf. intervention de Didier Burkhalter, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [BO] 2005 CN p. 883, selon lequel il s'agissait d'éviter que la liberté d'accès au marché soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à un autre dans l'exécution du droit fédéral; intervention d'Eugen David, BO 2005 CE p. 762-764; Bianchi della Porta, op. cit., n. 41 ad art. 2 I-VI LMI p. 1868; Hänni/Stöckli, op. cit., n. 647 ss p. 213 s.; Thomas Zwald, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnemarktrecht, 2<sup>ème</sup> éd. 2007, n. 51 ss p. 424 s.). L'idée sous-jacente est cependant la même dans les deux cas de figure: lorsque l'accès au marché de marchandises ou de services a été admis en un lieu du territoire suisse, cette reconnaissance doit valoir pour l'ensemble du pays (intervention Eugen David, op. cit., p. 763). Ainsi, l'accès au marché comprenant notamment le droit d'établissement (i.e. le droit de s'établir professionnellement dans un autre canton, indépendamment du maintien ou de l'abandon d'un établissement commercial dans le canton de provenance; cf. art. 2 al. 4 LMI), l'autorité de surveillance d'un canton dans lequel une société extérieure au canton souhaite établir une succursale ne saurait y faire échec au motif qu'elle ne fait pas du droit fédéral la même lecture que celle qu'en a fait l'autorité du siège lorsqu'elle a autorisé la société à conduire son activité (cf. Bianchi della Porta, op. cit., n° 42 ad art. 2 I-VI LMI p. 1868, voir cependant consid. 5d infra ). Par ailleurs, l'art. 2 al. 6 LMI trouvera en particulier application lorsque l'interprétation du droit fédéral est incertaine, notamment parce que le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé (cf. Manuel Bianchi della Porta/Edgar Philippin, Pratique du métier d'avocat en société de capitaux – Une réponse adéquate à l'évolution de la profession, in : GesKR Online-Beitrag 2/2010 p. 163 ss, spéc. ch. IV.1.1 p. 174). b) Dans

le domaine de la profession d'avocat, le principe de la libre circulation consacré par la LLCA comprend la liberté d'accès aux autres marchés cantonaux, y compris le droit de s'établir dans ces cantons. Cette liberté peut être revendiquée non seulement par l'avocat qui veut plaider dans un autre canton que celui où il est inscrit et pratique, mais aussi dans une variété d'autres situations, telles que l'ouverture d'un second bureau dans un autre canton, le transfert d'une étude d'un canton à un autre, le transfert d'un avocat d'une étude située dans un canton dans une étude située dans un autre canton, etc. (Bianchi della Porta, op. cit., n. 58 ad art. 2 I-VI LMI p. 1871; Bohnet/Martenet, op. cit., n. 789 p. 344). Au-delà de la reconnaissance d'un droit d'accès au marché et d'un droit d'établissement, la LLCA contribue à la création d'un marché unique des avocats et des études d'avocats en Suisse de deux manières: en fixant des règles uniformes valables sur tout le territoire, d'une part, ou en harmonisant certains aspects du métier, d'autre part (Bianchi della Porta, op. cit., n. 59 ad art. 2 I-VI LMI p. 1871). Dans le premier cas (uniformisation), la LLCA épuise définitivement la compétence des cantons en matière réglementaire et la LMI ne trouve en principe pas application. En d'autres termes, dès que sont en jeu des questions tranchées de manière exhaustive par la LLCA, celle-ci est, pour ces questions, une *lex specialis* par rapport à la LMI, laquelle ne s'applique pas ou, plus exactement, peut tout au plus être utilisée comme source corroborant une interprétation de la LLCA favorable à la création d'un marché intérieur (Bianchi della Porta, op. cit., n. 59 ad art. 2 I-VI LMI p. 1871; Bohnet/Martenet, op. cit., n. 197 p. 85 s. et n. 794 p. 345 s.; Martenet, Quand la LMI rencontre la LLCA, in : *Liber Amicorum Anne Petitpierre - Sauvain*, Economie Environnement Ethique, 2009, p. 247). Dans le second cas (harmonisation), la matière n'est pas réglée de manière exhaustive par la LLCA et les cantons conservent une certaine autonomie. La LMI reste alors applicable, en ce sens que les cantons sont tenus d'exercer leurs compétences en respectant la liberté d'accès au marché, selon les prescriptions du lieu de provenance (Bianchi della Porta, op. cit., n. 62 ad art. 2 I-VI LMI p. 1872; Bohnet/Martenet, op. cit., n. 200 p. 86). c) Cela étant, pour certains auteurs, le principe selon lequel l'application de règles fédérales uniformes à l'ensemble du territoire exclut l'application de la LMI souffre une exception: si le canton fait échec au droit d'accès au marché d'un offreur externe (ou à sa liberté d'établissement) en faisant une interprétation du droit fédéral qui diverge de celle du canton de provenance, l'offreur pourra alors valablement invoquer l'art. 2 al. 6 LMI. Ainsi, s'agissant de la forme juridique par laquelle des avocats entendent conduire leur activité, si l'autorité de surveillance au lieu du siège de la société décide que la structure qui lui est soumise satisfait au droit fédéral et que les avocats qui y travaillent peuvent continuer de pratiquer *ès qualités*, sa décision s'imposera aux autres cantons, en particulier à ceux dans lesquels l'étude ouvre des succursales, sans que l'autorité de surveillance desdits cantons ne puisse réexaminer le fond, en particulier la conformité de la structure au droit fédéral. En d'autres termes, lorsque la forme d'organisation juridique de plusieurs avocats a été admise par le premier canton dans lequel ils se sont inscrits, ceux-ci peuvent ensuite, sur la base de l'art. 2 al. 6 LMI, se prévaloir de cette décision dans tous les autres cantons. Logiquement, toujours selon ces auteurs, l'avocat qui transfère son activité principale dans un autre canton devrait pouvoir s'appuyer sur l'autorisation du canton précédent pour s'inscrire dans le second registre cantonal, sans devoir réitérer toutes ses démarches (Bianchi della Porta, op. cit., n. 60 ad art. 2 I-VI LMI p. 1871 s.; Bianchi della Porta/Philippin, op. cit., ch. IV.1.1 p. 173 s.; Norbert Sennhauser, *Vom Anwalt zur Anwalts-Kapitalgesellschaft: mit besonderer Betrachtung der Anwalts-GmbH*, 2013, n. 343 p. 162). d) Le tribunal ne partage pas les avis exposés consid.

5c supra . aa) Comme évoqué ci-dessus (consid. 3b), lorsqu'un offreur externe se prévaut des al. 2 à 4 de l'art. 2 LMI, le canton de destination a la possibilité de lui imposer certaines restrictions - conformes aux let. a à c de l'art. 3 al. 1 LMI - s'il renverse la présomption selon laquelle les réglementations cantonales ou communales applicables au lieu de provenance de l'offreur externe sont équivalentes, en termes de protection des intérêts publics, à celles applicables au lieu de destination (art. 2 al. 5). Toutefois, lorsque l'offreur externe invoque l'al. 6 de l'art. 2 LMI, la question de l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, présumée par l'art. 2 al. 5 LMI, ne se pose pas. Dans le cadre de l'al. 6 de l'art. 2 LMI en effet, la législation appliquée au lieu de provenance n'est pas le droit cantonal ou communal, mais le droit fédéral, par essence identique dans tous les cantons. Il est alors d'emblée impossible au canton de destination de limiter l'accès à son marché en soutenant que la législation applicable au lieu de provenance protégerait insuffisamment les intérêts publics. Or, le canton de destination n'a pas davantage la faculté de démontrer que le canton de provenance procéderait à une exécution du droit fédéral n'assurant pas la protection nécessaire des intérêts publics. En effet, une telle faculté réduirait à néant le sens et le but de l'art. 2 al. 6 LMI, qui vise précisément à éviter que la libre circulation des marchandises et des services soit entravée par une application hétérogène du droit fédéral par les autorités cantonales (consid. 5a supra ). En d'autres termes, selon une interprétation rigoureuse de l'art. 2 al. 6 LMI, la décision prise par un seul canton en application du droit fédéral, constatant que l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation est conforme au droit fédéral, lie l'ensemble des autres cantons, et cela même si elle devait s'avérer inexacte, ou même arbitraire. Une telle extension territoriale d'une décision cantonale rendue en exécution du droit fédéral ne peut toutefois être admise que dans la mesure où il existe une autorité de surveillance fédérale habilitée à veiller à l'application uniforme du droit fédéral concerné, notamment à former recours contre une décision cantonale constatant que l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation est conforme au droit fédéral. L'action d'une telle autorité évite ainsi que l'art. 2 al. 6 LMI permette à la pratique la plus "laxiste" d'un canton de s'imposer sans limite à l'ensemble du territoire suisse, risque qui existe si nul n'est légitimé à recourir, spécifiquement dans l'intérêt public, contre une décision cantonale excessivement favorable au requérant dans son interprétation du droit fédéral. Du reste, la subordination de l'application de l'art. 2 al. 6 LMI à l'existence d'une autorité fédérale de surveillance résulte tant du texte de l'art. 2 al. 6 LMI (2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> phrase) - qui prévoit expressément que " l'autorité fédérale chargée de veiller à l'application uniforme du droit a qualité pour recourir " contre une décision cantonale constatant que l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation est conforme au droit fédéral ou en autorisant l'accès au marché -, que des travaux préparatoires (cf. en particulier l'intervention d'Eugen David au Conseil des Etats, BO 2005 CE p. 763, qui citait l'exemple du recours de l'administration fiscale fédérale contre les décisions cantonales en matière d'impôt fédéral direct). Une telle autorité de surveillance existe par exemple dans le domaine des denrées alimentaires (art. 36 de la loi du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires [LDAI; RS 817.0]) et de la protection de l'environnement (art. 56 de la loi du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement [LPE; RS 814.01]). Encore peut-on préciser que le droit de recours institué par l'art. 2 al. 6 LMI n'entre pas en conflit avec les instruments de surveillance spécifiques attribués aux autorités fédérales dans des secteurs déterminés, mais revêt à leur égard un caractère subsidiaire (Thomas Zwald, op. cit., n. 53 p. 424). Dans le domaine de la profession d'avocat, le législateur fédéral n'a pas prévu d'autorité fédérale

chargée de veiller à l'application uniforme des dispositions topiques de la LLCA, notamment en matière d'inscription au registre cantonal des avocats au sens des art. 7 ss LLCA, respectivement d'observation des conditions personnelles de l'art. 8 LLCA, dont l'indépendance (al. 1 let. d). L'art. 6 al. 4 LLCA confère certes à l'association des avocats du canton concerné un droit de recours s'agissant des inscriptions au registre cantonal, mais une telle association, qui n'est du reste pas une autorité fédérale, ne peut veiller à l'application uniforme du droit fédéral. Ce droit de recours ne jugule donc pas, en l'absence d'une autorité fédérale de surveillance, le risque que l'application de l'art. 2 al.

## **E. 6**

p. 255; Manfred Küng, Anwaltskörperschaft und Unabhängigkeit, in : Revue de l'Avocat 6-7/2008 p. 280 ss, spéc. p. 284). L'important est matériellement que toute influence de tiers sur l'activité professionnelle des avocats puisse être exclue. Aux yeux de Bianchi della Porta/Philippin (op. cit., ch. 3.3 let. e p. 191 ss), aucun critère strictement mathématique appliqué aux majorités de parts ou de voix au sein de l'assemblée générale n'est véritablement satisfaisant. En effet, des associés minoritaires (voire, pour la société anonyme, des participants) 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. La situation doit être examinée au vu de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas d'espèce, tant pour la présence de tiers parmi les actionnaires qu'au sein du conseil d'administration. S'agissant de l'activité des tiers non soumis à la LLCA, Bohnet/Martenet confirment pour leur part la solution consacrée par le "modèle zurichois", selon laquelle l'association et la collaboration de spécialistes non soumis à la LLCA est admissible si elle reste en étroite collaboration avec la profession d'avocat et si une étude mixte conserve son caractère d'étude d'avocat (op. cit., n. 2373 p. 965). Pour le surplus, Bohnet/Martenet relèvent encore que les proportions retenues par le "modèle zurichois" ne suffisent pas à garantir la maîtrise décisionnelle aux avocats inscrits et la nature d'étude d'avocats de la société. Une limite aux alentours de 20 % d'associés non inscrits détenant au maximum des parts dans la même proportion paraît plus raisonnable (op. cit., n. 2389 p. 973 s.). Ces auteurs considèrent en outre que le conseil d'administration devrait être exclusivement composé d'avocats inscrits au registre, faute de quoi le respect du secret professionnel ne peut être assuré (op. cit., n. 2390 p. 974 s., voir aussi n. 2401-2403 p. 979 s.). Encore peut-on noter qu'une motion du député Karl Vogler chargeant le Conseil fédéral de soumettre au Parlement un projet réglant tous les aspects de la profession d'avocat (objet n° 12.3372), s'agissant notamment des nouvelles formes d'organisation des études, a été acceptée par les deux chambres du Parlement, en dernier lieu par le Conseil des Etats le 14 mars 2013. c) En l'espèce, n'est pas contestée la conformité au principe d'indépendance du but poursuivi par D. \_\_\_\_\_, qui consiste selon l'art. 2 de ses statuts en la fourniture de prestations juridiques en Suisse et à l'étranger par des avocats, des notaires et d'autres conseillers qualifiés inscrits en Suisse, ainsi que les activités liées. S'agissant de l'organisation, il découle des statuts de la société (cf. let. A supra) que les associés sont liés par une convention, laquelle prévoit que tous les associés, dont au moins trois quarts doivent être des avocats inscrits en Suisse, sont réunis en une société simple détenant la totalité des actions (art. 1 et 2.1 de la convention). Le capital-actions est composé de 10'000 actions nominatives (art. 3 des statuts), qui ne peuvent être transférées si, suite à l'acquisition, les avocats inscrits en Suisse ne disposeraient plus de la majorité de contrôle des trois quarts des voix attribuées aux actions ou de trois quarts des voix dans la société détenant les actions (art. 4 des statuts). Le conseil d'administration est constitué d'un ou de

plusieurs membres qui doivent être des actionnaires et majoritairement des avocats inscrits en Suisse; le président et le vice-président du conseil doivent être des avocats inscrits en Suisse (art. 10 des statuts). Enfin, le règlement d'organisation du 30 septembre 2014 dispose que le conseil d'administration ne peut valablement délibérer que si la majorité de ses membres inscrits au registre des avocats sont présents; dans tous les cas, une décision n'est valable qu'à la condition qu'elle soit prise par une majorité des membres inscrits à un registre suisse des avocats (art.

#### **E. 7**

a) Sur le vu de ce qui précède, le recours de D.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ est partiellement admis en tant que recevable. La décision attaquée doit être réformée en ce sens qu'il est constaté que les avocats exerçant leur profession au sein de D.\_\_\_\_\_ conformément aux statuts du 6 août 2014, à la convention d'associés du 1 er octobre 2013, au règlement d'organisation du 30 septembre 2014 et à la composition du conseil d'administration selon l'état actuel de l'inscription de la société au registre du commerce, comprenant 97 % d'avocats inscrits dans un registre cantonal, sont autorisés à rester inscrits au registre des avocats, respectivement à y être inscrits, s'ils satisfont aux autres conditions prévues par la loi. Elle doit être maintenue pour le surplus. Le recours formé par la COMCO doit être rejeté. b) Les recourants D.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ n'obtenant pas entièrement gain de cause, ils doivent assumer un émolument judiciaire, réduit (art. 49 al. 1 LPA-VD). Les recourants D.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ ont procédé par l'entremise de ce dernier, avocat au barreau vaudois et membre du conseil d'administration de la société, de sorte qu'ils ont agi pour leur propre cause. Compte tenu de la complexité de l'affaire, des enjeux de cette dernière et du travail effectué, il sied néanmoins de considérer, exceptionnellement, que les conditions prévues par la jurisprudence en matière de dépens dus aux conseils défendant leur propre cause sont ici réalisées (cf. CDAP AC.2014.0013 du 2 novembre 2015 consid. 13; CDAP FI.2014.0003 du 2 avril 2014 consid. 4; CDAP GE.2012.0153 du 10 janvier 2013 consid. 3; CDAP AC.2010.0347 du 20 février 2012 consid. 5). Des dépens, réduits, doivent par conséquent leur être alloués, à charge de l'autorité intimée (art. 55 et 56 al. 2 LPA-VD). En tant qu'autorité fédérale, la COMCO ne participe ni aux frais, ni aux dépens (art. 52 et 56 al. 3 LPA-VD).

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