

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

6.2. Anwaltsrecht/Droit de la profession d'avocat

ATF 144 II 147 : L'interdiction des associations multidisciplinaires d'avocats

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit public, Arrêts 2C_1054/2016 et 2C_1059/2016 du 15 décembre 2017, A. SA, B. et Commission de la concurrence COMCO contre Commission du Barreau du canton de Genève, autorisation de pratiquer la profession d'avocat et d'être inscrit au registre des avocats du canton de Genève.



JÉRÔME GURTNER*

I. Présentation de l'arrêt

A. Les faits

Une étude d'avocats zurichoise (ci-après : l'Étude) est constituée sous la forme d'une société anonyme depuis 2008. Son siège se trouve à Zurich ; elle dispose de succursales à Berne, Lugano et Bâle.

Le 12 novembre 2015, deux avocats inscrits au barreau de Zurich et membres du conseil d'administration de l'Étude d'avocats zurichoise ont sollicité de la Commission du barreau de Genève l'agrément pour l'exercice de la profession d'avocat sous la forme d'une société de capitaux. À l'appui de leur requête, ils précisaient que les statuts de l'Étude prévoyaient qu'au minimum trois quarts des associés devaient être avocats inscrits à l'un des barreaux cantonaux. Au moment de la requête, un seul des trente-neuf associés de l'Étude (également membre du conseil d'administration de la société), expert fiscal diplômé, n'était pas inscrit à un registre cantonal d'avocats.

Par décision du 14 décembre 2015, la Commission du barreau de Genève a rejeté la demande d'agrément. Elle a retenu en substance que l'exercice de la profession d'avocat sous la forme d'une personne morale ne pouvait être ouvert à des personnes non-inscrites à un registre d'avocats suisse et que 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 de l'indépendance et du secret professionnel.

Par arrêt du 11 octobre 2016, la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève a rejeté le recours formé par l'Étude d'avocats zurichoise.

L'Étude d'avocats zurichoise et un avocat ayant rejoint la succursale de Genève ont formé un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral à l'encontre de l'arrêt précité. Parallèlement, la Commission de la concurrence a également interjeté un recours en matière de droit public.

B. Le droit

Sous l'angle des règles sur la liberté d'accès au marché, le Tribunal fédéral a considéré que dans la situation où une entreprise se voit, en vertu du droit fédéral, refuser le droit de s'établir dans un autre canton, c'est l'art. 2 al. 4 LMI, et non l'art. 2 al. 6 LMI, qui trouve application (c. 4.4). Comme l'art. 2 al. 4 *in fine* LMI prévoit un contrôle du respect des dispositions légales applicables en vertu du premier établissement (en l'occurrence Zurich), notre Haute Cour a procédé à cet examen.

Dans ce cadre, le Tribunal fédéral a rappelé la règle de l'indépendance institutionnelle imposée à l'avocat par l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, celle de l'indépendance matérielle ancrée à l'art. 12 let. b et c LLCA et le secret professionnel des art. 13 LLCA et 321 CP (c. 5.1). Après une présentation des principes tirés des ATF 138 II 440 et 140 II 102 concernant l'organisation des sociétés de capitaux d'avocats (c. 5.2), le Tribunal fédéral a relevé qu'il ne s'était pas encore prononcé sur la question de savoir si le fait que des personnes autres que des avocats inscrits détiennent des droits de participation dans une étude d'avocats, organisée sous la forme de personne morale, ou siègent dans son conseil d'administration, est conciliable avec les garanties d'indépendance et de secret professionnel prévues dans la LLCA (c. 5.3).

Le Tribunal fédéral a passé en revue la doctrine qui est partagée (c. 5.3). Il a constaté qu'une partie de la doctrine admet cette forme d'organisation, pour autant que les règles d'organisation de la société permettent d'assurer le rôle majoritaire des avocats inscrits à un registre cantonal. Ces auteurs se réfèrent aux critères élaborés par la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich dans une décision du 5 octobre 2006. Dans cette affaire, l'autorité de surveillance avait accepté le principe d'une participation minoritaire au capital de tiers non-avocats, à condition que toutes les décisions sociales ne puissent être prises qu'à la majorité des voix d'avocats inscrits.

D'autres auteurs critiquent l'approche consistant à mesurer l'influence décisionnelle des associés non-inscrits. Parmi ces auteurs, certains sont prêts à admettre la participation de tiers si, compte tenu de l'ensemble des circons-

* JÉRÔME GURTNER, Docteur en droit.

tances pertinentes du cas d'espèce (pourcentage de la participation, rôle dans l'activité de la société, mécanismes statutaires et conventionnels mis en place, etc.), toute influence indue peut être exclue. Ils sont en revanche plus stricts quant à la possibilité pour des tiers non-inscrits à un registre cantonal d'avocats de siéger en qualité de membre du conseil d'administration de la société. Selon eux, cette situation met en péril le secret professionnel de l'avocat, de sorte que le conseil d'administration devrait être exclusivement composé d'avocats inscrits au registre.

Un dernier courant de doctrine considère que seuls des avocats inscrits à un registre cantonal peuvent être actionnaires d'une société anonyme d'avocats et siéger en qualité de membres du conseil d'administration. Les auteurs qui défendent cette opinion se fondent sur le fait que les tiers non-inscrits ne sont pas soumis aux règles professionnelles de l'avocat, ni au contrôle d'une autorité de surveillance. Dans ces conditions, « un contrôle de la société par des avocats inscrits au registre à une hauteur proche de 100 % s'impose, afin de garantir la protection du public ».

Le Tribunal fédéral a estimé que c'est ce dernier courant de doctrine qui doit être suivi compte tenu du droit actuel (c. 5.3.2). En effet, l'art. 8 al. 1 let. d, 2^e phrase, LLCA exige que l'employeur de l'avocat requérant son inscription soit lui-même inscrit dans un registre cantonal. Cette règle garantit que l'employeur soumis à la LLCA et à la surveillance disciplinaire ne mésuse pas de sa position hiérarchique pour influencer son collaborateur dans un sens contraire aux intérêts du client. Or, contrairement à l'avocat, le tiers non-inscrit à un registre cantonal n'est soumis ni aux règles professionnelles ni à la surveillance disciplinaire. Notre Haute Cour est ainsi arrivée à la conclusion que « l'indépendance est assurée pour autant que celle-ci soit conçue de manière que seuls des avocats inscrits puissent influencer la relation d'emploi ».

En l'espèce, le système mis en place par l'Étude ne permet pas d'exclure tout risque concret d'influence, au sein de l'actionnariat et du conseil d'administration, par les associés qui ne sont pas inscrits au registre. La condition de l'art. 8 al. 1 let. d, 2^e phrase, LLCA n'est par conséquent pas remplie dans le cas de la société recourante.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs jugé que le secret professionnel peut également être mis en péril par le fait que des personnes autres que des avocats inscrits détiennent des droits de participation dans une étude d'avocats (c. 5.3.3). Si l'on peut certes conférer la qualité d'auxiliaire de l'avocat au sens des art. 321 ch. 1 CP et 13 al. 2 LLCA au tiers non-inscrit à un registre cantonal qui collabore avec l'avocat et concourt à l'exécution de prestations juridiques, sa participation au conseil d'administration, qui donne le droit de demander des renseignements sur toutes les affaires

concernant la société (art. 717 CO), le place en dehors de toute fonction d'auxiliaire.

En l'occurrence, accorder l'agrément à une société d'avocats dont l'un des membres, qui n'est pas inscrit à un registre cantonal d'avocats, siège au conseil d'administration de la société met en péril le secret professionnel de l'avocat.

II. Commentaire de l'arrêt

A. L'avis de l'auteur

Dans sa thèse publiée en 2016, l'auteur avait anticipé la décision du Tribunal fédéral en estimant que les associations multidisciplinaires n'étaient pas admissibles *de lege lata*¹, quand bien même elles seraient souhaitables *de lege ferenda*². Un examen attentif des ATF 138 II 440³ et 140 II 102⁴ permettait en effet de conclure à leur inadmissibilité. L'arrêt du Tribunal fédéral est cohérent ; il s'inscrit dans la continuité de sa jurisprudence. Pour comprendre cette décision, il faut revenir à la logique qui sous-tend la LLCA.

En réalité, le Tribunal fédéral n'a fait qu'appliquer la loi telle qu'elle a été conçue par le législateur et les avocats qui se sont doctement agités lors des débats⁵. Il faut en effet garder à l'esprit que la solution préconisée par la LLCA a été adoptée d'après la vision d'une certaine catégorie d'avocats exerçant essentiellement seuls⁶. Selon l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, c'est le *rapport de subordination* qui induit une dépendance. Corollairement, l'indépendance absolue apparaît comme dépourvue de tout rapport de subordination. Dans la conception des auteurs de la LLCA, l'avocat exerçant seul est la manifestation la plus pure de l'indépendance⁷. La loi prévoit toutefois une exception : un rapport d'emploi (et donc de subordination) est admis lorsque l'employeur est lui-même inscrit dans un registre cantonal. Cette solution – très restrictive mais voulue par le législateur – rend l'inscription au registre impossible pour d'autres catégories d'avocats, comme par exemple les avocats employés par une fiduciaire, une assurance de protection juridique ou une banque. Ces avocats – qui ne seront en

¹ JÉRÔME GURTNER, La réglementation des sociétés d'avocats en Suisse : entre protectionnisme et libéralisme, Étude de droit comparé, Neuchâtel 2016, 373 ss.

² GURTNER (n. 1), 383 ss.

³ GURTNER (n. 1), 305-314.

⁴ GURTNER (n. 1), 315-327.

⁵ Sur la genèse de la disposition qui règle la question du degré de l'indépendance que l'avocat doit avoir pour s'inscrire à un registre, voir GURTNER (n. 1), 239-254.

⁶ GURTNER (n. 1), 250.

⁷ GURTNER (n. 1), 341.

principe pas employés par une société détenue à 100 % par des avocats inscrits – ne sont pas considérés par la LLCA comme indépendants d'un point de vue institutionnel. Dans ce cas, c'est le statut de l'employeur qui est en quelque sorte « problématique ». La LLCA ne fait ainsi qu'affirmer qu'une catégorie d'avocats est indépendante et qu'elle peut dès lors être inscrite dans un registre⁸. Cette catégorie d'avocats bénéficie de ce que l'auteur appelle le « monopole de l'indépendance »⁹. Tout cela est évidemment discutable, mais il s'agit du choix opéré par le législateur.

Sous l'angle de l'indépendance institutionnelle, c'est le statut de l'employeur – un avocat inscrit dans un registre cantonal des avocats soumis aux règles professionnelles des avocats et à une surveillance disciplinaire – qui garantit l'indépendance de son *employé* non-avocat. En cas de faute professionnelle de l'employé non-avocat, c'est l'avocat employeur inscrit au registre cantonal des avocats qui sera sanctionné disciplinairement. Compte tenu du *lien de subordination* entre l'avocat inscrit au registre cantonal et le professionnel non-inscrit, le premier devra surveiller le second et répondre en cas de violation des règles professionnelles. Dans cette configuration, l'employé non-avocat ne pourra en principe pas influencer son employeur avocat. L'indépendance institutionnelle est ainsi garantie, à tout le moins en théorie.

À notre avis, la situation est différente lorsqu'un tiers non-inscrit au registre cantonal des avocats, et donc non soumis aux règles professionnelles et à la surveillance disciplinaire, a le statut non pas d'employé, mais d'*associé* ou d'*actionnaire*, voire de *membre du conseil d'administration* d'une société d'avocats. Dans cette configuration, l'avocat associé ou actionnaire inscrit ne pourra pas surveiller son collègue associé ou actionnaire non-avocat, lui donner des directives et répondre de ses fautes professionnelles de la même manière que dans la situation évoquée ci-dessus, dans la mesure où il n'existe aucun rapport d'emploi ou de lien de subordination *direct* entre les deux. D'autre part, l'associé ou actionnaire non-avocat – qui n'est soumis à aucune règle professionnelle ni surveillance – pourrait se retrouver dans une position d'influence non seulement à l'égard de ses collègues associés ou actionnaires avocats inscrits, mais également (et surtout) vis-à-vis d'autres collaborateurs avocats inscrits de l'étude qui n'ont pas le statut d'associé ou d'actionnaire. Dans le cadre d'une société anonyme d'avocats, l'indépendance est assurée pour autant que celle-ci soit conçue de manière que seuls des avocats inscrits puissent influencer la relation d'emploi¹⁰. Le système

mis en place par la société recourante n'offre pas une telle garantie. Ainsi, le degré d'indépendance institutionnelle n'est pas suffisant pour garantir l'indépendance matérielle.

Les règles concernant l'admissibilité des associations multidisciplinaires prévues par la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich dans sa décision du 5 octobre 2006¹¹, à savoir notamment que 75 % au moins des actionnaires soient des avocats inscrits au registre cantonal des avocats et que la responsabilité liée à l'exécution des mandats incombe exclusivement à des avocats inscrits, n'y changent rien. Comme nous le verrons ci-dessous (voir *infra* II.D.), en l'état actuel du droit, la présence d'associés non-avocats met en danger la sécurité du public.

Si l'arrêt du Tribunal fédéral doit être confirmé dans son principe, l'auteur a néanmoins été surpris de constater l'absence de références au droit comparé, alors que dans l'arrêt admettant la possibilité pour les avocats de s'organiser sous la forme d'une société anonyme, le Tribunal fédéral a reconnu, en se référant à différents auteurs, qu'il était important pour que les études d'avocats suisses puissent rester compétitives sur le plan international qu'elles disposent des mêmes possibilités d'organisation que dans les pays qui nous entourent, afin de garantir un *level playing field*¹². Le Tribunal fédéral a présenté la situation qui existe dans d'autres pays dans ses arrêts concernant la société anonyme d'avocats¹³ et le *pactum de palmario*¹⁴. À vrai dire, il n'est pas exclu que la société recourante n'ait développé aucun argument en lien avec le droit comparé, ce qui pourrait expliquer, en raison du rejet du recours, que le Tribunal fédéral n'ait pas abordé ce point. Il n'en demeure pas moins qu'il est important d'après nous d'examiner la question de la réglementation des sociétés d'avocats sous l'angle du droit comparé¹⁵. Plusieurs arguments tirés du droit comparé auraient pu être invoqués par la société recourante, d'autant plus que le Tribunal fédéral avait déjà ouvert la voie avec l'ATF 138 II 440 et que plusieurs pays admettent les associations multidisciplinaires¹⁶. Dans ce cadre, on mentionnera le jugement du 12 janvier 2016 de la Cour constitution-

⁸ GURTNER (n. 1), 252.

⁹ GURTNER (n. 1), 248.

¹⁰ ATF 144 II 147 c. 5.3.2.

¹¹ Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich, KF060026/U, 5.10.2006, in : ZR 2006, N 71, 294 ss. Il est intéressant de rappeler qu'une minorité des membres de la Commission de surveillance estimait que l'admissibilité des associations multidisciplinaires exigeait une modification de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA (voir c. IV.5). Pour un résumé de la décision, voir GURTNER (n. 1), 281-293.

¹² ATF 138 II 440 c. 9. Sur cette notion, voir GURTNER (n. 1), 16-18 et 314.

¹³ ATF 138 II 440.

¹⁴ ATF 143 III 600.

¹⁵ Voir GURTNER (n. 1), 93 ss.

¹⁶ GURTNER (n. 1), 91-223 ; voir aussi l'annexe 1 de l'ouvrage qui présente la réglementation des sociétés d'avocats dans 31 pays.

nelle fédérale allemande qui a jugé que l'art. 59a al. 1 de la Bundesrechtsanwaltsordnung du 1^{er} août 1959 (ci-après : BRAO) – qui énumère de manière limitative les professions libérales avec lesquelles les avocats peuvent s'associer – était contraire à la constitution, dans la mesure où il interdisait aux avocats de s'associer avec des médecins ou des pharmaciens¹⁷. Les griefs de droit comparé n'auraient sans doute pas changé le résultat auquel le Tribunal fédéral est parvenu, mais ils lui auraient néanmoins causé plus de difficultés, notamment concernant la justification d'une position qui est restrictive et contraire au principe du *level playing field* tel qu'il a été énoncé à l'ATF 138 II 440. En effet, si les études d'avocats suisses doivent pouvoir s'organiser sous la forme de sociétés de capitaux d'avocats pour pouvoir bénéficier des mêmes possibilités d'organisation que les études d'avocats à l'étranger, on ne voit pas pourquoi ce raisonnement ne s'appliquerait pas aux associations multidisciplinaires qui existent dans certains pays.

B. Les autres positions de la doctrine

Si l'arrêt du Tribunal fédéral a été bien accueilli par la doctrine en Suisse romande¹⁸, la doctrine suisse alémanique, notamment zurichoise, s'est montrée très critique. Pour comprendre la position des auteurs zurichois, il est utile de rappeler que l'art. 3 des statuts de l'Ordre des avocats du canton de Zurich règlemente les associations multidisciplinaires depuis plus de deux décennies et qu'une décision de la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich a défini certains critères en 2006 concernant l'admission de ces associations¹⁹. Les avocats zurichois ont ainsi eu beaucoup de temps pour se faire à l'idée que leur pratique était en tout point conforme au droit fédéral, ce qui permet de mieux comprendre leur position et aussi peut-être leur agacement.

D'après MARTIN RAUBER et HANS NATER, l'influence des associés non-avocats sur les associés avocats doit être examinée, non pas sous l'angle de l'indépendance institutionnelle au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, mais comme

la violation d'une règle professionnelle au sens des art. 12 ou 13 LLCA²⁰. À notre avis, ces auteurs perdent de vue que le législateur a précisément voulu garantir l'indépendance à *deux niveaux différents*. L'indépendance institutionnelle, ancrée à l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, vise à exclure de la profession tout avocat dont l'indépendance fait d'emblée défaut pour des raisons d'organisation²¹. Or, comme expliqué ci-dessus, l'indépendance d'un avocat fait justement d'emblée défaut lorsque ce dernier est associé à un non-avocat qui n'est soumis à aucune règle professionnelle ni surveillance disciplinaire. Son indépendance institutionnelle (premier niveau) n'est pas suffisante pour garantir son indépendance matérielle (second niveau). De notre point de vue, on ne peut pas écarter l'application de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA aux associations multidisciplinaires et vérifier uniquement l'indépendance matérielle des avocats au sens des art. 12 ou 13 LLCA. Une telle approche reviendrait à renoncer à l'indépendance institutionnelle ancrée à l'art. 8 al. 1 let. d LLCA. Bien plus, cela signifierait qu'il serait désormais possible à un avocat employé par une association de protection juridique, une fiduciaire ou une banque d'être inscrit dans un registre cantonal des avocats et d'exercer une activité soumise à monopole dans ce cadre. Il n'est pas certain que les avocats soient prêts à soutenir une solution aussi libérale. Une autre approche consisterait à définir et régler dans la loi ce que l'on entend par société d'avocats pour garantir un minimum d'indépendance institutionnelle et une surveillance par une autorité²².

Par ailleurs, BEAT VON RECHENBERG relève que les associations multidisciplinaires existent depuis plus de deux décennies dans le canton de Zurich et qu'il n'existe aucun cas connu où l'intervention d'un non-avocat aurait donné lieu à des plaintes en raison d'une violation de l'indépendance, du secret professionnel de l'avocat ou de conflits d'intérêts²³. D'après cet auteur, le Tribunal fédéral néglige le fait que la responsabilité liée à l'exécution des mandats incombe exclusivement à un avocat inscrit²⁴. Le non-avocat associé est donc, du point de vue du droit de l'avocat, géré (ou guidé) par une personne inscrite au registre. Nous ne partageons pas cet avis et reviendrons sur ce point ci-dessous (voir *infra* II.D.).

PETER HETTICH estime enfin que la stratégie du risque zéro du Tribunal fédéral est peu réaliste, en particulier dans le cas de la société recourante qui comptait un expert fiscal

¹⁷ Bundesverfassungsgericht, 1 BvL 6/13, 12.1.2016 ; pour un commentaire de ce jugement, voir MATTHIAS KILIAN, All Hail the MDP : the German Federal Constitutional Court Paves the Way for Multidisciplinary Service Firms, Legal Ethics, Vol. 19, No 1, 2016, 163 ss, 163-168.

¹⁸ FRANÇOIS BOHNET relève que « le rejet sans nuance de la multidisciplinarité a comme avantage la clarté, la stricte conformité avec le texte de la loi et la protection des valeurs cardinales de la profession d'avocat » (SA d'avocats : que des avocats inscrits au barreau, Revue de l'avocat 2018, 137 ss, 139).

¹⁹ Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich (n. 11) ; voir aussi BEAT VON RECHENBERG, Interdisziplinäre Anwaltskörperschaft – wohin führt der Weg ?, Revue de l'avocat 2018, 201 ss, 204.

²⁰ MARTIN RAUBER/HANS NATER, Das Bundesgericht schützt das Genfer Verbot gemischter Sozietäten, SJZ 2018, 248 ss, 250-251.

²¹ ATF 138 II 440 c. 3 ; voir aussi GURTNER (n. 1), 306-307.

²² Voir GURTNER (n. 1), 383-403.

²³ VON RECHENBERG (n. 19), 204.

²⁴ VON RECHENBERG (n. 19), 202.

parmi trente-neuf associés. Chaque cabinet noue des relations variées dans le cadre de ses activités commerciales qui peuvent être beaucoup plus menaçantes pour l'indépendance institutionnelle que l'inclusion d'un seul expert fiscal²⁵. L'opinion de cet auteur – qui rejoint notre analyse²⁶ – peut être confirmée dans son principe. Cependant, il s'agit du choix du législateur, et non pas du Tribunal fédéral, qui doit appliquer l'art. 8 al. 1 let. d LLCA. Au demeurant, la composition d'une société d'avocats, en particulier si elle est inscrite au registre du commerce, peut plus facilement être vérifiée que les relations commerciales qu'elle entretient avec des tiers. Or, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'inscription doit être refusée seulement lorsque, sans investigations approfondies, il apparaît avec une certaine vraisemblance que l'intéressé, du fait de sa situation particulière, ne remplit pas la condition de l'indépendance²⁷.

C. Le « Sonderfall » zurichois

Comme le sort des associations multidisciplinaires semblait scellé par l'arrêt du Tribunal fédéral, on pouvait penser que la question était désormais réglée et que les cabinets d'avocats, notamment zurichois, s'adapteraient à la nouvelle jurisprudence fédérale. Dans une décision du 3 mai 2018²⁸, soit après la publication de l'ATF 144 II 147, la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich a néanmoins confirmé sa pratique antérieure et a admis une association multidisciplinaire²⁹. En contradiction avec l'arrêt du Tribunal fédéral, l'autorité zurichoise a estimé qu'une étude d'avocats multidisciplinaire pouvait réunir les garanties institutionnelles requises. Une minorité d'actionnaires non-avocats – limitée à 25 % – ne saurait en soi porter atteinte à l'indépendance de l'avocat et à l'interdiction des conflits d'intérêts, tant à l'assemblée générale qu'au conseil d'administration et dans le cadre de la convention d'actionnaire.

De notre point de vue, il est choquant qu'une autorité administrative rende une décision qui contrevient à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Pour rappel, la LLCA a été

adoptée dans le but d'uniformiser les pratiques cantonales et de permettre une définition de l'indépendance valable pour toute la Suisse. C'est ce que le Tribunal fédéral a fait lorsqu'il a rendu l'ATF 144 II 147. Il est certes regrettable – et sans doute dommageable – qu'il ait fallu attendre douze ans depuis la décision zurichoise de 2006 pour que cette question soit tranchée par le Tribunal fédéral. Cela étant, les règles du jeu – acceptées lors de l'adoption de la LLCA – devraient être respectées par tous les cantons, y compris à Zurich. Dans le contexte de la libre circulation des avocats en Suisse, il n'est pas admissible qu'un canton puisse décider librement et unilatéralement de maintenir sa propre interprétation du droit fédéral, sans respecter la jurisprudence du Tribunal fédéral. Au moment de l'adoption de la LLCA, les auteurs n'avaient sans doute pas imaginé que les traditions cantonales résisteraient à la jurisprudence du Tribunal fédéral et qu'il aurait été utile de prévoir une autorité fédérale de surveillance des avocats, habilitée à recourir contre une décision cantonale qui violerait le droit fédéral.

D. La violation des règles professionnelles par un associé non-avocat

Un arrêt récent du Tribunal administratif du canton de Zurich du 21 juin 2018³⁰ mérite d'être examiné. En l'espèce, il s'agit d'un recours déposé au Tribunal administratif zurichois par une avocate (ci-après : la recourante) inscrite au registre cantonal des avocats qui a été sanctionnée par la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich pour une violation du principe de l'interdiction des conflits d'intérêts (art. 12 let. c LLCA), quand bien même la faute en question avait été commise par un associé non-avocat de l'étude.

Le Tribunal cantonal a mentionné la jurisprudence du Tribunal fédéral qui interdit les associations multidisciplinaires, en précisant toutefois qu'il ne s'agissait pas de l'objet du litige et qu'il convenait plutôt d'examiner si, compte tenu de l'organisation du cabinet d'avocats en société multidisciplinaire, la faute d'un associé non-inscrit au registre des avocats pouvait être imputée à la recourante³¹. On relèvera à ce sujet qu'il est tout de même curieux qu'une autorité cantonale soit amenée à se prononcer sur la responsabilité disciplinaire d'une avocate pratiquant dans le cadre d'une organisation que le Tribunal fédéral a jugé inadmissible. Quoi qu'il en soit, le Tribunal cantonal a constaté que le non-avocat ne pouvait pas faire l'objet d'une sanction disciplinaire, étant donné qu'il n'était pas soumis à la LLCA.

²⁵ PETER HETTICH, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 15. Dezember 2017, 2C_1054/2016 und 2C_1059/2016, ZBI 2018, 242 ss, 251.

²⁶ GURTNER (n. 1), 247-248.

²⁷ ATF 130 II 87 c. 5.2 ; ATF 138 II 440 c. 3. Sur la question des investigations nécessaires dans le contexte de l'ATF 140 II 102, voir GURTNER (n. 1), 325-326.

²⁸ Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich, KF180048, 3.5.2018, in : ZR 2018, 101 ss, résumée in : SJZ 2018, 356 ss.

²⁹ Pour un résumé en français de cette décision, voir RICHARD SCHMIDT, Inscription d'une étude d'avocats pluridisciplinaire, Revue de l'avocat 2018, 291 ss, 291-292.

³⁰ Tribunal administratif du canton de Zurich, VB.2017.00201, 21.6.2018.

³¹ Tribunal administratif du canton de Zurich (n. 30), c. 6.1.

Il a rappelé que la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich exige que la responsabilité liée à l'exécution des mandats incombe exclusivement à un avocat inscrit³². Malgré cela, le Tribunal cantonal a constaté que la responsabilité du mandat n'incombait pas à la recourante, mais bien au non-avocat en charge du dossier³³. La recourante n'avait en effet travaillé que durant trois semaines sur ce mandat qui avait commencé en novembre 2014 et s'était terminé en mai 2015³⁴. En particulier, le Tribunal cantonal a relevé que la recourante n'avait pas participé aux discussions avant l'acceptation du mandat. Dans ces conditions, il a estimé qu'il n'était pas justifié de considérer la recourante comme responsable du mandat et de qualifier l'associé non-avocat d'auxiliaire de la recourante. Elle ne pouvait ainsi pas se voir imputer la faute professionnelle du non-avocat sur la base d'une responsabilité de l'auxiliaire.

Le Tribunal cantonal a en outre examiné si la recourante était responsable de la faute commise par le non-avocat sur la base de la forme d'organisation du cabinet d'avocats au sens d'une obligation de garantie institutionnelle (« einer institutionellen Gewährspflicht »)³⁵. Il a d'emblée relevé à ce sujet que la recourante n'était pas encore associée du cabinet d'avocats lorsque la violation des règles professionnelles a eu lieu en 2014. Elle n'était en effet associée du cabinet d'avocats que depuis 2017. Il n'était ainsi pas acceptable, d'après le Tribunal cantonal, d'imposer à la recourante les obligations d'un associé, alors qu'elle n'avait pas encore ce statut.

Enfin, le Tribunal cantonal n'a pas été convaincu par la thèse de l'autorité intimée qui fondait la sanction disciplinaire de la recourante sur sa « proximité » avec le mandat, en relevant qu'il n'était pas clair de savoir comment délimiter cette proximité³⁶. Au contraire, la recourante n'avait été appelée que pour clarifier certaines questions juridiques et n'avait passé qu'un peu plus de seize heures sur ce mandat.

Le Tribunal cantonal est ainsi arrivé à la conclusion que la recourante ne pouvait pas être sanctionnée sur la base d'une obligation de garantie institutionnelle pour la faute commise par le non-avocat associé.

Cet arrêt permet de confirmer l'opinion déjà exprimée par l'auteur : il est difficile, voire impossible, de mettre en place une surveillance des associés non-avocats par les associés avocats dans la gestion quotidienne d'une étude³⁷.

Comme cela s'est passé dans l'affaire tranchée par le Tribunal cantonal zurichois, les associés non-avocats d'une association multidisciplinaire seront amenés à gérer des dossiers de manière (plus ou moins) indépendante et leurs fautes professionnelles ne seront que difficilement sanctionnées dans le chef des associés avocats inscrits. Dans la pratique, il n'est pas certain que les avocats acceptent de répondre disciplinairement des fautes commises par les associés non-avocats de l'étude, d'autant plus que le catalogue des sanctions prévu à l'art. 17 LLCA est éminemment personnel. En cas de faute très grave commise par un associé non-avocat, on peut douter qu'un tribunal confirme la sanction d'une interdiction temporaire ou définitive de pratiquer (art. 17 al. 1 let. d ou e LLCA) infligée à un avocat inscrit en raison de sa soi-disant proximité avec un dossier traité par un associé non-avocat fautif.

Par ailleurs, les sanctions disciplinaires doivent être prévues dans une loi au sens formel³⁸. L'art. 17 al. 1 LLCA précise que l'autorité de surveillance peut prononcer des mesures disciplinaires en cas de violation de la LLCA. Certes, l'art. 5 al. 4 des statuts de l'Ordre des avocats zurichois prévoit que les membres veillent à ce que les non-avocats de l'étude respectent les règles professionnelles et les règles déontologiques applicables aux membres de l'Ordre. Le Tribunal cantonal zurichois a cependant reconnu qu'il s'agit d'une disposition statutaire et non légale et qu'il n'existe aucune règle comparable ni dans la loi zurichoise sur la profession d'avocat ni dans la LLCA³⁹. De plus, il est à notre avis évident que les exigences prévues par la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich, à savoir notamment que 75 % au moins des actionnaires soient des avocats inscrits au registre cantonal des avocats et que la responsabilité liée à l'exécution des mandats incombe exclusivement à des avocats inscrits, ne constituent pas une base légale au sens formel. Le fait que ces conditions soient ensuite reprises dans les règles d'organisation de la société multidisciplinaire n'y change rien. À ce sujet, le Tribunal fédéral a déjà retenu que les associés qui s'astreignent à respecter des règles professionnelles ne se trouvent pas dans la même situation que s'ils étaient légalement tenus de les observer⁴⁰. À notre avis, la sanction d'un associé avocat pour la faute commise par un associé non-avocat est problématique, car elle ne trouve aucun appui dans une base légale au sens formel. Elle pourrait par conséquent être remise en question dans le cadre d'un recours.

³² Tribunal administratif du canton de Zurich (n. 30), c. 6.4, qui cite la décision de la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich (n. 11).

³³ Tribunal administratif du canton de Zurich (n. 30), c. 6.5.

³⁴ Tribunal administratif du canton de Zurich (n. 30), c. 6.5.

³⁵ Tribunal administratif du canton de Zurich (n. 30), c. 6.6.

³⁶ Tribunal administratif du canton de Zurich (n. 30), c. 6.6.

³⁷ GURTNER (n. 1), 378.

³⁸ THIERRY TANQUEREL, *Caractéristiques et limites du droit disciplinaire*, in : Thierry Tanquerel/François Bellanger (édit.), *Le droit disciplinaire*, Genève 2018, 9 ss, 20.

³⁹ Tribunal administratif du canton de Zurich (n. 30), c. 6.3.

⁴⁰ ATF 140 II 102 c. 5.2.2.

Mais le problème est également ailleurs. En s'appuyant sur certains auteurs, le Tribunal administratif cantonal zurichois a estimé qu'il était possible de sanctionner un avocat pour la faute d'un tiers non soumis à la LLCA sur la base de la responsabilité du mandat⁴¹. En suivant ces auteurs, cette possibilité implique que l'associé avocat soit le (véritable) responsable de l'exécution du mandat et que l'associé non-avocat (fautif) soit considéré comme un auxiliaire de l'associé avocat. Si ces conditions ne sont pas remplies, l'associé avocat échappera à toute sanction. Or il est tout à fait possible qu'elles ne soient pas remplies, dans la mesure où elles reposent uniquement sur la liberté contractuelle des parties. En effet, aucune base légale au sens formel n'exige que les relations contractuelles des associés de l'étude respectent ces conditions et il n'existe aucune sanction en cas de non-respect de celles-ci. Paradoxalement, on serait tenté de dire que les études d'avocats auraient tout intérêt à ne pas respecter les règles qu'elles ont elles-mêmes fixées pour éviter d'engager la responsabilité disciplinaire des associés avocats inscrits.

D'après le Tribunal cantonal, une dernière solution consisterait à examiner si la recourante ne peut pas être sanctionnée pour la faute d'un non-avocat sur la base d'une obligation de garantie institutionnelle. Cette obligation serait justifiée d'après l'autorité intimée en raison de la maîtrise juridique du partenariat multidisciplinaire, qui assure le respect des obligations professionnelles en cas de recours à des non-avocats⁴². Cette approche, aussi innovante soit-elle, n'est fondée sur aucune base légale. De notre point de vue, un avocat sanctionné sur cette base aurait également de bonnes chances d'obtenir l'invalidation d'une sanction disciplinaire.

En résumé, la situation n'est pas admissible, dans la mesure où les clients qui mandatent un cabinet d'avocats – qu'il soit multidisciplinaire ou non – doivent pouvoir s'attendre à ce que les règles professionnelles soient respectées et qu'une sanction disciplinaire soit prononcée en cas de violation. Dans cette affaire, une faute professionnelle a bien été commise ; elle a semble-t-il échappé à toute sanction. Pour rappel, l'indépendance matérielle ne peut être réalisée qu'à partir d'un certain degré d'indépendance institutionnelle⁴³. À notre sens, l'indépendance institutionnelle ancrée à l'art. 8 al. 1 let. d LLCA vise aussi à éviter ce genre de situation, à savoir qu'une faute professionnelle soit commise dans une étude d'avocats et que personne n'en réponde. C'est une des raisons pour lesquelles le Tribunal fédéral a estimé qu'un « contrôle de la société par des

avocats inscrits au registre à une hauteur proche de 100 % s'impose, afin de garantir la protection du public »⁴⁴.

E. Les sociétés de personnes multidisciplinaires

Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur l'admissibilité des associations multidisciplinaires concernant d'autres formes de sociétés, comme les sociétés simples ou les sociétés en nom collectif d'avocats. Il est vrai que cette question ne ressortait pas de l'objet du litige qui concernait une société anonyme d'avocats, de sorte que le Tribunal fédéral n'avait pas à se prononcer sur ce point. Il existe cependant une insécurité juridique pour les avocats qui utilisent ces formes de société : peuvent-ils s'associer à des tiers non-avocats ? FRANÇOIS BOHNET estime que les principes posés par le Tribunal fédéral valent aussi pour les autres structures⁴⁵. De notre point de vue, sous l'angle de l'examen de l'indépendance institutionnelle, la situation des sociétés de personnes n'est pas totalement comparable à celle des sociétés de capitaux d'avocats, dans la mesure où les associés des sociétés de personnes ne sont pas soumis à un rapport d'emploi avec la société qui ne possède pas la personnalité juridique. Il n'en demeure pas moins que l'associé non-avocat ne sera soumis à aucune règle professionnelle ni surveillance disciplinaire. Tout risque concret d'influence n'est par ailleurs pas totalement exclu. Nous pensons également qu'un traitement différent des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux d'avocats ne serait pas justifié, car il violerait le principe de l'égalité de traitement⁴⁶. En effet, le critère de la forme sociale ne devrait pas être pertinent dans l'analyse de la condition de l'indépendance⁴⁷.

Par ailleurs, il existe une insécurité juridique pour les autorités de surveillance des avocats : doivent-elles vérifier toutes les sociétés d'avocats ? Cela nous semble disproportionné ; il est aussi probable que certaines autorités ne disposent pas des ressources suffisantes pour procéder à de telles vérifications. Cependant, en théorie, les cantons qui exigent des sociétés de capitaux d'avocats la preuve qu'elles sont détenues à 100 % par des avocats inscrits devraient – pour éviter toute inégalité de traitement – mettre en place un système comparable pour les sociétés de personnes. La procédure qui consiste à exiger un agrément – comme dans le canton de Genève – *uniquement* pour les sociétés de capitaux d'avocats et pas pour les sociétés de personnes nous paraît discriminatoire et contraire à la juris-

⁴¹ Tribunal administratif du canton de Zurich (n. 30), c. 6.5 et les réf. cit.

⁴² Tribunal administratif du canton de Zurich (n. 30), c. 6.6.

⁴³ GURTNER (n. 1), 313.

⁴⁴ ATF 144 II 147 c. 5.3.1, qui cite GURTNER (n. 1), 374.

⁴⁵ BOHNET (n. 18), 140.

⁴⁶ Sur cette problématique, voir GURTNER (n. 1), 352-354.

⁴⁷ GURTNER (n. 1), 353.

prudence du Tribunal fédéral qui a consacré le principe de la liberté de la forme à l'ATF 138 II 440⁴⁸.

On relèvera enfin que les critères d'admissibilité des pratiques multidisciplinaires définis par la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich dans sa décision du 5 octobre 2006 concernent uniquement les sociétés de capitaux d'avocats (la décision fait en effet référence à des concepts comme les « actionnaires » ou le « président du conseil d'administration »). Est-ce dire que les pratiques multidisciplinaires sont l'apanage des sociétés de capitaux d'avocats uniquement ? Est-ce que cela signifie qu'il est possible de créer à Zurich une société anonyme d'avocats multidisciplinaire et qu'il serait interdit à un avocat de s'associer avec son épouse (non-avocate) dans le cadre d'une société simple ? Une telle différence de traitement ne serait à notre sens pas justifiée, dans la mesure où la question des sociétés de capitaux d'avocats (tranchée par le Tribunal fédéral à l'arrêt 138 II 440) doit bien être distinguée de la question des associations multidisciplinaires, qui ne concerne pas uniquement les sociétés de capitaux d'avocats, mais *toutes les formes de sociétés d'avocats qui existent en Suisse*⁴⁹.

F. Conclusions et perspectives futures

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral n'a donné aucun signal clair au législateur laissant entendre que le moment serait peut-être venu de régler la question des sociétés d'avocats et plus particulièrement des associations multidisciplinaires dans une loi fédérale⁵⁰. Certains espéraient sans doute un signal de sa part. Si l'on y réfléchit bien, il est aberrant qu'une association multidisciplinaire puisse, sur la base du droit fédéral, être admise à Zurich⁵¹, admise du bout des lèvres à Lausanne⁵² et refusée à Genève⁵³. D'après nous, la raison de ces divergences est la suivante : la LLCA, entrée en vigueur

en 2002, n'a pas été pensée pour réglementer les sociétés d'avocats et encore moins les associations multidisciplinaires⁵⁴. À notre avis, on ne peut pas déduire de l'arrêt du Tribunal fédéral une interdiction de principe des associations multidisciplinaires : c'est la loi actuelle qui n'est tout simplement plus adaptée. Ce qui précède explique aussi la position stricte du Tribunal fédéral qui doit protéger l'intérêt public et appliquer le droit en vigueur.

Il ne faut cependant pas se méprendre : la question des associations multidisciplinaires n'est pas qu'une question zurichoise et devrait être réglée au niveau fédéral par une loi fédérale. Cela étant, il est vrai que le Tribunal fédéral est peu enclin à donner des instructions au pouvoir législatif (sans doute en raison du respect de la séparation des pouvoirs). En Allemagne, la Cour constitutionnelle présente dans son jugement différentes options et fixe un délai au législateur pour compléter ou modifier la loi. Le Professeur MATTHIAS KILIAN a d'ailleurs relevé à ce sujet que la Cour constitutionnelle allemande joue le rôle de législateur par défaut dans le domaine de la réglementation de la profession d'avocat⁵⁵.

En Suisse, nous n'avons pas de législateur par défaut. On peut dès lors regretter le classement par le Conseil fédéral, le 11 mai 2018⁵⁶, de la motion Vogler déposée en 2012⁵⁷. De plus, comme il existe aujourd'hui une remise en question du modèle traditionnel de l'étude d'avocats⁵⁸, la question aurait mérité d'être débattue au parlement pour voir s'il était possible de trouver un consensus. Le projet de loi fédérale sur la profession d'avocat préparé par la Fédération suisse des avocats en 2012 (ci-après : FSA) – malheureusement tombé aux oubliettes – était intéressant, bien que perfectible⁵⁹. Il aurait en effet pu être amélioré sur certains points en s'inspirant de solutions qui existent à l'étranger⁶⁰. À notre sens, une loi moderne et efficace du point de vue de la protection du public devrait non seulement réglementer

⁴⁸ JÉRÔME GURTNER, *La jurisprudence du TF suffit-elle à réglementer les sociétés d'avocats ?* plaidoyer 2017, 17. Voir aussi l'art. 10 al. 2 de la Loi sur la profession d'avocat (LPAv) du canton de Genève, qui prévoit que « l'exercice de la profession d'avocat sous la forme d'une société de capitaux est soumis à l'agrément de la commission du barreau [...] ».

⁴⁹ GURTNER (n. 1), 349.

⁵⁰ D'un autre avis, HETTICH (n. 25), 252, qui estime que la référence du Tribunal fédéral à l'art. 190 Cst. est probablement plus qu'un signal au législateur pour qu'il aborde enfin le problème et crée la sécurité juridique.

⁵¹ Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich (n. 28).

⁵² Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud (CDAP), GE.2016.0036, 30.9.2016.

⁵³ Chambre administrative de la Cour de justice de la République et Canton de Genève, ATA/848/2016, 11.10.2016 (les recours en matière de droit public déposés au Tribunal fédéral ont été rejetés par l'ATF 144 II 147).

⁵⁴ Sur la question du sujet de la réglementation, voir GURTNER (n. 1), 57-59.

⁵⁵ MATTHIAS KILIAN, *Germany : The Constitutional Court as the Driver of Change in the Regulation of Legal Professions*, in : ANDREW BOON (édit.), *International Perspectives on the Regulation of Lawyers and Legal Services*, Format EPUB eBook, Emplacement 5570 ss, Oxford 2017.

⁵⁶ Communiqué du Conseil fédéral du 11.4.2018, Rapport sur le classement de la motion Vogler.

⁵⁷ Motion 12.3372, « Élaboration d'une loi réglant tous les aspects de la profession d'avocat », déposée le 3.5.2012, par le Conseiller national Karl Vogler.

⁵⁸ Voir GURTNER (n. 1), 27-47.

⁵⁹ Pour un commentaire de ce projet, voir GURTNER (n. 1), 357-381.

⁶⁰ Voir GURTNER (n. 1), 383-403.

les sociétés d'avocats⁶¹, mais également les associés non-inscrits⁶².

Une chose est certaine : il n'y a actuellement ni gagnant (le canton de Genève prétendument « traditionnel », qui serait orienté vers l'étude d'avocats classique) ni perdant (le canton de Zurich prétendument « libéral », qui aurait à l'esprit le cabinet d'avocats international multidisciplinaire). Il n'y a que des avocats soumis à une loi qui n'est plus adaptée à l'exercice de la profession d'avocat en société, alors que la plupart de leurs confrères étrangers ont réussi à entreprendre les réformes nécessaires⁶³ ou, à tout le moins, ont mené des réflexions à ce sujet⁶⁴.

⁶¹ GURTNER (n. 1), 395-399. Dans ce sens également, WALTER FELLMANN, *Anwaltskanzlei als Körperschaft – Fanal für den Umbruch im Anwaltsmarkt*, in : Susan Emmenegger/Stephanie Hrubesch-Millauer/Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf (édit.), *Brücken bauen : Festschrift für Thomas Koller*, Berne 2018, 195 ss, 210, se demande si les sociétés d'avocats ne devraient pas être placées sous surveillance, comme c'est p. ex. le cas pour les banques.

⁶² GURTNER (n. 1), 391-395.

⁶³ Sur la réglementation des sociétés d'avocats à l'étranger, voir GURTNER (n. 1), 91-223.

⁶⁴ Dans ce sens également : BENOÎT CHAPPUIS, *De l'interdiction de la multidisciplinarité au pactum de palmario en passant par l'instigation à un acte illicite : la jurisprudence récente sur la profession d'avocat*, in : Pascal Pichonnaz/Franz Werro (édit.), *La pratique contractuelle 6*, Zurich 2018, 91 ss, 121-122 ; concernant la Belgique, voir PATRICK HENRY/PATRICK HOFSTRÖSSLER, *L'avenir de la profession d'avocat*, Rapport au Ministre de la Justice K. Geens, le 25 février 2018, Internet : https://justice.belgium.be/sites/default/files/rapporttoekoms_tadvocatuurrapportavenirprofessiond_avocatfinal.pdf [<https://perma.cc/UCJ8-KSVR>] (consulté le 15.12.2018).