

Les nouveautés en matière de sociétés multidisciplinaires d'avocats

Jérôme Gurtner*

Table des matières

I. Introduction et plan de la présentation	160
II. Interdiction des pratiques multidisciplinaires d'avocats en Suisse, sauf à Zurich	160
A. ATF 144 II 147	160
B. Décision de la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich	161
C. Respect de la jurisprudence du Tribunal fédéral par les autorités inférieures	162
III. Haute surveillance exercée par l'Office fédéral de la justice	164
A. Généralités	164
B. Obligation de notification	164
C. Recours interjetés entre 2020 et 2021	164
D. Mémento de juillet 2024	165
IV. Admissibilité d'une société anonyme d'avocats et de conseils en brevets	166
A. Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich	166
B. Quelques réflexions personnelles	167
V. Conclusions	172

Bibliographie

CHAPPUIS BENOÎT, L'ATF 144 II 147: la fin de la multidisciplinarité des études d'avocats, RDS 2019 I 203 ss; CHAPPUIS BENOÎT/GURTNER JÉRÔME, La profession d'avocat, Zurich 2021; FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, Berne 2012; GURTNER JÉRÔME, La réglementation des sociétés d'avocats en Suisse: entre protectionnisme et libéralisme – Étude de droit comparé, Bâle/Neuchâtel 2016 (cité: La réglementation); GURTNER JÉRÔME, ATF 144 II 147: L'interdiction des associations multidisciplinaires d'avocats, PJA 2019 229 ss (cité: PJA); HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (éd.), Berner Kommentar Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Berne 2012 (cité: BK ZGB-AUTEUR); MARITZ DANIEL/BACHMANN SIMON/ENZ BENJAMIN V., Multidisziplinäre Partnerschaften – Durchzogener Rückblick und fordernder Ausblick, in Bohnet François *et al.* (éd.), Le présent et l'avenir de la profession d'avocat-e, 547 ss; OFJ, Mémento sur les conditions applicables en cas d'inscription au registre cantonal d'un avocat employé par une personne morale, juillet 2024, <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/anwaltsrecht.html>> (onglet « Documentation ») (29.12.2024); SCHAUB LUKAS/SPESCHA GIANNINA/WYSS KARL-MARC, Commentaire de l'ATF 148 II 369, ZBl 123/2022 660 ss; SCHMIDT RICHARD, Inscription d'une étude d'avocats pluridisciplinaire, Revue de l'avocat 6-7/2018 291 ss; SPRECHER FRANZISKA *et al.*, Die

* L'auteur tient à remercier Jean Perrenoud, juriste-documentaliste, pour sa relecture attentive.

staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2022 und 2023 (2/2: VI.-VIII.), RJB 159/2023 623 ss; STEINAUER PAUL-HENRI, *Traité de droit privé suisse*, II/1, Le titre préliminaire du Code civil, Bâle 2009.

Travaux préparatoires

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 7 décembre 2007 concernant la loi sur les conseils en brevets, FF 2008 327; CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 7 décembre 2007 concernant la loi sur le Tribunal fédéral des brevets, FF 2008 373.

I. Introduction et plan de la présentation

- 1 La question des associations multidisciplinaires d'avocats¹ a suscité un vif intérêt, notamment dans la doctrine, entre 2016 et 2019. Le sujet a atteint son apogée avec l'ATF 144 II 147, qui les a interdites pour la première fois à la fin de l'année 2017. Toute personne intéressée par ce sujet pourrait penser qu'il est définitivement clos. Or, comme nous le verrons, il n'en est rien; il est même plus que jamais d'actualité.
- 2 Avant d'aborder les nouveautés concernant les associations multidisciplinaires d'avocats, un rappel s'impose. Nous présenterons brièvement l'ATF 144 II 147, ainsi que la décision de la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich (ci-après: la Commission) du 3 mai 2018 (chapitre II). Nous mettrons en évidence le rôle de l'OFJ en tant que garant de la jurisprudence du Tribunal fédéral (chapitre III). Nous présenterons ensuite un arrêt du Tribunal cantonal zurichois de 2024, qui admet les conseils en brevets dans l'actionnariat, le conseil d'administration et la direction d'un cabinet d'avocats organisé en société anonyme (chapitre IV). Il sera enfin temps de conclure (chapitre V).

II. Interdiction des pratiques multidisciplinaires d'avocats en Suisse, sauf à Zurich

A. ATF 144 II 147

- 3 Dans cet arrêt de 2017, le Tribunal fédéral s'est prononcé pour la première fois sur la question de savoir si le fait que des personnes autres que des avocats inscrits détiennent des droits de participation dans une étude d'avocats, organisée sous forme de personne morale, ou siègent dans son conseil d'administration, est conciliable avec les garanties d'indépendance et de secret professionnel prévues dans la LLCA.
- 4 Après avoir examiné les différentes positions de la doctrine sur la question, le Tribunal fédéral a estimé que l'opinion selon laquelle 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 doit être suivie, « compte tenu du droit actuel »².

1 Par simplification, ce terme désigne ici une société d'avocats qui a un actionnaire, un membre du conseil d'administration ou un directeur qui n'est pas inscrit à un registre cantonal des avocats.

2 ATF 144 II 147, c.5.3.2. Pour un commentaire détaillé de cet arrêt, incluant les différentes positions de la doctrine, voir GURTNER, PJA, 230-233.

Le Tribunal fédéral a considéré que le système mis en place par la société anonyme d'avocats 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. Selon lui, seule une étude d'avocats organisée en personne morale dont l'actionnariat et le conseil d'administration sont composés exclusivement d'avocats inscrits dans un registre cantonal permet d'assurer que l'employeur offre lui-même les garanties nécessaires. Par conséquent, la condition dont l'art.8 al.1 let.d, 2^e phrase, LLCA fait dépendre l'inscription à un registre cantonal n'est pas remplie dans le cas de la société recourante.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs estimé que le fait que des personnes autres que des avocats inscrits détiennent des droits de participation dans une étude d'avocats met également en péril la garantie du secret professionnel de l'avocat. Il a relevé que 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 juridiques³. En revanche, selon lui, la fonction de membre du conseil d'administration suppose l'accès à des faits et documents couverts par le secret professionnel de l'avocat et dont le tiers n'a pas connaissance en qualité d'auxiliaire. L'avocat ne peut ainsi divulguer de telles informations sans violer son secret professionnel.

En conclusion, le Tribunal fédéral a retenu que le refus d'accorder l'agrément en vue de l'exercice de la profession d'avocat par les employés de la société recourante repose sur le système mis en place par le droit fédéral, qui impose aux avocats de pratiquer en toute indépendance et de respecter le secret professionnel⁴.

B. Décision de la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich

Dans une décision de 2018⁵, après s'être référée à l'ATF 144 II 147, la Commission a confirmé sa pratique antérieure⁶ et a admis une association multidisciplinaire d'avocats. Selon la Commission, la participation ou la collaboration de personnes non inscrites (p. ex. des experts fiscaux) en tant qu'actionnaires ou membres du conseil d'administration est autorisée, à condition qu'il y ait une majorité de contrôles d'avocats inscrits dans la société (c'est-à-dire au moins 75%). Elle souligne que dans son arrêt, le Tribunal fédéral n'a pas pris en considération les conditions qu'elle a imposées, à savoir que la responsabilité du mandat incombe à un avocat inscrit et que le conseil d'administration n'a pas le droit de donner des instructions concernant la gestion concrète du mandat. De plus, les personnes non inscrites qui agissent en tant que membres du conseil d'administration sont considérées comme des auxiliaires. La Commission estime également que les non-avocats, jugés « dangereux » par le Tribunal fédéral en raison de leur appartenance au conseil d'administration de la société, peuvent être contrôlés

3 ATF 144 II 147, c.5.3.3 et les réf. cit.

4 ATF 144 II 147, c.7.2.

5 Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich, KF180048, 3.5.2018, ZR 2018 101 ss, rés. SJZ 2018 356 ss. Pour un résumé en français de cette décision, voir SCHMIDT, 291 s.

6 Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich, 5.10.2006, ZR 2006 294 ss.

par les avocats inscrits, non seulement en ce qui concerne l'atteinte à l'indépendance, mais aussi en ce qui concerne la divulgation de secrets.

C. Respect de la jurisprudence du Tribunal fédéral par les autorités inférieures

- 9 Cette question, qui a des implications pratiques évidentes, a très peu été discutée dans la doctrine commentant cet arrêt. Benoît Chappuis relevait de façon pertinente que la décision zurichoise est déconcertante, car elle crée une brèche dans l'application uniforme du droit fédéral en autorisant, dans le canton de Zurich, une pratique contraire à une interprétation sans équivoque du Tribunal fédéral⁷. L'auteur de la présente contribution soulignait que, 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 fédéral⁸. La Commission pouvait-elle librement ignorer la jurisprudence du Tribunal fédéral?
- 10 Il convient au préalable de rappeler que le système juridique suisse n'est pas basé sur la règle du précédent ou «*stare decisis*», propre au droit anglo-saxon⁹. L'ATF 144 II 147 n'a donc pas force obligatoire pour les autorités inférieures. Il faut toutefois admettre que le système deviendrait impraticable si les autorités inférieures, y compris administratives, pouvaient librement décider d'ignorer la jurisprudence du Tribunal fédéral, indépendamment de l'existence des voies de droit. Il s'agirait également d'un très mauvais message adressé aux justiciables ; en effet, si les autorités inférieures ne se conforment pas à la jurisprudence du Tribunal fédéral, pourquoi les justiciables s'y conformeraient-ils ? Il faut donc trouver un équilibre entre, d'une part, la nécessité de garantir la continuité et l'uniformité de la jurisprudence et, d'autre part, la possibilité d'adaptation aux changements de circonstances et de prise en compte de nouveaux développements.
- 11 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour des raisons d'égalité de traitement et de sécurité du droit, les autorités doivent se conformer à leur propre pratique et à celle des instances supérieures, tant que des motifs sérieux et objectifs n'exigent pas un changement de pratique¹⁰. Selon un arrêt du Tribunal cantonal lucernois, qui se réfère à des auteurs de doctrine, le juge cantonal a, en cas d'application du droit fédéral et constitutionnel, une obligation limitée («*eine beschränkte Befolgungspflicht*») de se conformer à une pratique établie du Tribu-

7 CHAPPUIS, 211.

8 GURTNER, PJA, 233.

9 Dans un arrêt de la CourEDH, la juge María Elósegu, dans une opinion en partie dissidente, relevait ce qui suit : « Selon le principe *stare decisis* issu de la *common law*, les juridictions inférieures sont tenues par les décisions des juridictions supérieures, la jurisprudence devenant ainsi une source de droit, mais à condition que les juridictions supérieures soient clairement déterminées et étant entendu que leurs précédents ne valent que pour l'avenir. Ce principe autorise néanmoins les juges à s'écarter d'un précédent dans telle ou telle affaire si cela est justifié ou s'il est démontré que celle-ci s'en distingue » (CourEDH, arrêt D.B. et autres c. Suisse du 22.11.2022, requêtes n^{os} 58817/15 et 58252/15, § 7).

10 ATF 146 I 105, c.5.2.2 et les réf. cit. ; voir aussi STEINAUER, N 456.

nal fédéral¹¹. En effet, les tribunaux cantonaux sont autorisés à examiner la jurisprudence du Tribunal fédéral et, le cas échéant, à s'en écarter si de nouveaux arguments justifiant une interprétation différente de la loi émergent. Cela ne peut toutefois se produire que pour des raisons objectives sérieuses¹². Par ailleurs, la portée préjudicielle d'une décision dépend essentiellement du fait de savoir si le tribunal s'est penché de manière approfondie sur le problème en question ou s'il a simplement confirmé ou rejeté de manière routinière une certaine opinion¹³. Le fait qu'un tribunal décide d'intégrer un jugement dans un recueil officiel est un indice qu'il lui accorde une importance préjudicielle¹⁴.

A notre avis, dès lors que la jurisprudence du Tribunal fédéral joue un rôle clé dans l'application uniforme du droit fédéral et que la question portait ici sur son application, la Commission aurait au moins dû examiner si elle avait des raisons objectives sérieuses de maintenir sa pratique antérieure et de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral. D'une part, il est évident que l'ATF 144 II 147 a une portée préjudicielle importante, dès lors que le Tribunal fédéral s'est penché de manière approfondie sur la question et qu'il a décidé de publier son arrêt au recueil officiel. D'autre part, il n'y a aucune raison de considérer que ces règles ne s'appliqueraient qu'aux tribunaux et non aux autorités administratives¹⁵. Selon nous, les autorités administratives devraient même appliquer de manière plus stricte que les autorités judiciaires les conditions permettant de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral, dès lors que les premières ne jouissent pas de l'indépendance des secondes.

En l'occurrence, force est de constater que la Commission n'a accordé que peu d'importance à l'ATF 144 II 147, cité à seulement quatre reprises dans sa décision de 18 pages. De façon surprenante, la Commission s'est davantage employée à critiquer les positions défendues par l'auteur de cet article dans sa thèse de doctorat qu'à expliquer pourquoi il aurait été justifié, dans le cas d'espèce, de s'écarter de l'ATF 144 II 147, qui se prononçait sur une question similaire. Dans les conclusions de sa décision, la Commission a indiqué que les sociétés multidisciplinaires d'avocats devaient continuer à être évaluées conformément à sa pratique antérieure, sans même se référer à l'ATF 144 II 147. Cette manière de procéder interpelle, car elle ne tient pas compte des conditions mentionnées plus haut permettant de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral, et compromet l'application uniforme du droit fédéral. Comme nous le verrons ci-dessous, cette décision n'a même pas été notifiée à l'OFJ.

11 TA LU, LGVE 2018 IV N 20, c.3.5.2 et les réf. cit. Voir aussi l'arrêt du TAF A-1396/2006 du 30.1.2008, c.2.3.3, qui précise qu'en droit suisse, un tribunal doit en principe, dans certaines limites, reprendre la position qu'il a lui-même adoptée ou celle d'une instance supérieure dans une décision antérieure.

12 ATF 136 III 6, c.3, JdT 2010 I 303.

13 FORSTMOSER/VOGT, 530, N 9.

14 FORSTMOSER/VOGT, 533, N 27.

15 Dans ce sens également: BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 484 *ad* art.1 CC, qui considèrent que les tribunaux administratifs et pénaux, même une autorité administrative, sont tenus de suivre la tradition éprouvée dans le cadre de leur propre pratique d'application du droit.

III. Haute surveillance exercée par l'Office fédéral de la justice

A. Généralités

- 14 L'OFJ assume des tâches de haute surveillance, afin de veiller à l'application correcte et uniforme de la LLCA par les autorités cantonales compétentes. Cette compétence s'inscrit dans le cadre des art.49 al.2 et 186 Cst.
- 15 Lorsque la décision de la Commission avait été rendue en 2018¹⁶, nous avons été quelques auteurs à souligner que la situation était d'autant plus gênante que cette décision ne pouvait faire l'objet d'aucun recours devant le Tribunal fédéral¹⁷. Avec le recul, il est vrai que nous n'avions pas pensé à la fonction de haute surveillance exercée par l'OFJ. A notre décharge, il est également vrai que la LLCA n'en fait pas état et que le soussigné n'avait pas connaissance de recours ayant déjà été interjetés par le DFJP contre des décisions d'autorités cantonales de surveillance des avocats.

B. Obligation de notification

- 16 L'obligation de notification à l'OFJ des décisions cantonales concernant le droit de l'avocat découle de la qualité pour recourir de cette autorité devant le Tribunal fédéral, conformément aux art.89 al.1 let.a et 111 al.2 LTF. L'ordonnance du 8.11.2006 concernant la notification des décisions cantonales de dernière instance en matière de droit public prévoit en outre une obligation de notification pour les autorités cantonales (art.1 let.c)¹⁸.
- 17 Toutefois, malgré cette obligation, la décision de la Commission de 2018 n'a pas été notifiée à l'OFJ (qui ne figure pas parmi les destinataires de la décision), comme l'a confirmé cette autorité au soussigné.

C. Recours interjetés entre 2020 et 2021

- 18 Des recherches dans la jurisprudence cantonale administrative zurichoise montrent que, entre mai 2020 et mars 2021, le DFJP a déposé 16 recours contre des décisions de la Commission¹⁹. Dans ces recours, le DFJP demandait l'annulation des décisions attaquées, au motif que la structure organisationnelle (en par-

16 Cf. *supra* N 8.

17 Voir p. ex. CHAPPUIS, 211, qui soulignait que seule l'association des avocats du canton concerné dispose d'un droit de recours contre une inscription (art.6 al.4 LLCA), ou GURTNER, PJA, 233, où nous relevions qu'il aurait été utile de prévoir une autorité fédérale de surveillance des avocats, habilitée à contester une décision cantonale contraire au droit fédéral, alors qu'une telle autorité existait déjà.

18 RS 173.110.47.

19 TA ZU, arrêt du 14.10.2020, VB.2020.00288 (annulé par le TF, arrêt du 15.7.2022, 2C_1041/2020); TA ZU, arrêt du 14.10.2020, VB.2020.00310; TA ZU, arrêt du 14.10.2020, VB.2020.00430 (annulé par l'ATF 148 II 369, JdT 2023 I 100); TA ZU, arrêt du 26.11.2020, VB.2020.00432; TA ZU, arrêt du 26.11.2020, VB.2020.00431; TA ZU, arrêt du 2.12.2020, VB.2020.00598; TA ZU, arrêt du 22.2.2021, VB.2020.00709; TA ZU, arrêt du 22.2.2021, VB.2020.00771; TA ZU, arrêt du 15.6.2021, VB.2021.00028; TA ZU, arrêt du 3.8.2021, VB.2020.00769; TA ZU, arrêt du 23.8.2021, VB.2020.00770; TA ZU, arrêt du 23.8.2021, VB.2021.00032; TA ZU, arrêt du 14.9.2021, VB.2021.00204; TA ZU, arrêt du 20.9.2021, VB.2021.00025. Interrogé par le soussigné, l'OFJ a précisé qu'elle avait également recouru contre une décision obwaldienne en 2020.

ticulier les statuts) des sociétés d'avocats n'était pas conforme aux exigences de l'ATF 144 II 147²⁰. Dans le cadre de ces procédures de recours, les avocats concernés ont immédiatement adapté les statuts de leurs sociétés d'avocats aux prescriptions de l'ATF précité²¹ et, dans certains cas, la Commission a rendu de nouvelles décisions, ce qui a conduit le Tribunal administratif à classer ces procédures comme étant devenues sans objet. Comme le soulignent Lukas Schaub, Giannina Spescha et Karl-Marc Wyss, en procédant ainsi, le Tribunal administratif ne se prononce pas sur la pratique litigieuse dans le canton de Zurich, aucun recours n'est possible au Tribunal fédéral pour clarifier la situation et d'autres recours administratifs sont nécessaires tant que la pratique cantonale litigieuse ne change pas²².

Parmi les différents arrêts cantonaux précités, le DFJP a interjeté deux recours au Tribunal fédéral²³. Dans ces deux décisions cantonales contestées par le DFJP, le Tribunal administratif avait décidé de mettre une partie des frais judiciaires à la charge de cette autorité. Dans deux arrêts²⁴, le Tribunal fédéral a admis le recours du DFJP, annulé le chiffre du dispositif des décisions du Tribunal administratif concernant les frais de procédure de première instance et mis ceux-ci à la charge des sociétés d'avocats et de la Commission. Le Tribunal fédéral a retenu que l'objectif de surveillance du recours des autorités fédérales est sérieusement compromis si le droit de procédure cantonal est interprété et appliqué de telle manière que les frais judiciaires puissent, sauf exception, être mis à la charge de l'autorité fédérale²⁵. En effet, selon lui, une autorité fédérale qui assure sa fonction spéciale de surveillance prévue par la loi dans le cadre d'un recours, sans que son intérêt patrimonial ne soit en cause, ne doit pas se voir imputer les frais judiciaires cantonaux, sous réserve d'une exception au sens de l'art. 66 al. 4 LTF.

Cette jurisprudence du Tribunal fédéral doit être approuvée : les autorités qui s'acquittent de leurs tâches et obligations légales en recourant de bonne foi aux voies de droit afin de préserver l'intérêt public et la bonne application de la loi ne doivent pas avoir à payer des frais pour cela²⁶.

D. Mémento de juillet 2024

L'OFJ a publié un document dans lequel il indique que, dans le cadre de l'exercice de ses tâches de haute surveillance, il a pu constater que les autorités cantonales compétentes appliquent aujourd'hui l'art. 8 al. 1 let. d LLCA conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il conclut en indiquant qu'en vertu

20 Cf. *supra* N 3 ss.

21 Les réactions de ces avocats en cours de procédure démontrent bien qu'ils avaient conscience que l'organisation de leurs études n'était pas conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

22 SCHAUB/SPESCHA/WYSS, 664.

23 ATF 148 II 369, JdT 2023 I 100; TF, arrêt du 15.7.2022, 2C_1041/2020.

24 Dont un est publié aux ATF et a fait l'objet d'une procédure de coordination de la jurisprudence en application de l'art. 23 al. 2 LTF.

25 ATF 148 II 369, c. 3, JdT 2023 I 100; TF, arrêt du 15.7.2022, 2C_1041/2020, c. 3.

26 Dans ce sens également : SCHAUB/SPESCHA/WYSS, 664; SPRECHER *et al.*, 641.

« du droit en vigueur, un avocat ne peut pas être inscrit au registre cantonal, s'il est employé d'une étude d'avocats constituée sous forme d'une personne morale et dont l'organisation juridique permet qu'un des associés détienne des droits de participation et/ou siège au conseil d'administration sans être inscrit au registre cantonal »²⁷.

IV. Admissibilité d'une société anonyme d'avocats et de conseils en brevets

A. Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich

- 22 Dans un arrêt du 21.3.2024, entré en force sans avoir été attaqué, le Tribunal administratif du canton de Zurich (ci-après : le Tribunal) s'est écarté d'une décision de la Commission en admettant des conseils en brevets indépendants au sens de l'art. 29 al. 1 de la loi fédérale du 20.3.2009 sur le Tribunal fédéral des brevets²⁸ dans l'actionnariat, le conseil d'administration et la direction d'une société anonyme d'avocats²⁹.
- 23 Il a relevé que la question de savoir s'il existe, outre les avocats inscrits au registre, d'autres groupes professionnels qui, en raison d'exigences comparables en matière d'indépendance, de protection du secret et de surveillance, pourraient entrer en ligne de compte comme employeurs d'un avocat inscrit au registre, n'a pas été abordée lors des débats parlementaires. La loi fédérale du 20.3.2009 sur les conseils en brevets³⁰ et la LTFB n'avaient pas encore été adoptées³¹.
- 24 Selon le Tribunal, il ressort d'une interprétation téléologique de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA que, pour préserver l'indépendance institutionnelle des employés d'une SA d'avocats, il faut se référer au statut professionnel des actionnaires et des administrateurs concernés. Or, si ces derniers sont soumis à des exigences équivalentes à celles des avocats inscrits en ce qui concerne le respect de leur indépendance et du secret professionnel, et s'ils sont soumis à une surveillance similaire de la part d'une autorité, l'objectif visé par l'art. 8 al. 1 let. d, 2^e phrase, LLCA, à savoir protéger les avocats salariés contre toute influence étrangère par des instructions ou la révélation de secrets, est pleinement atteint³². Le Tribunal en déduit également que le législateur n'a pas fondé sa conception de l'indépendance de l'avocat sur une approche formelle, mais sur une approche axée sur les risques³³.
- 25 Le Tribunal a ensuite retenu que les différences qui existent entre les conseils en brevets indépendants au sens de l'art. 29 LTFB et les avocats en ce qui concerne la surveillance de leur indépendance institutionnelle ne semblaient pas suffisamment importantes pour que l'on puisse conclure avec une certaine probabilité à l'absence d'indépendance des avocats employés par une société d'avocats contrôlée par de telles personnes sans procéder à des investigations approfondies.

27 OFJ.

28 RS 173.41 ; ci-après : LTFB.

29 TA ZU, arrêt du 21.3.2024, VB.2022.00753, reproduit en partie *in* sic ! 2024 669.

30 RS 935.62 ; ci-après : LCB.

31 TA ZU, arrêt du 21.3.2024, VB.2022.00753, c. 4.6.1.

32 TA ZU, arrêt du 21.3.2024, VB.2022.00753, c. 4.6.2.

33 TA ZU, arrêt du 21.3.2024, VB.2022.00753, c. 4.6.3.

dies³⁴. Ainsi, la présence de conseils en brevets, indépendants au sens de l'art.29 LTFB, dans l'actionnariat, le conseil d'administration ou la direction d'une SA d'avocats ne compromettrait pas l'indépendance des avocats salariés au sens de l'art.8 al.1 let.d LLCA³⁵.

Le Tribunal a par ailleurs clarifié dans quelle mesure une participation de conseils en brevets pourrait porter atteinte au secret professionnel selon l'art.13 LLCA. Il en a conclu qu'il n'était pas proportionné d'exclure de telles personnes du cercle des actionnaires ou du conseil d'administration d'une SA d'avocats, au regard de la liberté économique qui s'applique également à ces sociétés et compte tenu des différences seulement minimes dans le niveau de protection du secret professionnel des conseils en brevets (en particulier, ces derniers ne bénéficient pas du privilège des avocats de ne pas être tenus de divulguer des faits qui leur ont été confiés, même après avoir été déliés du secret professionnel)³⁶³⁷.

Enfin, il a retenu que le fait que les conseils en brevets indépendants au sens de l'art.29 al.1 LTFB ne soient pas soumis à l'ensemble des règles professionnelles des avocats au sens de l'art.12 LLCA n'est pas de nature à porter directement atteinte à l'indépendance des avocats salariés au sens de l'art.8 al.1 let.d LLCA. Le Tribunal a toutefois constaté que la présence éventuelle de gérants d'une SA d'avocats, qui ne sont pas soumis à l'ensemble des règles professionnelles de l'avocat, comporte au moins un risque abstrait de donner des instructions, contraires aux règles, à l'attention des avocats employés. Selon lui, il semble donc indiqué, sous l'angle des règles professionnelles, de limiter à cet égard le droit de ces personnes de donner des instructions aux avocats par des dispositions statutaires, réglementaires et contractuelles appropriées³⁸.

B. Quelques réflexions personnelles

1. Lorsque le non-avocat est un autre professionnel

Contrairement à la critique que nous avons formulée concernant la décision de la Commission de 2018, qui s'écarte de l'ATF 144 II 147 sans exposer de raisons objectives et sérieuses³⁹, nous estimons que la situation est différente en ce qui concerne l'arrêt du Tribunal administratif résumé plus haut. Dans son arrêt, le Tribunal administratif a en effet relevé à juste titre que le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur l'admissibilité de la participation ou de la présence d'autres professionnels inscrits et surveillés en Suisse⁴⁰. En effet, dans l'ATF 144 II 147, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur l'indépendance institutionnelle de deux avocats employés par une SA d'avocats dont l'organisation permettait à une minorité de personnes non définies, non inscrites au registre cantonal des avocats, d'y participer et de siéger à son conseil d'administration. La

34 TA ZU, arrêt du 21.3.2024, VB.2022.00753, c.5.5.3.

35 TA ZU, arrêt du 21.3.2024, VB.2022.00753, c.5.6.

36 Art.13 al.1, 2^e phrase, LLCA.

37 TA ZU, arrêt du 21.3.2024, VB.2022.00753, c.5.7.

38 TA ZU, arrêt du 21.3.2024, VB.2022.00753, c.5.8.

39 Cf. *supra* N 9 ss.

40 TA ZU, arrêt du 21.3.2024, VB.2022.00753, c.4.5.3.

question que le Tribunal administratif devait trancher n'avait pas été examinée dans l'ATF 144 II 147, ce qui permettait de s'en écarter.

2. Conception de l'indépendance axée sur les risques

29 Avant d'examiner la question de savoir si les conseils en brevets indépendants au sens de l'art. 29 al. 1 LTFB sont soumis à des exigences équivalentes à celles des avocats inscrits, comme le retient le Tribunal administratif, un obstacle doit être surmonté: le libellé de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA. Ce dernier précise en effet que pour être inscrit au registre, l'avocat doit être en mesure de pratiquer en toute indépendance, ajoutant «qu'il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal». La thèse du Tribunal administratif, qui soutient que le législateur n'a pas fondé sa conception de l'indépendance de l'avocat sur une approche formelle, mais sur une approche axée sur les risques, est-elle défendable?

30 Selon nous, le libellé de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, qui se réfère implicitement à un registre cantonal «des avocats», ne laisse aucune marge de manœuvre pour admettre qu'une société d'avocats puisse être contrôlée par des conseils en brevets, fussent-ils réglementés ou surveillés. La thèse défendue par le Tribunal administratif, selon laquelle le législateur a fondé sa conception de l'indépendance de l'avocat sur une approche axée sur les risques, est séduisante, mais elle n'est nullement démontrée⁴¹. Elle ne peut en tout cas pas être déduite de l'art. 8 al. 2 LLCA, qui règle une autre question. Dans une analyse de l'ATF 144 II 147, Benoît Chappuis et le soussigné avaient écarté l'approche retenue par le Tribunal dans cet arrêt, en écrivant ce qui suit: «On ne peut [...] pas reprocher au Tribunal fédéral de ne pas baser son raisonnement sur une approche fondée sur les risques; quand bien même elle serait plus pertinente ou plus moderne, elle ne trouve aucun appui dans la LLCA»⁴². L'auteur de ces lignes avait également constaté qu'une réglementation basée sur les risques avait été adoptée dans certains pays où des sociétés d'avocats avaient été admises sans aucun seuil en ce qui concerne la participation et la gestion du cabinet par des non-avocats⁴³. Ces réglementations sont toutefois plus récentes que la LLCA et ont été adoptées en toute connaissance de cause. Selon nous, le juge doit s'en tenir au texte de la loi, même s'il est imparfait⁴⁴.

41 On soulignera que le Tribunal se trompe lorsqu'il affirme, au c. 4.6.3 de son arrêt, que le sous-signé préconise une interprétation de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA orientée sur les risques. Le passage cité par le Tribunal fait partie du chapitre 18 de l'ouvrage du soussigné, qui présente et examine le projet de loi fédérale sur la profession d'avocat de 2012 préparé par la FSA. Il ne s'agit donc pas d'une discussion du droit en vigueur.

42 CHAPPUIS/GURTNER, N 484.

43 GURTNER, La réglementation, 220-222.

44 Une solution serait p. ex. de modifier la deuxième phrase de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA comme suit: «[l'avocat] ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal (des avocats) ou par des professionnels réglementés et surveillés de manière équivalente».

3. Examen de l'équivalence des règles

a. Concernant le secret professionnel

Sur le plan du secret professionnel, le résultat auquel parvient cette autorité n'est pas critiquable. Les conseils en brevets sont en effet tenus au secret professionnel en vertu des art.10 LCBBr et 321 CP. Certes, les art.13 LLCA et 10 LCBBr diffèrent en ce sens que les conseils en brevets ne bénéficient pas du privilège accordé aux avocats à l'art.13 al.1, 2^e phrase, LLCA. Selon nous, cette différence n'est pas fondamentale. Rappelons que le fait d'accorder à l'avocat le privilège d'être le seul maître du secret n'a pas fait l'unanimité lors des débats parlementaires, et que cette règle n'est pas toujours dans l'intérêt exclusif du client⁴⁵.

31

b. Concernant l'indépendance

Il est difficile d'affirmer que les art.29 al.1 LTFB et 8 al.1 let.d LLCA sont équivalents⁴⁶. L'art.29 al.1 LTFB exige d'un conseil en brevets, au sens de l'art.2 LCBBr, qu'il exerce sa profession en toute indépendance pour représenter une partie devant le Tribunal fédéral des brevets. Le règlement du 28.9.2011 de ce Tribunal⁴⁷ prévoit que la Commission administrative de cette autorité est compétente pour autoriser des conseils en brevets à représenter les parties, conformément à l'art.29 al.1 LTFB, et pour tenir un registre correspondant (art.4 al.1 let.b RTFB). L'art.29 al.1 LTFB ne s'applique qu'aux conseils en brevets, qui représentent une partie devant cette autorité, et non à l'ensemble des conseils en brevets au sens de la LCBBr. Le Message de cette loi confirme en effet que la LCBBr ne prévoit «pas de conditions personnelles pour l'exercice de la profession de conseil en brevets, ni de règles professionnelles»⁴⁸. Ce constat est loin d'être anodin et la LTFB n'a pas pour vocation de combler cette lacune. Le Message relatif à la LTFB précise qu'à «la différence des avocats qui doivent fournir la preuve de leur indépendance pour être inscrits dans le registre cantonal conformément à l'art.8 [LLCA], les conseils en brevets n'ont pas besoin d'apporter la preuve de leur indépendance pour être inscrits au registre des conseils en brevet (art.12 LCBBr)»⁴⁹.

32

Il convient également de relever qu'aucune loi n'exige que les conseils en brevets soient indépendants au niveau matériel, comme le requiert l'art.12 let.b LLCA pour l'ensemble de l'activité professionnelle des avocats. Le non-respect de l'art.29 al.1 LTFB aura ainsi pour conséquence que le conseil en brevets ne pourra plus représenter de parties devant ce Tribunal. Cette situation est sans comparaison avec celle de l'avocat: s'il n'est plus indépendant, il est radié du registre (art.9 LLCA) et risque une sanction disciplinaire (art.12 let.b LLCA). Force est ainsi de constater que le niveau de protection de l'indépendance des avocats est considérablement plus élevé que celui des conseils en brevets.

33

45 GURTNER, La réglementation, 257-262.

46 Soutenant une telle équivalence: MARITZ/BACHMANN/ENZ, 552.

47 RTFB; RS 173.413.1.

48 FF 2008 336.

49 FF 2008 403.

34 Il est intéressant de relever que dans son rapport du 5.2.2024 adressé au Tribunal administratif, la Commission administrative du Tribunal fédéral des brevets précise que l'indépendance des conseils en brevets n'est pas affectée par le fait qu'ils sont associés ou employés d'un cabinet d'avocats dont l'organe de direction comprend des conseils en brevets et des avocats⁵⁰. Elle ajoute que l'ATF 138 II 440 (à notre sens, elle pensait plutôt à l'ATF 144 II 147) n'est donc pas appliqué tel quel à l'indépendance des conseils en brevets. Elle explique que cette pratique divergente repose sur le fait que les avocats doivent remplir au moins les mêmes exigences d'indépendance que les conseils en brevets. Selon nous, la position de la Commission administrative est tout à fait défendable. La question est en revanche beaucoup plus délicate pour les avocats, car leurs règles en matière d'indépendance sont plus strictes que celles qui s'appliquent aux conseils en brevets, comme nous l'avons vu précédemment.

c. Concernant la surveillance

35 Dans son rapport du 5.2.2024, la Commission administrative du Tribunal fédéral des brevets explique que cette autorité n'exerce aucune surveillance sur les conseils en brevets et qu'elle n'est pas compétente pour surveiller activement les conseils en brevets inscrits au registre afin de vérifier, par exemple, qu'ils n'ont pas de conflits d'intérêts.

36 La surveillance des conseils en brevets est réglée à l'art. 13 al. 1 LCB^r, qui prévoit que si le comportement en affaires d'un conseil en brevets donne lieu à des plaintes, le DFJP peut, après avoir entendu le conseil en brevets : lui donner un avertissement (let. a) ; autoriser l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) à l'exclure, temporairement ou définitivement, de cette fonction (let. b). Cette disposition, qui ne figurait pas dans le projet du Conseil fédéral, a été ajoutée lors des travaux parlementaires à la suite d'une proposition de la Commission des affaires juridiques. Claude Janiak, conseiller aux Etats, s'est exprimé sur cette disposition, expliquant que la LCB^r n'est pas conçue comme la LLCA, car elle ne prévoit pas de règles professionnelles. Il ajoutait que si les conditions exigées pour être inscrit au registre sont remplies, elles ne peuvent plus être supprimées⁵¹. Cette disposition vise ainsi principalement à éviter cet écueil, à savoir qu'un conseil en brevets ne puisse plus être radié du registre.

37 Selon nous, la présentation qui est faite de l'art. 13 LCB^r au considérant 5.5.2 de l'arrêt du Tribunal administratif ne permet pas de savoir comment les conseils en brevets sont surveillés et quels comportements sont sanctionnés par cette disposition. Il ne semble en particulier pas qu'ils puissent être sanctionnés par le DFJP en raison d'un défaut d'indépendance matériel ou institutionnel (au sens de l'art. 29 al. 1 LTFB). De plus, le libellé de l'art. 13 al. 1 LCB^r laisse entendre que le DFJP ne peut intervenir que sur plainte, alors que les autorités de surveillance des avocats peuvent intervenir d'office⁵². On notera que les autorités judi-

50 TA ZU, arrêt du 21.3.2024, VB.2022.00753, c. III. D. Ce rapport, dont le soussigné a pu obtenir une copie, est très peu discuté dans l'arrêt du Tribunal administratif.

51 BO 2008 E 735.

52 CHAPPUIS/GURTNER, N 1138.

ciaires et administratives ont également un devoir de dénoncer les avocats (art.15 LLCA).

En résumé, la surveillance des conseils en brevets aurait mérité une analyse plus poussée de la part du Tribunal administratif, qui aurait notamment pu requérir des informations complémentaires auprès du DFJP à ce sujet. Il est évident qu'une différence significative concernant la surveillance pourrait compromettre l'indépendance institutionnelle des avocats salariés. Rappelons que, dans une situation classique, c'est-à-dire dans le cas d'une étude détenue par des avocats, la surveillance doit garantir le respect de la LLCA, notamment des règles professionnelles de l'art.12. 38

4. Absence de recours du DFJP

Le DFJP a décidé de ne pas recourir au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Si l'ATF 144 II 147 est certes différent du cas d'espèce, en ce sens que les conseils en brevets sont réglementés et surveillés, l'arrêt du Tribunal administratif ne convainc pas sur tous les points et laisse plusieurs questions sans réponse. 39

5. Conclusions intermédiaires

Il n'est d'abord pas évident que l'interprétation très extensive de l'art.8 al.1 let.d LLCA, faite par le Tribunal administratif dans cet arrêt, soit partagée par le Tribunal fédéral⁵³. 40

Il est ensuite remarquable de relever que l'arrêt ne fixe aucune limite concernant le contrôle ou la participation des conseils en brevets dans une société d'avocats. A ce sujet, certains auteurs indiquent que si des agents en brevets sont les personnes déterminantes dans une société, il s'agit d'une société d'agents en brevets dans laquelle des avocats peuvent également participer et s'inscrire au registre des avocats⁵⁴. Selon nous, il n'est pas non plus évident que l'art.8 al.1 let.d LLCA autorise un avocat inscrit au registre à être employé d'une SA de conseils en brevets. Cette évolution, qui découle probablement de l'arrêt du Tribunal administratif, ne peut en tout cas pas être déduite de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, en particulier de l'ATF 144 II 147. 41

Nous avons également constaté que si les règles concernant le secret professionnel sont plus ou moins équivalentes⁵⁵, le niveau de protection de l'indépendance des avocats est considérablement plus élevé que celui des conseils en brevets⁵⁶. La surveillance des conseils en brevets soulève quant à elle de nombreuses questions qui n'ont pas été examinées par le Tribunal administratif. Dans ces conditions, il est très difficile de se prononcer sur une éventuelle équivalence au niveau de la surveillance⁵⁷. 42

Enfin, on peut se demander si la suggestion du Tribunal administratif, énoncée au considérant 5.8 de son arrêt, de limiter le droit des gérants d'une SA d'avo- 43

53 Cf. *supra* N 30.

54 MARITZ/BACHMANN/ENZ, 553.

55 Cf. *supra* N 31.

56 Cf. *supra* N 32 ss.

57 Cf. *supra* N 35 ss.

cats, non soumis aux règles professionnelles de l'avocat, de donner des instructions aux avocats par des dispositions statutaires, réglementaires et contractuelles appropriées, n'est pas la preuve que l'indépendance institutionnelle des avocats n'est pas garantie.

V. Conclusions

- 44 Ce tour d'horizon nous a permis de constater que la question des sociétés multidisciplinaires d'avocats est loin d'être réglée. Après un bref rappel de l'ATF 144 II 147 et de la décision de la Commission de mai 2018, nous avons discuté du respect de la jurisprudence du Tribunal fédéral par les autorités inférieures. Nous avons ensuite mis en évidence les tâches de haute surveillance exercées par l'OFJ dans le domaine du droit de l'avocat, ainsi que les recours interjetés par le DFJP en 2020 et 2021, afin d'assurer le respect de l'ATF 144 II 147. Enfin, comme nous l'avons vu, l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich de 2024, qui admet pour la première fois en Suisse des conseils en brevets indépendants au sens de l'art. 29 LTFB dans l'actionnariat, le conseil d'administration ou la direction d'une SA d'avocats, ne convainc pas sur tous les points et laisse plusieurs questions sans réponse. Dans un certain sens, on peut regretter que l'OFJ n'ait pas décidé de porter cette affaire devant le Tribunal fédéral pour clarifier toutes ces questions.