

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/330/2016-PROF

ATA/848/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 octobre 2016

dans la cause

A_____

représentée par Me Michel Valticos, avocat

contre

COMMISSION DU BARREAU

EN FAIT

- 1) Par courrier du 12 novembre 2015, Messieurs B_____ et C_____, avocats inscrits au barreau de Zurich et membres du conseil d'administration de l'Étude A_____ (ci-après : l'Étude), ont sollicité de la commission du barreau de Genève (ci-après : la commission) l'agrément pour l'exercice de la profession d'avocat sous la forme d'une société de capitaux, ce pour Mes D_____, E_____, F_____, G_____, H_____, I_____ et J_____, de même que pour tout futur avocat qui rejoindrait le bureau genevois de l'Étude.

L'Étude était organisée sous la forme d'une société anonyme dont le siège était à Zurich. L'inscription d'une succursale genevoise devait avoir lieu prochainement, un nouveau bureau ouvrant à Genève en janvier 2016.

Il était précisé que les statuts de l'Étude disposaient qu'au minimum trois quarts des associés devaient être avocats inscrits à l'un des barreaux cantonaux. Actuellement, un seul des trente-neuf associés de l'Étude, expert fiscal diplômé, n'était pas inscrit à un barreau cantonal.

Étaient produits les statuts de l'étude, le contrat d'associés, le règlement d'organisation, un modèle de contrat de travail pour avocat associé et un pour avocat collaborateur.

- 2) Il ressort tant du contrat d'associés que des statuts, que les avocats inscrits en Suisse devaient représenter au moins trois quarts des associés ; cette proportion était valable non seulement pour les voix attribuées aux actions mais également pour les voix dans la société (art. 21 du contrat ; art. 8 des statuts). Les membres du conseil d'administration devaient être actionnaires et majoritairement des avocats inscrits (art. 10 des statuts). Chaque associé ou membre du conseil d'administration pouvait demander des renseignements sur toutes les affaires concernant la société (art. 5.1 du contrat ; art. 12 des statuts). Dans le cadre prévu par la loi, la gestion des mandats de conseil juridique et de représentation ne pouvait être assumée que par les avocats inscrits dans un registre cantonal. Les avocats non inscrits, tout comme les associés ou les personnes chargées de la gestion de l'entreprise, non titulaires du brevet d'avocat, n'étaient pas habilités à donner des instructions dans de tels mandats (art. 8 du règlement).
- 3) Par courriel du 4 décembre 2015, M. B_____ a produit une décision du 12 janvier 2015 de la commission de surveillance des avocats du canton de Bâle-Ville approuvant le maintien dans le registre des avocats inscrits et exerçant au sein du bureau bâlois de l'Étude.

- 4) Par décision du 14 décembre 2015, la commission a rejeté la demande d'agrément déposée par MM. B_____ et C_____ en vue de l'exercice de la profession d'avocat de Mes D_____, E_____, F_____, G_____, H_____, I_____ et J_____ au sein de la succursale genevoise de l'Étude.

Face à l'absence d'une réglementation claire, la commission était amenée à revoir régulièrement les conditions d'exercice de l'activité au sein d'une société de capitaux. Si elle s'était référée jusqu'alors à une jurisprudence cantonale, l'examen des différentes requêtes avait toutefois mis en lumière un certain nombre de difficultés. En tenant compte d'un arrêt plus récent du Tribunal fédéral, elle relevait que la présence à côté d'avocats inscrits à un registre d'avocats suisse de personnes tierces consacrait l'association multidisciplinaire et se heurtait ainsi à l'interdiction faite aux avocats de s'associer avec des tiers non avocats.

L'exercice de la profession d'avocat, sous le couvert d'une personne morale, ne pouvait être ouvert à des personnes non inscrites à un registre d'avocats suisse et seule une société dont le capital social était intégralement détenu en tout temps par des avocats inscrits dans un registre cantonal permettait le respect des principes cardinaux de l'indépendance et du secret professionnel.

En l'occurrence, il ressortait des statuts que trois quarts des associés au moins devaient être des avocats inscrits à un registre des avocats en Suisse. Actuellement, un associé, expert fiscal diplômé, n'était pas inscrit à un registre cantonal des avocats. Bien que cet associé, non inscrit, pratiquât à Zurich et non à Genève, cela n'était pas déterminant dans la mesure où il participait à la formation de la volonté sociale.

Dans ces conditions, l'exercice de la profession par des avocats inscrits au registre genevois au sein d'une succursale de l'Étude ne permettait pas le respect des conditions légales.

- 5) Par acte expédié le 1^{er} février 2016 au greffe de la chambre administrative, A_____ a formé recours contre cette décision, concluant à son annulation et à ce que l'agrément soit accordé, permettant aux avocats genevois de l'Étude d'être inscrits à ce titre au registre cantonal des avocats.

La décision violait la loi. Elle limitait la faculté d'organiser librement une activité économique, ne reposait sur aucun intérêt public prépondérant et ne respectait pas le principe de proportionnalité. L'Étude était en effet disposée à amender ses statuts de telle manière que, d'une part, les avocats inscrits dans un registre cantonal disposeraient de 90 % de voix attribuées aux actions ou de 90 % des voix dans la société détenant les actions et, d'autre part, le conseil d'administration comprendrait au minimum 90 % des avocats inscrits dans un registre cantonal.

Par ailleurs, la décision lui interdisait tout accès au marché sans examiner si des restrictions, sous forme de charges ou de conditions – telles que de modifications statutaires –, soumises à des exigences accrues en matière de proportionnalité, pouvaient lui être imposées. De telles restrictions n'étaient possibles que si elles étaient indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et qu'elles répondaient au principe de la proportionnalité. Or, tel n'était pas le cas en l'espèce.

Enfin, à partir du moment où une autorité d'exécution cantonale compétente constatait que l'accès au marché d'une prestation de services concordait avec le droit fédéral, ou qu'elle concédait l'accès au marché, sa décision était valable dans toute la Suisse. Ainsi, la plupart des cantons suisses qui avaient dû se prononcer sur cette forme d'organisation pour des études d'avocats l'avaient expressément admise. La commission était dès lors tenue de respecter la décision prise par les autorités de ces cantons et ne pouvait réexaminer les questions de fond, en particulier la conformité de la structure au droit fédéral.

- 6) Dans ses observations du 3 mars 2016, la commission a conclu au rejet du recours, dans la mesure de sa recevabilité, et à la confirmation de sa décision du 14 décembre 2015.

Elle s'interrogeait sur la qualité pour recourir de A_____. Cette dernière n'était, d'une part, pas visée par la décision litigieuse et, d'autre part, n'avait pas qualité pour recourir contre celle-ci dès lors qu'un agrément ne pouvait lui être donné par la commission faute d'être un sujet de droit soumis à la loi applicable.

Elle avait été amenée à revoir les conditions posées à l'exercice de la profession au sein d'une société de capitaux et considérait que seules les sociétés de capitaux entièrement contrôlées par des avocats permettaient de satisfaire à l'exigence légale d'indépendance institutionnelle, de garantir le respect des règles professionnelles au sein même de la société ainsi que le strict respect du secret professionnel.

S'agissant de la liberté d'accès au marché, la décision de l'autorité de surveillance d'un autre canton donnant son agrément, contrairement à la commission, ne pouvait prévaloir. Si tel était le cas, une autorité cantonale qui aurait erré dans l'application d'une règle fédérale uniforme pourrait imposer sa décision dans l'ensemble de la Suisse. Ceci pourrait amener à des solutions aberrantes telles que, pour le cas particulier d'une étude d'avocats, l'enregistrement de cette étude dans un premier temps dans le canton ayant rendu la première décision erronée, même avec une présence symbolique dans ce canton à la seule fin de se faire enregistrer, au lieu principal de son activité, dans un autre canton, qui ne pourrait alors refuser cette inscription ou y imposer des charges dans le but de faire respecter la règle fédérale. Il était dès lors exclu d'appliquer une décision cantonale qui ne résultait ni de la loi ni de la jurisprudence du

Tribunal fédéral et qui n'avait pas tenu compte des intérêts publics prépondérants prévus par une loi fédérale. Sur cette base, la charge consistant à exiger que seuls les avocats pouvaient être actionnaires de la société de capitaux apparaissait conforme à un intérêt public prépondérant et pouvait par conséquent être imposée pour la pratique de la profession d'avocat sous la forme de société de capitaux.

- 7) Par réplique du 8 avril 2016, A_____ a persisté dans ses conclusions.
- 8) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.
- 9) Pour le surplus, les arguments des parties seront repris en tant que de besoin dans la partie en droit ci-dessous.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 – LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

- 2) La qualité pour recourir, est reconnue au destinataire d'une décision. Or, à la lecture de la décision rendue par l'autorité intimée, il est aisé de savoir qui en sont les destinataires, soit les avocats qui souhaitaient exercer leur profession au sein de la succursale genevoise de la société recourante. Il n'est ainsi pas certain que l'intéressée puisse recourir contre cette décision, n'étant pas directement visée par celle-ci. Au demeurant, elle ne peut faire valoir aucun droit propre à obtenir une telle décision.

La question de la qualité pour recourir de l'intéressée devant la chambre administrative, et ainsi la question de la recevabilité de son recours, peuvent en tout état de cause demeurer indécisées, vu ce qui suit.

- 3) a. Aux termes de l'art. 6 al. 1 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA – RS 935.61), 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. L'autorité de surveillance l'inscrit s'il remplit les conditions prévues aux art. 7 et 8 LLCA (art. 6 al. 2 LLCA). 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 (art. 8 al. 1 let. d LLCA).

L'art. 12 LLCA énonce 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 (let. b) et

éviter tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé (let. c).

Il est en outre soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession ; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers (art. 13 al. 1 1^{ère} phrase LLCA).

b. À teneur de l'art. 14 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPAv - E 6 10), la commission du barreau exerce à Genève les compétences dévolues à l'autorité de surveillance des avocats par la LLCA, ainsi que les compétences qui lui sont attribuées par la LPAv. L'avocat inscrit au registre ne peut s'associer ou avoir des locaux communs qu'avec des personnes exerçant la même activité professionnelle (art. 10 al. 1 1^{ère} phrase LPAv). 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, qui s'assure du respect des exigences du droit fédéral (art. 10 al. 2 LPAv).

c. Repris de l'art. 13 LLCA, l'art. 12 al. 1 LPAv prévoit que l'avocat est soumis au secret professionnel – également prévu par l'art. 321 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP – RS 311.0) et protégé notamment par les art. 171 et 264 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP – RS 312.0), l'art. 163 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC – RS 272) et l'art. 32 LPA – pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession ou dont il a connaissance dans l'exercice de celle-ci. Le secret professionnel subsiste également après les relations contractuelles de l'avocat et de son client, qu'elles aient cessé en raison de l'exécution du mandat, de sa résiliation ou pour d'autres motifs (art. 15 du Code suisse de déontologie FSA ; François BOHNET/Vincent MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, n. 1'818 p. 750 ; n. 1'845 p. 759 ; n. 1'913-1'914 p. 780 et 781 et les références citées).

Le secret professionnel reconnu à l'avocat constitue une exception fondamentale dans l'ordre juridique suisse. En ce qu'il est absolu, il donne en effet à l'avocat, contrairement à tout autre citoyen, la possibilité de refuser de renseigner les autorités, que ce soit par témoignage ou remise de documents. Lorsqu'il concerne une procédure judiciaire, le secret professionnel doit dans tous les cas être respecté, aucune restriction ne pouvant toucher « à l'essence même de la mission de défense qui (...) constitue le fondement du secret professionnel des avocats » (Benoît CHAPPUIS, Le secret de l'avocat – Quelques questions actuelles, Revue de l'avocat 2/2016, p. 55 et les références citées).

- 4) L'indépendance est un principe essentiel de la profession d'avocat (arrêt du Tribunal fédéral 2C_889/2008 du 21 juillet 2009 consid. 3.1.2 ; ATA/600/2015 du 9 juin 2015 consid. 8b ; Benoît CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I,

2016, p. 92) ; elle est la clé de voûte de la pratique du barreau qui se repose sur les piliers de la profession que sont le secret professionnel, l'interdiction des conflits d'intérêts, la probité de l'avocat et la fidélité dans l'exécution du mandat (Vincent MARTENET/Christian BOVET/Pierre TERCIER [éd.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, n. 28 ad art. 8 LLCA ; François BOHNET/Vincent MARTENET, op. cit., n. 1301 p. 545.

L'indépendance comme condition de l'inscription (art. 8 al. 1 let. d LLCA) est dite institutionnelle : l'avocat doit s'organiser de manière à pouvoir exercer son activité de façon indépendante. L'art. 12 let. b LLCA énonce la règle de l'indépendance matérielle, selon laquelle l'avocat doit veiller, dans chaque affaire qui lui est confiée, à exercer son activité de manière indépendante, en évitant notamment tout conflit d'intérêts (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_560/2015 du 11 janvier 2016 consid. 3.1 ; 2C_433/2013 du 6 décembre 2013 consid. 3 non publié in ATF 140 II 102 ; ATF 138 II 440 consid. 3 = JdT 2013 I 135). La notion d'indépendance forme un tout, même si elle a été traitée dans la loi dans deux dispositions différentes (ATA/111/2008 du 11 mars 2008 ; François BOHNET/Vincent MARTENET, op. cit. p. 278 n. 627).

L'indépendance institutionnelle, au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, doit garantir que l'avocat puisse se consacrer entièrement à la défense des intérêts de ses clients, sans être influencé par des circonstances étrangères à la cause. Il en va de la confiance du public dans la profession (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_433/2013 précité consid. 3 non publié in ATF 140 II 102; ATF 138 II 440 consid. 5 = JdT 2013 I 135).

Le fait que la condition de l'indépendance institutionnelle, qui doit exister préalablement à l'inscription, soit doublée de la règle professionnelle de l'indépendance, qui s'impose à l'avocat inscrit, a pour conséquence de réduire quelque peu les exigences relatives à la première : il n'est pas nécessaire pour être inscrit que toute atteinte à l'indépendance soit d'entrée de cause exclue ; 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'indépendance (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_433/2013 précité consid. 3 non publié in ATF 140 II 102 ; ATF 138 II 440 consid. 3 = JdT 2013 I 135 ; 130 II 87 consid. 5.2 5 = JdT 2013 I 135).

Faire dépendre l'inscription de l'indépendance institutionnelle constitue une limitation de la liberté économique (art. 27 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101), laquelle vaut aussi pour l'activité d'avocat soumise au monopole. Pour cette raison aussi, il n'y a pas lieu d'étendre les exigences relatives à l'indépendance institutionnelle au-delà de ce qui est nécessaire (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_433/2013 précité consid. 3 non publié in ATF 140 II 102 ; ATF 138 II 440 consid. 4 = JdT 2013 I 135).

5) Sous l'angle de l'indépendance institutionnelle, le Tribunal fédéral distingue deux situations : d'une part, celle de l'avocat qui pratique ce métier à côté d'une activité salariée et, d'autre part, celle de l'avocat qui exerce sa profession comme employé (ATF 140 II 102 consid. 4). Seule la deuxième situation sera ici discutée, l'objet du présent litige ayant trait à la problématique de l'indépendance d'un avocat employé au sein d'une personne morale.

a. Dans le cadre de rapports de travail (art. 319 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 - Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220), l'avocat qui est l'employé d'une étude doit, conformément à ses obligations contractuelles (art. 321a CO: devoir de diligence et de fidélité), sauvegarder les intérêts de son employeur, ainsi que des clients de ce dernier. Il se trouve dans une relation de subordination vis-à-vis de son employeur et est en principe tenu d'observer les directives et instructions particulières de celui-ci (cf. art. 321d CO), pour autant qu'elles n'entrent pas en conflit avec les règles professionnelles que l'avocat doit respecter, notamment l'exigence d'indépendance de l'art. 12 let. b LLCA (ATF 140 II 102 consid. 4.2.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5C.116/2005 du 29 novembre 2005 consid. 3.3.3). Il peut même sembler approprié que l'avocat employeur donne des instructions à son collaborateur, lorsqu'il dispose d'une plus grande expérience que ce dernier et que c'est pour cette raison que le client lui a confié le mandat (Walter FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2010, n. 282).

b. Ainsi, l'avocat salarié n'est pas seulement censé dépendre de son employeur, mais il est par définition dans une relation de subordination vis-à-vis de lui. La règle de l'art. 8 al. 1 let. d 2^{ème} phrase LLCA prend ici tout son sens: en exigeant que l'employeur de l'avocat requérant son inscription soit lui-même inscrit dans un registre cantonal, elle fait en sorte que le premier étant soumis à la LLCA et à la surveillance disciplinaire, il ne mésuse pas de sa position hiérarchique pour influencer son collaborateur dans un sens contraire aux intérêts du client. En vertu de la LLCA, l'employeur de l'avocat est en particulier tenu de résilier le mandat en cas de conflit d'intérêts. C'est ainsi le statut de son employeur qui garantit l'indépendance de l'avocat employé (ATF 140 II 102 consid. 4.2.1 ; 138 II 440 consid. 7 = JdT 2013 I 135).

6) L'art. 8 al. 1 let. d 2^{ème} phrase LLCA envisage le cas où l'avocat salarié est employé par une étude organisée sous la forme traditionnelle d'une entreprise individuelle ou d'une société de personnes, dont respectivement l'exploitant et les associés sont eux-mêmes inscrits au registre des avocats.

Une évolution plus récente a conduit à ce que des avocats s'associent pour la pratique du barreau, en constituant une personne morale dont ils sont les employés.

a. Cette situation a d'abord fait l'objet de deux arrêts rendus par l'ancien Tribunal administratif (ATA/201/2008 du 29 avril 2008 et ATA/111/2008 du 11 mars 2008), dont la chambre de céans a repris les attributions au 1^{er} janvier 2011. Dans ces arrêts, le Tribunal administratif a considéré que l'ancienne teneur de l'art. 10 al. 2 LPAV ne respectait pas le principe de la primauté du droit fédéral et était contraire à la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI – RS 943.02) ainsi qu'à la LLCA.

Selon lesdits arrêts, une société anonyme d'avocats était apte à garantir l'indépendance de ceux-ci, au sens des art. 8 et 12 LLCA, pour autant que les avocats inscrits constituent la majorité des voix, tant au sein de l'assemblée générale qu'au sein du conseil d'administration. Aucune décision ne pouvait être prise par une majorité de personnes qui ne soit pas inscrite à un registre cantonal d'avocats. Dans tous les cas, la société de capitaux devait adopter la forme d'une personne morale de droit suisse.

À la suite de ces arrêts, la LPAV a été modifiée par le Grand Conseil. Son ancien art. 10 al. 2, qui prévoyait que l'association d'avocats ne pouvait revêtir la forme de société de capitaux, a été amendé et a, depuis lors, la teneur actuelle citée ci-dessus.

b. Dans un arrêt du 12 janvier 2010 (ATA/14/2010), l'ancien Tribunal administratif a admis un recours contre une décision faisant interdiction à un avocat de déployer son activité sous le couvert d'une société de capitaux, car il en était le seul actionnaire et le seul administrateur. Se référant aux ATA/201/2008 et ATA/111/2008 précités, il a considéré que lorsqu'une société de capitaux a, pour actionnaire et administrateur unique, un avocat inscrit au registre, la qualité de l'indépendance n'apparaissait pas être atteinte, mais au contraire renforcée par rapport aux études constituées en sociétés de capitaux dont une partie de l'actionnariat, voire des administrateurs, n'était pas inscrite dans ce registre (ATA/14/2010 précité consid. 3a).

c. Le Tribunal fédéral a ensuite eu l'occasion de se pencher sur la question, rendant un arrêt de principe le 7 septembre 2012 (ATF 138 II 440 = JdT 2013 I 135).

Dans cette affaire, il s'agissait de onze avocats associés au sein d'un bureau de Saint-Gall, qui envisageaient de poursuivre leur activité en intégrant une étude dont le support juridique était une société anonyme de droit suisse. Ces avocats demandaient qu'il soit constaté qu'ils pouvaient demeurer inscrits au registre cantonal avec cette nouvelle organisation.

Le Tribunal fédéral a fait droit à cette conclusion, en considérant que la question de l'indépendance requise ne devait pas dépendre de la forme juridique adoptée, mais de l'organisation mise en place dans le cas concret. Le choix de la

société anonyme ou d'une autre forme juridique comme support d'une étude d'avocats n'empêchait pas les avocats concernés de se faire inscrire dans un registre cantonal – même si la personne morale n'y figurait pas elle-même – pour autant que leur indépendance soit garantie de la même manière que s'ils étaient engagés par des avocats inscrits. Lorsque la société anonyme était entièrement contrôlée par des avocats inscrits, les garanties sous l'angle de l'indépendance institutionnelle étaient les mêmes que lorsqu'un avocat était engagé par un autre avocat lui-même inscrit. En l'occurrence, la société anonyme était et resterait entièrement contrôlée par des avocats inscrits dans un registre cantonal: seuls des avocats inscrits pouvaient devenir associés et les actions étaient soumises à des restrictions de transmissibilité ; le conseil d'administration était composé uniquement d'actionnaires ; outre le but de la société, les statuts ainsi qu'une convention d'actionnaires garantissaient que la direction de celle-ci soit assurée par des avocats inscrits. Dans ces conditions, les exigences d'indépendance posées par l'art. 8 al. 1 let. d LLCA étaient satisfaites (ATF 138 II 440 consid. 17, 18, 22 et 23 = JdT 2013 I 135).

Cette disposition n'exclut pas d'emblée les sociétés d'avocats pour autant que ces dernières ne soient pas exposées à des influences extérieures ou à des dépendances propres à entraver la défense des intérêts de leurs clients (Christian REISER, La société anonyme d'avocat, sismologie d'une rupture, in Regards de marathoniens sur le droit suisse, 2015, p. 539).

Sous l'angle du rôle des réviseurs et contrôleurs spéciaux, le Tribunal fédéral a considéré que les sociétés d'avocats avec personnalité ne pouvaient pas être tenues pour interdites simplement parce que dans ces organisations, le secret professionnel nécessitait éventuellement certains accommodements. En raison du strict devoir de confidentialité des réviseurs et contrôleurs spéciaux, on ne pouvait retenir que le choix de constituer une société avec personnalité compromette sérieusement le secret nécessaire à l'exercice de la profession d'avocat (ATF 138 II 440 consid. 21 = JdT 2013 I 135).

Le Tribunal fédéral ne s'est en revanche pas prononcé sur la question de savoir si et, le cas échéant, à quelles conditions le fait que des personnes autres que des avocats inscrits détiennent des droits de participation dans la personne morale (dont l'activité pouvait être pluridisciplinaire, « Multidisciplinary Partnership ») était conciliable avec la règle d'indépendance de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA (ATF 138 II 440 consid. 23 = JdT 2013 I 135).

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

détenu en tout temps par des avocats inscrits dans un registre cantonal permettait le respect des principes cardinaux de l'indépendance et du secret professionnel.

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

Tant le contrat d'associés que les statuts octroient aux parties au contrat de même qu'aux membres du conseil d'administration le droit d'obtenir des informations sur toutes les affaires de la société recourante (art. 5.1 du contrat et art. 12 des statuts). Le règlement d'organisation en fixe les modalités (art. 3.6 du règlement).

Il ressort du règlement d'organisation que des dispositions tendent expressément à limiter l'influence des associés non inscrits ou non titulaires du brevet d'avocat dans la gestion des mandats réservés aux avocats inscrits, en ne les autorisant pas à donner des instructions et en affirmant que les règles professionnelles et déontologiques l'emportent (notamment art. 8 du règlement). Il ne les empêche toutefois pas de prendre connaissance ou d'obtenir des informations à cet égard.

Le conseil d'administration peut d'ailleurs modifier ce règlement d'organisation, aux conditions de quorum déterminées par ce dernier (art. 12 des statuts et art. 3.4 du règlement). Certes, le règlement ne prévoit une délibération valable que lorsque la majorité des membres du conseil d'administration, qui sont des avocats inscrits, sont présents. Il n'en demeure pas moins qu'un tel règlement constitue un document interne à la société, non opposable à des tiers.

Ainsi, l'associé non inscrit, de par sa qualité de partie au contrat d'associés et membre du conseil d'administration, bénéficie d'une position particulière, lui donnant accès à des informations couvertes par le secret professionnel de l'avocat quand bien même il ne pourra faire valoir la protection qui y est propre. En effet, il est difficilement concevable que sa position lui permette de se prévaloir d'une qualité d'auxiliaire de l'avocat, au sens de l'art. 321 al. 1 CP, si bien qu'il ne pourra pas faire valoir cette protection à l'égard de tiers, notamment à l'égard des autorités (autorités administratives, autorités de poursuite pénale, autorités politiques). Le seul fait qu'il soit expert fiscal diplômé, soumis aux devoirs de confidentialité de sa profession, n'est pas susceptible de garantir une protection suffisante, dans la mesure où il n'obtient pas les informations confidentielles en sa qualité d'expert fiscal mais bien en sa qualité de partie au contrat et membre du conseil d'administration.

La société recourante a voulu imposer au sein de sa structure des règles professionnelles équivalentes à celles du métier d'avocat, en astreignant les associés et les membres du conseil d'administration ou de la direction, non inscrits au registre cantonal, à respecter des règles conçues pour limiter leur influence dans les mandats réservés aux avocats et dans la prise de décision de la société. Les personnes concernées ne se trouvent toutefois pas dans la même situation que si elles étaient légalement tenues de les observer et, n'étant pas inscrites dans un registre cantonal, elles ne sont pas soumises à la surveillance disciplinaire d'une autorité (cantonale) suisse.

En définitive, et quelles que soient les mesures prises afin de limiter leur influence, l'existence même de ces personnes au sein de l'actionnariat, de la direction et/ou du conseil d'administration d'une société de capitaux fait obstacle à la certitude du respect du secret professionnel par ceux pouvant être désignés comme l'« employeur ».

Dans ces conditions, on ne saurait dire qu'une société anonyme d'avocats contrôlée par une majorité d'avocats inscrits, que ce soit à 75 % ou à 90 %, présente les mêmes garanties en termes d'indépendance que si la société était entièrement contrôlée par un ou plusieurs avocats inscrits dans un registre cantonal. Partant, la condition dont l'art. 8 al. 1 let. d 2^{ème} phrase LLCA fait dépendre l'inscription au registre d'un avocat salarié n'est pas remplie dans le cas d'espèce.

Au vu de ce qui précède, la commission n'a pas violé le droit en exigeant que la profession d'avocat soit exercée sous le couvert d'une personne morale contrôlée entièrement par un ou plusieurs avocats inscrits.

9) Il faut à présent examiner si le refus d'accorder l'agrément à la recourante dans les circonstances de l'espèce est conforme aux art. 2 al. 4 ainsi que 3 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02).

a. L'art. 2 al. 4 1^{ère} phrase LMI prescrit que toute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement et sous réserve de l'art. 3 LMI.

Il découle de l'art. 2 al. 4 1^{ère} phrase LMI qu'un avocat doit pouvoir s'établir dans un autre canton pour exercer sa profession conformément aux dispositions du canton de provenance. L'organisation de l'activité de l'avocat comprend en particulier la possibilité d'exercer sous la forme d'une personne morale.

Dans une décision du 5 octobre 2006, la commission de surveillance des avocats du canton de Zurich a déterminé dans quelle mesure les statuts d'une société anonyme d'avocats devaient être adaptés pour garantir l'indépendance de

ceux-ci au sens des articles 8 et 12 LLCA et a posé plusieurs principes. Les statuts de la société recourante sont conformes à ces principes et elle est autorisée en la forme d'une personne morale dans le canton de Zurich où se trouve son siège social. Elle devrait par conséquent être autorisée de la même manière dans le canton de Genève en application de l'art. 2 al. 4 LMI. Toutefois, l'agrément lui a été refusé parce que la société recourante n'était pas contrôlée entièrement par des avocats inscrits. Ce refus était basé sur l'art. 10 al. 2 LPAv et sur l'interprétation par la commission des art. 8, 12 et 13 LLCA. Dès lors, il convient d'examiner si un tel refus satisfait aux exigences de l'art. 3 LMI.

b. Selon l'art. 3 al. 1 LMI, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions, qui prennent la forme de charges ou de conditions, ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (let. a), sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (let. b) et répondent au principe de la proportionnalité (let. c). L'art. 3 al. 2 LMI précise les restrictions qui ne répondent pas au principe de la proportionnalité. Ce principe n'est notamment pas respecté lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance (let. a) ou lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance (let. d).

c. Le refus opposé à octroyer l'agrément requis se fonde sur l'art. 10 al. 2 LPAv qui impose la condition du respect des exigences du droit fédéral de manière identique aux avocats genevois et à ceux qui viennent d'un autre canton. Cette condition respecte donc l'art. 3 al. 1 let. a LMI.

d. Il faut aussi que la restriction soit indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants (art. 3 al. 1 let. b LMI), notion qui recoupe celle que la jurisprudence a dégagée en matière de restriction à la liberté économique (Message du Conseil fédéral du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la LMI, FF 2005 421, p. 441). L'intérêt public prépondérant est celui qui, par son importance, l'emporte sur les autres, ce qu'il faut établir grâce à une pesée des intérêts en présence (Vincent MARTENET/Christian BOVET/Pierre TERCIER [éd.], op. cit., n. 8 et 9 ad art. 3 LMI).

La commission fait valoir le souci de préserver l'indépendance des avocats, ainsi que la protection du secret professionnel. Il s'agit là de buts de police légitimes, dans la mesure où ils contribuent à la protection du public et à une bonne administration de la justice. Ainsi, et tel qu'il a déjà été développé ci-dessus, exiger de l'avocat l'exercice de son activité au sein d'une structure garantissant par les qualités de son employeur la certitude du respect du secret professionnel est un intérêt public qui doit ici être qualifié de prépondérant.

e. Les restrictions doivent, enfin, respecter le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c LMI). L'art. 3 al. 2 LMI énumère les restrictions ne répondant pas au principe de la proportionnalité. En tant qu'atteinte à la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst., toute restriction à la liberté d'accès au marché doit en outre respecter, de manière générale, le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.). L'observation de ce dernier doit donc aussi être examinée librement dans le cadre de la LMI.

Le principe de la proportionnalité exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts; ATF 142 I 76 consid. 3.5.1 et les arrêts cités).

En l'espèce, en considérant que la société de capitaux devait être entièrement contrôlée par des avocats inscrits, la commission n'a pas imposé une restriction disproportionnée. La condition imposée est apte à assurer l'indépendance de l'avocat et le respect du secret professionnel. Aucune mesure moins incisive ne peut être prise, dans la mesure où seuls les avocats inscrits sont légalement tenus au respect des règles professionnelles et peuvent se prévaloir de la protection qui leur est propre, notamment s'agissant du secret professionnel. Enfin, l'intérêt à garantir l'indépendance de l'avocat et l'efficacité de la protection du secret professionnel l'emporte sur l'intérêt des avocats à s'associer sous la forme d'une personne morale interprofessionnelle comprenant des tiers.

En conclusion, l'interprétation de la commission des art. 8, 12 et 13 LLCA ne viole pas le principe de proportionnalité et, par conséquent, le refus d'accorder l'agrément litigieux à la recourante sur la base de l'art. 10 al. 2 LPAv s'avère conforme à l'art. 3 LMI.

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 1^{er} février 2016 par A_____ contre la décision de la commission du barreau du 14 décembre 2015 ;

met un émolument de procédure de CHF 1'500.- à la charge de A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Michel Valticos, avocat de la recourante, à la commission du barreau, à la commission de la concurrence (COMCO), ainsi qu'à l'ordre des avocats.

Siégeants : M. Verniory, président, M. Thélin, Mme Junod, M. Dumartheray,
Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

OPINION SÉPARÉE

**(art. 119 Cst-GE et 28 al. 4 et 5 du règlement de la Cour de Justice – RCJ –
E 2 05.47)**

Il ne m'est pas possible de souscrire à l'opinion majoritaire de la chambre administrative dans la présente affaire.

En effet, indépendamment des problèmes liés à la LMI, qui me semblent plus sérieux que ne les décrit l'arrêt, deux points en particulier m'apparaissent critiquables.

Le premier concerne le revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt par rapport aux deux décisions de principe prises en 2008, et citées au consid. 6a (ATA/201/2008 du 29 avril 2008 et ATA/111/2008 du 11 mars 2008). À l'époque, le Tribunal administratif avait aligné la pratique genevoise sur celle des autorités zurichoises par rapport à la constitution d'un cabinet d'avocats (ATA/111/2008 précité consid. 6), estimant notamment que l'ouverture d'un tel cabinet sous forme de société anonyme était possible lorsqu'une clause statutaire prévoyait que toute décision devait être prise par une majorité d'avocats inscrits au registre, avec également une majorité pour toute décision prise au sein du conseil d'administration.

Or, depuis 2008, la seule circonstance ayant changé est l'art. 10 al. 2 LPAv, qui prévoit désormais que l'exercice du Barreau sous forme d'une société de capitaux doit faire l'objet d'une autorisation de la Commission du Barreau. Il s'agit typiquement d'une norme qui ne change pas le droit de fond. Quant à l'arrêt du Tribunal fédéral ayant censément provoqué un resserrement de la pratique, soit l'ATF 138 II 440, il confirme d'une part que la forme de la société de capitaux n'est pas en soi illicite, et il n'exige d'autre part pas que ladite société de capitaux soit intégralement entre les mains d'avocats inscrits au registre, se contentant de constater que tel était le cas en l'espèce et que cela ne pouvait donc poser de problèmes en termes d'indépendance de l'avocat (ATF 138 II 440 consid. 22 et 23) ; les dernières lignes de l'arrêt tel que publié dans le recueil officiel laissent d'ailleurs expressément ouverte la question du *Multidisciplinary Partnership*. La présente espèce montre par ailleurs que les autorités zurichoises n'ont pas été amenées à changer leur pratique suite à cet arrêt du Tribunal fédéral.

Dès lors, à mes yeux, les conditions d'un changement de jurisprudence (ATF 142 V 112 consid. 4.4 et les arrêts cités) n'étaient pas remplies, et il n'y avait ainsi pas lieu de revenir sur la jurisprudence rendue par le TA en 2008.

L'arrêt se focalise par ailleurs sur la question du respect du secret professionnel, qui ne serait pas assuré du fait qu'un associé ne soit pas avocat mais expert fiscal. Il est ainsi mentionné au consid. 8 qu'il serait pour cet associé « difficilement concevable » de se prévaloir d'une qualité d'auxiliaire de l'avocat. C'est là à mon sens méconnaître la portée de cette notion telle qu'elle se dégage de l'art. 321 CP. En effet, selon la doctrine pénale, l'auxiliaire n'est pas forcément un subordonné (ce qui résulte aussi du terme allemand *Hilfsperson*), mais peut être une personne tout à fait indépendante de celle soumise au secret, le seul fait

qu'elle aide ou assiste celle-ci dans son activité professionnelle étant suffisant ; sont ainsi fréquemment donnés comme exemples le conjoint du pasteur, ou encore le détective ou l'expert privé mandatés par un avocat (Günter STRATENWERTH/Felix BOMMER, *Strafrecht – Besonderer Teil II*, 7^e éd., 2013, § 61 n. 17 ; Stefan TRECHSEL/Mark PIETH [éd.], *Schweizerisches Stragesetzbuch – Praxiskommentar*, 2^e éd., 2013, n. 13 ad art. 321 CP ; Marcel Alexander NIGGLI/Hans WIPRÄCHTIGER [éd.], *Strafrecht II – Basler Kommentar*, 3^e éd., 2013, n. 10 ad art. 321 CP ; Michel DUPUIS et al., *Code pénal – Petit commentaire*, 2012, n. 19 s. ad art. 321 CP ; Andreas DONATSCH/Wolfgang WOHLERS, *Strafrecht IV*, 4^e éd., 2011, p. 565 ; Bernard CORBOZ, *Les principales infractions*, 3^e éd., 2010, n. 16 ad art. 321 CP). Dès lors, l'associé en cause doit également être considéré comme tenu au secret professionnel, ce qui est du reste dans son intérêt dès lors qu'il fait cause professionnelle et économique commune avec un groupe d'avocats.

Ainsi, à mon sens, l'inscription des avocats en cause ne posait pas de problème d'indépendance, étant rappelé que les avocats inscrits au registre constituaient 97 % de l'actionnariat et du conseil d'administration ; si bien que le recours aurait dû être admis.

On notera enfin que la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois a quant à elle admis un recours du même cabinet contre une décision parfaitement similaire de l'autorité vaudoise en date du 30 septembre 2016 (arrêt GE.2016.0036).