ATF 144 II 147 – TF, 15.12.2017, 2C_1054/2016 et 2C_1059/2016*

Le fait que des personnes autres que des avocats inscrits dans un registre cantonal détiennent des droits de participation dans une étude d'avocats, organisée sous forme de personne morale, ou siègent dans son conseil d'administration, n'est pas conciliable avec les garanties d'indépendance et de secret professionnel prévues dans la LLCA.

Faits

En 2008, une étude d'avocats zurichoise se voit autoriser la pratique de la profession d'avocat en étant organisée en société anonyme par la Commission de surveillance des avocats de Zurich.

En 2015, deux avocats de cette étude zurichoise, en leur qualité de membres du conseil d'administration, sollicitent de la Commission du barreau de Genève l'agrément pour l'exercice de la profession d'avocat sous forme d'une société de capitaux. À l'appui de leur requête, ils exposent que les statuts de l'étude prévoient qu'au minimum trois quarts des associés doivent être avocats inscrits à l'un des barreaux cantonaux. Au moment de la requête, un seul des trente-neuf associés de l'étude, expert fiscal diplômé, n'est pas inscrit à un registre cantonal d'avocats.

La Commission du barreau de Genève rejette la requête de l'étude zurichoise et cette décision est confirmée par la Cour de justice genevoise. L'étude recourt au Tribunal fédéral lequel est amené à déterminer si une étude d'avocats organisée en société anonyme et dont une partie de l'actionnariat n'est pas composée d'avocat remplit les exigence légales d'indépendance et de secret professionnel.

Droit

Le Tribunal fédéral commence par constater que les autorités genevoise et zurichoise ont pris des décisions contradictoires en application du même article de la LLCA (art. 8 al. 1 let. d). Prenant le contre-pied de la doctrine, il considère que l'art. 2 al. 6 LMI, selon lequel une décision cantonale prise en application du droit fédéral donnant accès à un marché s'impose aux autres cantons, ne trouve pas application en l'espèce. À l'appui de cette position, le

Tribunal fédéral estime que la liberté d'accès au marché de l'art. 2 al. 6 LMI est garantie à celui qui, à partir de son siège, veut offrir des marchandises ou des services dans d'autres cantons, mais pas à celui qui veut s'établir dans un autre canton. Le Tribunal fédéral considère donc que, lorsqu'est en jeu la liberté d'établissement garantie par la LLCA, c'est l'art. 2 al. 4 de la LMI qui s'applique. Aux termes de cette disposition, il incombe aux autorités du lieu de destination (en l'occurrence Genève) de contrôler le respect des dispositions légales applicables en vertu du premier établissement (en l'occurrence Zurich). Cependant, vu qu'en l'espèce les dispositions applicables sont fédérales (LLCA), ce sont les mêmes dispositions qui s'appliquent à Genève et à Zurich.

Le Tribunal fédéral procède donc à ce contrôle et se penche 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.

Cette question l'amène à faire état des trois grands courants doctrinaux qui se sont prononcés sur cette question : le premier courant 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, cette approche ayant été reprise dans un projet de loi fédérale sur la profession d'avocat qui est en discussion ; le deuxième courant critique cette approche consistant à mesurer l'influence décisionnelle des associés non inscrits et privilégie une approche fondée sur l'ensemble des circonstances pertinentes du cas d'espèce (pourcentage de la participation, rôle dans l'activité de la société, mécanismes statutaires et conventionnels mis en place, etc.) ; le troisième courant considère enfin 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.

Le Tribunal fédéral se rallie à cette troisième position expliquant d'abord que, tant qu'il n'est pas réformé, l'art. 8 al. 1 let. d LLCA pose clairement le principe selon lequel, pour être inscrit au registre, l'avocat ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal. Cette exigence garantit que l'employeur, étant 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 à la différence de l’avocat, le tiers non inscrit à un registre cantonal n’est soumis ni aux règles professionnelles, ni à la surveillance disciplinaire. C’est pour cette raison que le Tribunal fédéral considère que, 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’emploi.

Vu qu’en l’espèce l’étude zurichoise compte un associé (parmi 39) expert fiscal diplômé, non inscrit à un registre cantonal d’avocats, elle ne remplit pas l’exigence de l’art. 8 al. 1 let. d LLCA et ne saurait dès lors être inscrite dans un registre cantonal.

Le Tribunal fédéral rejette ainsi le recours de l’étude zurichoise.

Proposition de citation : Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui, L’organisation d’une étude d’avocats en société anonyme, in: https://lawinside.ch/569/