

LES SOCIÉTÉS D'AVOCATS ET L'INDÉPENDANCE STRUCTURELLE TRIBUNAL FÉDÉRAL, ARRÊT 2C_560/2015

BENOÎT CHAPPUIS

Avocat, professeur titulaire aux Universités de Genève et Fribourg

Mots-clés: indépendance, société d'avocats, activités typiques, liberté économique

Le Tribunal fédéral vient de rendre une décision en matière de société d'avocats qui apporte un jour partiellement nouveau sur la question. C'est l'absence de délimitation claire entre les activités d'un avocat, inscrit comme indépendant, et celles d'une société active dans le domaine de services successoraux lui appartenant qui a été jugée comme source de perte d'indépendance structurelle. Cette décision souligne une nouvelle fois que ce sont les données concrètes du cas d'espèce et non la ou les formes juridiques retenues par l'avocat qui sont déterminantes pour apprécier son indépendance.

I. Les faits

La société X GmbH a été créée le 31 octobre 2014. Son but consistait en la fourniture de services dans les domaines de l'exécution testamentaire, des dispositions anticipées, de la protection de l'adulte, de l'administration de successions, de la liquidation de successions et du conseil en matière successorale.

Me Y, avocat inscrit au registre cantonal de Lucerne, était l'associé et le gérant unique de la société. Me Y décrivait son propre domaine d'activité d'avocat indépendant d'une façon identique à celui qui ressortait des statuts de X GmbH.

L'autorité de surveillance de Lucerne requit de Me Y qu'il lui fournisse les statuts de X GmbH, le règlement d'organisation de cette dernière ainsi que tout autre document utile. L'autorité de surveillance entendait vérifier que les exigences d'inscription au registre cantonal étaient respectées. Après avoir constaté qu'il n'y avait pas de séparation claire entre les activités de la société et celles de l'avocat, l'autorité jugea que les exigences relatives à l'indépendance de l'avocat n'étaient pas respectées. En conséquence, elle fixa à la société un délai de trente jours pour qu'elle se mette en conformité. La société recourut contre cette décision devant l'autorité cantonale supérieure (*Kantonsgericht des Kantons Luzern*) et devant le Tribunal fédéral qui, tous deux, rejetèrent le recours qui leur fut soumis.

II. La décision

La question que le Tribunal fédéral avait à résoudre n'était pas celle devenue classique de l'indépendance d'un avo-

cat inscrit au registre et qui est en même temps employé d'une personne morale. Reprenant les principes dégagés dans sa jurisprudence antérieure, le Tribunal fédéral relève à cet égard que ce n'est pas la forme ou la structure juridique choisies par l'avocat pour exercer son métier qui est en elle-même déterminante pour juger du respect de l'exigence d'indépendance; c'est bien l'organisation concrètement mise en place qui est décisive.

La question à trancher consistait donc en l'appréciation du rôle que Me Y, avocat inscrit, jouait au sein d'une personne morale dont les activités étaient par nature identiques aux siennes. La similarité de ces activités et leur possible mélange faisaient naître des doutes sur la garantie d'indépendance.

Le Tribunal fédéral relève que le but statutaire de X GmbH était la fourniture de services dans le domaine de l'exécution testamentaire et les conseils en matière successorale. Ces activités n'entraient certes pas dans le monopole de l'avocat, de sorte que la société était en droit de les exercer. En revanche, elles devaient être tenues pour des activités professionnelles typiques de l'avocat. Cela signifiait que ce dernier, inscrit au registre, était soumis aux règles professionnelles de la LLCA lorsqu'il les accomplissait lui-même. Il en résultait qu'il devait pouvoir les pratiquer en toute indépendance, sans être soumis à l'influence de tiers non inscrits au registre.

Dans la mesure où les services proposés par X GmbH et par l'avocat étaient identiques, il devait exister une claire séparation entre celles de l'avocat – lorsqu'il agissait comme indépendant inscrit – et celles de la société. Or, en tant que gérant de X GmbH, Me Y avait un devoir de fidéli-

té envers elle (art. 812 al. 1 et 2 CO), même s'il n'en était ni son employé ni son mandataire. Cela impliquait que l'avocat devait avoir pris des dispositions claires, notamment quant aux locaux et à l'organisation du travail, pour garantir son indépendance, notamment quant à l'apparence créée aux yeux des tiers.¹ Constatant que tel n'était pas le cas, le Tribunal fédéral en a conclu que c'était à juste titre que l'autorité de surveillance avait considéré la structure mise en place comme impropre à assurer l'indépendance structurelle de l'avocat.²

III. Le commentaire

L'exigence de l'indépendance de l'avocat est tenue par le Tribunal fédéral pour être internationalement reconnue.³ Elle fut pourtant le point le plus controversé de la procédure de consultation qui mena à l'adoption de la LLCA.⁴ Il ne s'imposait en effet pas aux yeux de tous qu'il était indispensable qu'un avocat fût indépendant pour pouvoir mener ses tâches à bien. L'une des questions en jeu était celle de la restriction à la liberté économique que l'exigence d'indépendance représente. Finalement, cette dernière fut solidement ancrée dans la LLCA, aussi bien en tant que condition d'inscription (art. 8 al. 1 let. d LLCA) qu'en tant que règle professionnelle (art. 12 let. b LLCA).

Restait alors à définir les contours du concept d'indépendance, aussi large qu'imprécis. La mission en fut laissée à la jurisprudence, chargée d'arbitrer entre la protection des justiciables, que l'indépendance est censée assurer, et la liberté économique garantie à chaque citoyen.

C'est ainsi que l'art. 8 al. 1 let. d LLCA a donné matière à plusieurs arrêts du Tribunal fédéral qui ont contribué à cerner les contours de la notion d'indépendance de façon relativement précise. Schématiquement, les situations suivantes sont à distinguer:

- Si l'avocat exerce sa profession en qualité d'employé, il ne peut le faire que s'il est au service d'une personne elle-même inscrite à un registre cantonal (art. 8 al. 1 let. d, 2^e phrase LLCA). Cette exigence est respectée même si l'employeur est une personne morale, qui ne peut elle-même être inscrite, pour autant qu'elle soit en main et contrôlée par des personnes inscrites. L'indépendance structurelle ne dépend donc pas de la forme juridique dans laquelle l'avocat exerce sa profession, mais bien de la structure concrète de l'organisation dans laquelle il pratique.⁵ Autrement dit, la loi n'interdit pas l'exercice du métier sous la forme d'une personne morale; il est toutefois essentiel que les avocats qui en sont les employés ne soient pas dépendants de personnes non inscrites, en raison de la structure mise en place.
- Il ne suffit cependant pas que l'avocat employé dépende d'autres avocats. Encore faut-il que ces derniers soient inscrits dans un registre cantonal en Suisse et soumis à la surveillance instituée par la LLCA. Cette exigence ressort du texte de l'art. 8 al. 1 let. d, 2^e phrase LLCA qui mentionne expressément l'inscription de l'employeur à «un registre cantonal». Le texte de la loi est cependant imprécis, car les avocats UE/AELE ne sont pas inscrits à

un «registre» (art. 6 LLCA), mais bien à un «tableau» (art. 27 et 28 LLCA). Ils sont cependant soumis aux règles professionnelles de l'art. 12 LLCA, en application des art. 25 et 27 al. 2 LLCA. Ils doivent donc être reconnus comme des employeurs admis au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA et garants de l'indépendance de leurs employés.⁶ Ce n'est en revanche pas le cas des avocats étrangers hors UE/AELE, notamment américains.⁷ Cette conclusion n'est pas modifiée, même si les avocats étrangers établissent qu'ils sont eux-mêmes soumis dans leur pays à une surveillance stricte et comparable à celle instituée en Suisse. Seule l'inscription à un registre ou à un tableau cantonal suisse est déterminante.

- Il ne faut pas interpréter l'art. 8 al. 1 let. d LLCA de façon littérale, ce qui conduirait à l'interdiction de toute activité salariée pour un avocat indépendant, autre que celle accomplie pour un autre avocat inscrit. Le Tribunal fédéral a retenu que cet article devait être interprété de façon à ne pas empiéter de manière excessive sur la liberté économique garantie par la Constitution. Il résulte de cette lecture que l'avocat employé d'un tiers, auprès duquel il effectue des tâches qui ne relèvent pas de l'activité d'avocat (par exemple banque, assurance, etc.), peut exercer en parallèle son métier d'avocat à titre indépendant. Son statut d'employé fait cependant naître une présomption de dépendance, susceptible de faire obstacle à l'inscription au registre. L'avocat peut la renverser s'il démontre que son employeur n'exerce aucune influence sur la conduite de ses mandats d'avocat.⁸

Comme le Tribunal fédéral le souligne lui-même,⁹ l'intérêt de l'arrêt présentement analysé réside dans le fait qu'il ne

-
- 1 TF, 2C_560/2015, consid. 3.2 soulignant les concepts de «*independence in mind*» ou «*independence in appearance*». Cf. BOHNET/MARTENET, La profession d'avocat, Berne 2009, N 1351; BGFA-STAEHELIN/OETIKER in Fellmann/Zindel, art. 8 N 33.
 - 2 L'état de fait ressortant de l'arrêt du Tribunal fédéral, de même que de la décision de l'autorité cantonale, est assez succinct. S'il comporte quelques détails sur l'organisation mise en place et les mandats assumés par l'avocat, il ne permet malheureusement pas d'apprécier pleinement les raisons qui ont attiré l'attention de l'autorité de surveillance de Lucerne.
 - 3 ATF 130 II 87, consid. 4.1; 123 I 193, consid. 4a.
 - 4 Message du Conseil Fédéral LLCA (29 avril 1999), FF 1999 5349.
 - 5 ATF 138 II 440, consid. 17.
 - 6 BOHNET/MARTENET (cité n. 1), N 1339; BGFA-STAEHELIN/OETIKER in Fellmann/Zindel, art. 8 N 38a.
 - 7 ATF 140 II 102 concernant une étude américaine. Il est intéressant de relever que l'avocat à qui le Tribunal fédéral a refusé de pouvoir travailler pour une étude américaine en qualité d'avocat inscrit a échoué dans sa tentative subséquente de mettre en place une structure renouvelée, censée garantir une meilleure indépendance dans ses activités d'avocat inscrit. L'autorité cantonale l'a jugée insuffisante et a refusé une nouvelle fois l'inscription, cf. CJ (GE), ATA/181/2015 du 17 février 2015. (<http://justice.geneve.ch/tdb/Decis/TA/ata.tdb?F=ATA/181/2015>). Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.
 - 8 ATF 130 II 270, consid. 6, résumé in RDAF 2005 I 526. Cf. également, TF, 2A.124/2005 concernant le cas d'un avocat employé d'une assurance de protection juridique, exerçant en même temps une activité d'avocat indépendant.
 - 9 TF, 2C_560/2015, consid. 3.2.

s'agissait pas d'apprécier le problème classique de l'indépendance d'un avocat employé auprès d'un tiers non inscrit. Il s'agissait bien plutôt de s'interroger sur le rôle d'un avocat inscrit, dans le fonctionnement d'une personne morale active dans le domaine des prestations juridiques, personne morale dont l'avocat était l'associé et le gérant. En raison de la similarité des domaines d'activité de l'avocat et de la société (le conseil en matière successorale et l'exécution testamentaire), il est apparu aux différentes instances que la frontière entre les activités de l'avocat et celles de la société ne pouvait pas être clairement tracée. Il en résultait que le respect des règles professionnelles des art. 12 et 13 LLCA risquait d'être mis en péril par la présence opérationnelle de l'avocat dans la société.

Ce qui était manifestement craint par l'autorité de surveillance était que les contraintes légalement imposées à l'avocat dans son activité indépendante soient contournées par le biais d'une structure organisationnelle imprécise rendant possible l'influence de personnes non inscrites dans la conduite de mandats d'avocat. Autrement dit, même si la coexistence d'activités similaires chez l'avocat et sa société n'est pas en soi proscrite, il revient à ce dernier de faire en sorte que la société adopte des statuts et une réglementation interne lui permettant de respecter les règles professionnelles de la profession d'avocat. Deux voies sont alors concevables:

- L'organisation de la personne morale répond aux exigences jurisprudentielles de la société d'avocats qui interdisent toute influence de tiers non-inscrits.¹⁰ Dans ce cas, peu importe le partage des activités entre la personne morale et l'avocat, tous deux étant matériellement soumis aux règles professionnelles de la LLCA.
- La personne morale ne constitue pas une société d'avocats au sens arrêté par la jurisprudence; les activités exercées par la société d'une part et par l'avocat d'autre part doivent alors être strictement séparées, de manière que ce dernier accomplisse ses activités typiques dans le respect des règles professionnelles, en particulier le secret professionnel.

Dans un premier temps, cette approche peut surprendre. Contrairement au cas de l'avocat employé d'une personne morale, il n'était en effet pas contestable dans le cas d'espèce que l'avocat avait bel et bien une activité indépendante, apparemment sous forme de raison individuelle. Or, il est fréquent en pratique que des avocats indépendants soient en même temps administrateurs voire propriétaires de sociétés, sans que cela ne soulève de difficultés particulières, hormis celles occasionnelles liées à d'éventuels conflits d'intérêts, en fonction des circonstances des affaires dont l'avocat se charge.¹¹ Le mode de faire de Me Y ne semblait donc pas prêter le flanc à la critique sur le plan formel.

Dans un deuxième temps, force est cependant d'admettre que cette approche est cohérente avec la conception générale du Tribunal fédéral, pour lequel la structure juridique retenue n'est pas en elle-même déterminante. Tout au plus, peut-elle constituer une présomption réfra-

gale de dépendance. Seules les circonstances concrètes du cas d'espèce doivent entrer en ligne de compte. Le mélange d'une activité indépendante et d'une activité dépendante dont les frontières ne sont pas clairement définies constitue précisément une telle circonstance, parce qu'il est susceptible de placer des activités soumises aux règles professionnelles de l'art. 12 LLCA sous l'emprise de tiers non-inscrits. Par ailleurs, même si le Tribunal fédéral ne l'indique pas expressément, cet arrêt permet d'éviter que la jurisprudence relative aux avocats employés par des tiers qui n'effectuent pas des tâches relevant de l'activité d'avocat¹² soit utilisée pour contourner les exigences jurisprudentielles en matière de sociétés d'avocats.¹³

Si, au terme de cette analyse de ce récent arrêt, on tente de synthétiser les principes dégagés par la jurisprudence concernant l'indépendance structurelle, on retiendra ce qui suit:

- La garantie de la liberté économique est le principe fondamental à l'aune duquel l'exigence de l'indépendance doit être appréciée.
- La structure et la forme juridiques adoptées par l'avocat pour exercer sa profession ne sont pas déterminantes en elle-même; la liberté de forme lui est donc reconnue.
- Ce qui est déterminant, c'est le contrôle effectif des activités de cette structure, qui doit revenir exclusivement à des avocats inscrits pour toute activité typique de la profession d'avocat.
- Seul un avocat inscrit à un registre cantonal (art. 6 LLCA) ou à un tableau pour les avocats UE/AELE (art. 28 LLCA) est autorisé à contrôler des structures juridiques dans lesquels des avocats exercent leurs activités typiques (art. 8 al. 1 let. d LLCA). Les avocats étrangers hors UE/AELE ne répondent donc pas à cette définition. En sus, les documents constitutifs de la structure juridique doivent prévoir des mécanismes assurant la pérennité du contrôle par des avocats inscrits à un registre ou un tableau suisse.
- La compatibilité de la structure mise en place avec les exigences légales doit s'apprécier en fonction des circonstances concrètes du cas d'espèce.
- Dans ce contexte, la pratique d'activités identiques dans plusieurs cadres juridiques différents doit être strictement délimitée pour éviter que des activités soumises aux règles professionnelles n'échappent à ces dernières.

C'est dire qu'une assez grande liberté est laissée aux avocats pour mettre sur pied des structures originales pour l'exercice de leur profession. Rien ne les empêche notamment de segmenter leurs activités, les unes étant exercées

¹⁰ ATF 138 II 440.

¹¹ Cf. par exemple, TF, 2C_814/2014, pour un avocat représentant un particulier dans une procédure, alors qu'il était en même temps administrateur d'une société qui finançait le procès.

¹² ATF 130 II 440.

¹³ ATF 138 II 440.

dans le cadre de l'activité indépendante de l'avocat, d'autres dans celui d'une personne morale. Ils sont ainsi à même de créer plusieurs entités formant un véritable groupe de prestataires de services. Une telle manière de faire peut être recherchée pour diverses raisons. On peut songer en particulier aux buts suivants:

- L'avocat entend séparer le cadre juridique de ses activités typiques et celui de ses activités atypiques, pour inscrire ces dernières dans une structure plus appropriée (la conformité avec les exigences de la LBA, par exemple).
- Il entend limiter sa responsabilité dans certains domaines à risque en les plaçant sous le couvert d'une personne morale, tout en maintenant une relation *intuitu personæ* pour les autres.
- Il veut assurer la pérennité d'activités de longue durée (la liquidation de successions complexes par exemple) en les confiant à une personne morale, dont la vie n'est théoriquement pas limitée, plutôt qu'à une personne physique dont nul ne peut garantir la durée de longévité.

Il ne faut cependant pas perdre de vue que, quelle que soit la liberté reconnue à l'avocat suisse, ce dernier est confronté aux inconvénients non négligeables d'une discrimination à rebours par rapport aux avocats UE/AELE. Lorsque ces derniers sont actifs en Suisse, ils sont en effet soumis aux règles professionnelles de l'art. 12 (en vertu des art. 25 et 27 al. 2 LLCA). Ils ne sont en revanche pas tenus de respecter la condition de l'indépendance structurelle de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA.¹⁴ Cela a pour conséquence

que, s'ils ont autorisés à pratiquer dans leur pays à des conditions qui ne remplissent pas celles de l'indépendance structurelle requise par la LLCA (par exemple comme employés de non-avocats), ils peuvent néanmoins librement pratiquer en Suisse.¹⁵ Ils y sont ainsi mieux traités que les avocats helvétiques sur leur propre territoire. Le Tribunal fédéral observe que cette discrimination à rebours n'a pas échappé à l'attention du législateur; ce dernier a pourtant décidé de la maintenir en raison de l'importance de l'indépendance de l'avocat, qui relève de l'intérêt public. Il ne saurait donc être question d'y revenir par voie jurisprudentielle, notamment pour protéger la compétitivité de la place juridique suisse.¹⁶

L'ampleur de cette question empêche que l'on s'y arrête dans le présent commentaire d'arrêt, mais mériterait une analyse en profondeur.¹⁷

¹⁴ ATF 140 II 102, consid. 5.2.3.

¹⁵ ATF 140 II 102, consid. 5.2.3.

¹⁶ TF, 2C_433/2013, consid. 7.2 non publié à l'ATF 140 II 102.

¹⁷ Pour une première analyse de l'ATF 140 II 102 et de la question de la discrimination à rebours, cf. DAL/GUILLERME, L'arrêt du tribunal fédéral du 6 décembre 2013 et le droit de l'UE, in *Revue de l'Avocat* 2014, p. 135 ss. Pour ces auteurs, la décision du Tribunal fédéral, même si elle est stricte sur le plan des principes, est compatible tant avec l'exigence de l'égalité de traitement qu'avec les règles de la concurrence. Selon eux, elle s'inscrit sans difficulté dans le cadre de la jurisprudence de la CJUE relative aux «directives avocats» de l'UE.

Behalten Sie Ihre Termine im Griff.

Nutzen Sie die praktischen Unterstuetzer fuer Ihr Bueero.
Mit dem Staempfli Bueromaterial gut organisiert durch
Ihren Arbeitsalltag.

www.staempfliverlag.com/bueromaterial