

Extrait de l'œuvre

«**Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier**»

Edités au nom de la Faculté de droit de Fribourg par
Peter Gauch / Franz Werro / Pascal Pichonnaz

Droit de la concurrence et droit des avocats: la fin des tabous

Benoît Chappuis

Schulthess §

Information bibliographique de «Der Deutschen Bibliothek»
Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2008
ISBN 978-3-7255-5528-1

www.schulthess.com

Droit de la concurrence et droit des avocats: la fin des tabous

BENOÎT CHAPPUIS, docteur en droit, avocat, chargé de cours à l'Université de Fribourg

Sommaire

- I. Préambule
- II. Le long règne des règles cantonales sur la profession d'avocat
- III. L'entrée en vigueur de la nouvelle LCart
- IV. La modification des lignes directrices de la FSA
- V. L'entrée en vigueur de la LLCA
- VI. Les autres remises en cause
 - A. Les conflits d'intérêts et la rémunération de l'avocat
 - B. La pratique du barreau sous forme d'une personne morale
 - C. La multidisciplinarité
 - D. Portée des règles déontologiques après l'entrée en vigueur de la LLCA
- VII. Conclusion

I. Préambule

Le lecteur s'étonnera peut-être du choix du sujet, tant il est vrai que le professeur Tercier ne s'est consacré que très occasionnellement au droit de l'avocat et que son œuvre ne renferme que peu de considérations sur cette matière.

Rendre hommage au jubilaire en traitant de questions qui sont hors de son champ d'intérêt serait à tout le moins déconcertant et tel n'est évidemment pas ici le propos. C'est qu'on aurait en effet tort de mesurer l'influence que le professeur Tercier a exercée sur le barreau à la seule considération de la longueur de la liste des articles qu'il lui a consacrés. L'impact que sa réflexion a eu sur l'évolution des mentalités, lorsqu'il fut président de la Commission de la concurrence, a été profond et il vaut la peine de s'y arrêter quelques instants. La réflexion présente non seulement un intérêt historique – les thèses défendues par le professeur Tercier étant maintenant largement entrées dans les mœurs – mais également celui consistant à s'interroger sur la faculté que le barreau a de s'adapter aux circonstances nouvelles.

II. Le long règne des règles cantonales sur la profession d'avocat

Pour mesurer l'ampleur des transformations qui ont récemment affecté le barreau, un bref rappel historique s'impose, concernant le cadre juridique dans lequel les avocats évoluèrent de très nombreuses années durant. Pendant des décennies en effet, les règles

régissant la profession d'avocat, qu'elles fussent légales ou déontologiques, ne subirent aucune modification profonde. Les règles déontologiques, en particulier, constituaient un héritage venant de la création des ordres cantonaux au début du XX^{ème} siècle. Les avocats y voyaient volontiers la définition intangible de leur profession et ne considéraient qu'avec difficulté que l'on pût y toucher.

Les juristes entrés dans le cercle des avocats postérieurement au début des années 1990 auront sans doute de la peine à s'imaginer d'où l'on vient et la rigueur des textes qui régissaient le métier peu de temps auparavant. A titre d'exemple, on se souviendra que ce n'est qu'en 1993 que le Tribunal fédéral déclara inconstitutionnelle la norme cantonale genevoise¹, largement répandue dans les cantons et en vigueur depuis de très nombreuses décennies, selon laquelle seuls les citoyens suisses pouvaient accéder à la profession d'avocat²! L'honneur de plaider et appliquer le droit suisse étaient réservés aux seuls titulaires d'un passeport arborant la croix fédérale.

En l'absence d'une loi fédérale régissant la profession d'avocat et tirant parti du particularisme des règles cantonales, qu'elles fussent législatives (lois sur la profession d'avocat, lois de procédure, etc.) ou associatives, les ordres cantonaux cultivèrent parfois – pour ne pas dire souvent – leurs spécificités avec un soin jaloux. Mélanges de règles déontologiques pures et de règles corporatistes réglant les rapports entre les membres de l'association, les codes déontologiques n'eurent guère à subir les foudres des tribunaux: la mission de ces derniers consista en effet principalement à savoir quelle était la place que les règles déontologiques devaient occuper face au droit promulgué par l'Etat³. Même quand les tribunaux ne leur reconnaissaient pas la force d'une loi et qu'ils en limitaient la portée aux seuls membres des associations cantonales, ils ne remirent pourtant jamais véritablement en cause leur légitimité.

Or, si l'on considère les normes renfermées dans les codes de déontologie, les us et coutumes et les statuts des associations cantonales d'avocats qui existaient au début des années 1990, force est de constater qu'elles contenaient, pour une part non négligeable, une réglementation destinée à restreindre la concurrence entre les avocats, le plus souvent dans l'intérêt de ces derniers. Il en allait ainsi par exemple des règles qui conditionnaient la reprise d'un mandat par un nouvel avocat au paiement des honoraires réclamés au client par le premier avocat. Dans nombre de cantons, les us et coutumes prescrivaient en effet qu'un justiciable ne pouvait pas confier sa cause à un nouvel avocat, sans avoir préalablement payé les honoraires de son conseil précédent. Si le justiciable contestait les honoraires de ce dernier et, partant, refusait de les payer, il lui était pratiquement impossible de trouver un nouvel avocat. Les règles fixant de façon stricte des tarifs ou encore celles qui instauraient des règles rigoureuses de courtoisie entre les avocats étaient elles aussi susceptibles d'entraver, à des degrés divers, la libre concurrence entre les avocats, au détriment des justiciables. Cet état de fait ne souleva pas pour autant des protestations particulières pendant des décennies.

¹ Art. 24 let. a LP Av (Genève).

² TF, arrêt du 27 avril 1993 in SJ 1993, 665.

³ Sur cette question, CHAPPUIS, *Règles déontologiques*.

Les pressions que les barreaux voisins subissaient en raison des règles européennes sur la concurrence, plus sévères que celles alors en vigueur en Suisse, n'attirèrent que peu les regards des juristes helvétiques, ceux-ci se pensant à l'abri derrière leurs frontières nationales. Il n'entraînait en effet alors guère en considération que les normes professionnelles des avocats – dont la pérennité paraissait chose acquise – pussent entrer en conflit avec les normes de l'Etat. Que ce dernier vienne finalement mettre le bâton dans la fourmilière n'avait pas été prévu.

Il vaut la peine de rappeler à cet égard que, à l'heure où la Suisse allait doucement sortir de son sommeil, les pays européens étaient déjà largement confrontés à cette question. Le conflit que les règles professionnelles et le droit de la concurrence entretenaient atteignit son paroxysme dans le cadre d'une affaire célèbre dans laquelle le barreau de Marseille fut condamné à une lourde amende, pour avoir cru bien faire en édictant des barèmes d'honoraires destinés à renseigner les justiciables consommateurs sur les coûts prévisibles de la consultation d'un avocat. Le Conseil de la concurrence français considéra en effet que l'élaboration et la diffusion de barèmes d'honoraires étaient contraires aux dispositions de l'art. 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur les pratiques anticoncurrentielles: «la recherche nécessaire de transparence et de prévisibilité du coût d'accès au droit ne saurait conduire à des pratiques faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse»⁴. Outre une sanction pécuniaire de FF 1 500 000.– (réduite à FF 300 000.– en appel), le Conseil enjoignit l'Ordre de ne plus élaborer ni diffuser de barèmes d'honoraires, et de notifier la décision à tous les avocats du barreau.

Bien que peu préparés à cette évolution, les avocats suisses ne devaient cependant pas y échapper et le professeur Tercier fut l'un de ceux qui contribuèrent tant à forger un droit nouveau qu'à en diffuser le contenu auprès des cercles concernés.

III. L'entrée en vigueur de la nouvelle LCart

La nouvelle Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart), entrée en vigueur le 1^{er} février 1996 allait en effet bouleverser la donne. Le professeur Tercier, qui présidait l'ancienne Commission des cartels (où il siégeait depuis 1977), assumait la présidence de la Commission nouvellement instituée, désormais dénommée «Commission de la concurrence» (ComCo).

C'est en cette nouvelle qualité qu'il se chargea de sillonner la Suisse pour y expliquer les nouvelles données du droit de la concurrence. Il exposa aux avocats quels étaient les enjeux auxquels ils seraient désormais confrontés, notamment à l'occasion de conférences données à la Journée des bâtonniers suisses du 11 novembre 1995 ou devant l'Ordre des avocats de Genève à la même époque.

Son propos en étonna plus d'un, tant il est vrai que peu nombreux étaient ceux qui avaient mesuré les vastes conséquences que la loi nouvelle engendrerait. Autant était-

⁴ Conseil de la concurrence, décision n° 98-D-07 du 14 janvier 1998.

on prêt à considérer que les tarifs imposés ou les limitations mises à la reprise des mandats pouvaient constituer des entraves à la concurrence, autant la question de la traditionnelle prohibition de la publicité semblait hors du champ d'action de la nouvelle loi et, partant, peu menacée de changement.

Or c'est particulièrement dans le domaine de la publicité que le professeur Tercier s'efforça de faire comprendre que les traditionnelles normes de prohibition stricte étaient en réalité plus destinées à protéger les avocats contre les assauts de leurs concurrents que le public lui-même, lequel avait tout à gagner à recevoir une information correcte et objective. Et le professeur Tercier d'ajouter: «la dignité de la profession n'a rien à perdre d'une meilleure information; au contraire»⁵. Dire qu'il dut alors faire face à un profond scepticisme serait un euphémisme.

L'intérêt de son propos résidait moins dans le seul fait que la publicité allait s'ouvrir – dans une certaine mesure – aux avocats mais dans l'invitation que le professeur Tercier faisait aux avocats de réfléchir aux traits fondamentaux de leur profession et au véritable sens des normes la régissant.

Cela dit, si la nouvelle loi sur la concurrence pouvait venir à bout des accords privés désormais jugés illicites, elle n'était pas à même de surmonter les obstacles mis en place par les lois cantonales. Nombre de ces lois prohibaient en effet toute publicité. Pour les barreaux dans lesquels la loi elle-même contenait une telle interdiction, seule une modification législative pourrait changer la situation. Le professeur Tercier relevait alors que les avocats qui souhaitent le changement et qui étaient membres de tels barreaux étaient «les plus malheureux»⁶.

Sans pour autant que les idées nouvelles ne parvinssent à s'imposer immédiatement, le bouleversement des mentalités était en cours. Même la jurisprudence, qui peinait à modifier radicalement son approche de la question, ne resta pas complètement insensible à l'argumentation nouvelle. Dans un arrêt rendu le 12 février 1997⁷, le Tribunal fédéral se prononça sur la constitutionnalité d'une sanction disciplinaire basée sur l'art. 7 al. 2 de la loi zurichoise sur le barreau, lequel interdisait la publicité importune et mensongère. Dans un premier temps le Tribunal fédéral confirma, dans une large mesure, sa jurisprudence antérieure selon laquelle des méthodes publicitaires commerciales pouvaient être exclues pour des motifs d'intérêt public, comme la protection de la bonne foi en affaires et le maintien de la crédibilité et l'indépendance des avocats. Il n'en retint pas moins que l'application de ces principes nécessitait certaines adaptations au vu des circonstances sociales changées. Le Tribunal fédéral laissa ainsi la porte ouverte au changement en précisant, à propos des normes cantonales qui interdisaient la publicité importune et trompeuse, que la publicité discrète et matériellement correcte pouvait satisfaire le besoin d'information du public et ne devait pas être complètement

⁵ TERCIER, p. 13; FELLMANN/SIDLER, p. 34, pour qui «*die Standesregeln müssen vielmehr im Mittelpunkt des anwaltlichen Marketings stehen*».

⁶ TERCIER, p. 14.

⁷ ATF 123 I 12, S. X. *gegen Verein Zürcherischer Rechtsanwälte und Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte im Kanton Zürich*.

interdite à l'avocat⁸. Le Tribunal fédéral, après avoir reconnu la possibilité d'un besoin d'information, constata que les limites entre publicité commerciale et information admissible n'étaient pas faciles à tracer. Se référant à la doctrine la plus récente⁹, il se contenta alors de prendre acte du changement en train de s'opérer.

Cependant, avant même que la jurisprudence ne finisse par s'adapter et à faire siennes les idées défendues par le professeur Tercier, ce furent les normes légales qui se modifièrent et qui finirent par rendre ce débat obsolète: l'entrée en vigueur de la LLCA allait en effet complètement modifier la donne.

IV. La modification des lignes directrices de la FSA

Or, avant même que la législation ne change, la teneur du message que le professeur Tercier avait transmis aux bâtonniers suisses se trouva résumée dans un article qu'il publia dans la revue de la FSA¹⁰, laquelle initia alors une profonde réflexion qui la conduisit à remettre en cause des éléments traditionnels de la déontologie professionnelle.

L'empreinte du professeur Tercier continua à s'imprimer sur les travaux de la FSA puisque ce fut sous la houlette de son ancien assistant, le professeur Christian Bovet, que la commission spécialisée de l'association faîtière nationale travailla pour parvenir, lors de son assemblée générale du 6 juin 1997, à la modification des «Lignes directrices relatives aux «us et coutumes» préconisés par la FSA pour les barreaux cantonaux». Les lignes directrices furent modifiées et permirent désormais la publicité, libéralisèrent la reprise des mandats d'un avocat à l'autre et supprimèrent les tarifs, en laissant seules subsister des recommandations en la matière.

Cette dernière question allait toutefois connaître tout récemment une évolution semblable à celle que le droit européen avait connue dix ans auparavant et qui avait donné matière à la sanction infligée au barreau de Marseille évoquée plus haut¹¹. Alors que la ComCo avait, en 1997, jugé admissible les recommandations tarifaires édictées par les ordres d'avocats, elle modifia sa position en 2004, lorsqu'elle fut à nouveau interrogée par les ordres cantonaux, inquiets de l'introduction de fortes amendes dans l'arsenal législatif modifié en 2004. Considérant, en mars 2007, que même des recommandations facultatives constituaient une entrave à la concurrence, le secrétariat de la ComCo impartit un délai au 31 mai 2007 à ceux des ordres cantonaux d'avocats qui continuaient de publier ce type de recommandations pour qu'ils cessent de le faire.

⁸ Consid. c, aa.

⁹ DREYER; PFEIFER; TERCIER; FELLMANN/SIDLER.

¹⁰ TERCIER, *Les avocats et la concurrence*; BOVET, *Recommandations de la commission «Avocats et nL-Cart» adoptées par la conférence des bâtonniers des 8-9 novembre 1996*.

¹¹ Cf. *supra*, II *in fine*.

On retrouve ici la tension, connue des législations européennes, entre d'une part la transparence tarifaire réclamée par les organisations de consommateurs¹² et d'autre part les exigences des autorités chargées de la concurrence qui estiment que même des recommandations d'honoraires non impératives sont inacceptables. Les ordres cantonaux d'avocats durent s'incliner devant cette exigence tout en déclarant la regretter, estimant que les recommandations tarifaires ne contrevenaient pas à la LCart.

V. L'entrée en vigueur de la LLCA

Parmi les cendres du projet Eurolex, destiné à rendre possible l'entrée de la Suisse dans l'Espace économique européen finalement rejetée par le peuple suisse, le Conseil fédéral conserva un certain nombre de projets législatifs, au nombre desquels la loi destinée à permettre la libre circulation des avocats. Ce projet fut transformé en une loi destinée, plus modestement, à permettre la libre circulation des avocats en Suisse, donnant ainsi enfin un cadre juridique national à la profession que l'on attendait depuis près d'un siècle¹³.

L'enseignement du professeur Tercier y trouva sa place puisque l'art. 11 let. d LLCA a ouvert la publicité aux avocats et que le Conseil fédéral se référa expressément aux travaux du professeur Tercier pour affirmer désormais que l'interdiction pure et simple de la publicité n'était pas compatible avec le droit de la concurrence¹⁴. Une petite révolution se faisait jour, le principe inverse à celui qui fut proclamé pendant des siècles étant maintenant ancré dans la loi.

VI. Les autres remises en cause

Ces épisodes ont plus qu'une valeur historique; ils illustrent la façon dont des changements législatifs ou réglementaires sont susceptibles de remettre en cause certains des fondements d'une profession, sans d'ailleurs que les membres de cette dernière ne soient toujours spontanément prêts à se laisser porter à la réflexion. La résistance pour la défense d'acquis sert souvent de ligne directrice. Les quelques événements qui vont être rappelés ci-après en constituent une illustration.

¹² On peut prendre pour exemple d'une telle demande dans le n° 351 (avril 2007) de la revue *J'Achète Mieux* de la Fédération romande des consommateurs qui demandait une amélioration de la transparence des honoraires des avocats.

¹³ L'entrée en vigueur des accords bilatéraux avec l'Union européenne permit subséquemment l'insertion dans la LLCA des sections 4, 5 et 6 permettant, à certaines conditions, la libre circulation des avocats entre la Suisse et l'Union européenne.

¹⁴ Message du Conseil fédéral, chap. 233.24, n. 82, FF 1999, p. 5370.

A. Les conflits d'intérêts et la rémunération de l'avocat

Peu de temps après les coups de boutoir donnés au monde du barreau par le renouvellement du droit de la concurrence, ce fut au tour d'un autre représentant de l'Université de Fribourg, le professeur Franz Werro, de provoquer un certain tollé lors de la journée de la FSA le 5 juin 1998.

Invité à traiter des conflits d'intérêts de l'avocat¹⁵, il suggéra à l'assistance de réfléchir aux fondements théoriques de la norme déontologique prohibant le *pactum de quota litis*. Il y a lieu d'observer ici que, depuis lors, cette question a fait l'objet d'une réglementation légale, l'art. 12 let. e LLCA interdisant un tel pacte¹⁶. On peut donc la tenir aujourd'hui pour définitivement close. Il n'en reste pas moins que la question méritait d'être posée, à la façon du professeur Tercier mettant à mal, quelques années auparavant, l'intouchable précepte de l'interdiction de la publicité.

Fondé sur les expériences anglo-américaines, le constat du professeur Werro consistait à exposer que l'«interdiction du *pactum de quota litis* relève plus de l'image de la profession dans le public que de la protection individuelle des intérêts du client»¹⁷. La virulence des réactions qui accueillirent ces propos montra que la question des règles déontologiques et de leur rapport avec l'image que les avocats veulent avoir de leur profession est une question qui reste sensible et qui, partant, ne fait pas facilement l'objet d'une analyse sereine.

C'est avec intérêt que l'on remarquera que le *Bundesverfassungsgericht* allemand vient de juger inconstitutionnelle l'interdiction absolue du *pactum de quota litis*¹⁸. Tout en reconnaissant la validité des principales raisons qui sous-tendaient une telle interdiction, cette juridiction a considéré que l'interdiction pure et simple était excessive.

Le débat continue d'ailleurs à occuper les esprits et n'est pas prêt de se clore: la Fédération des barreaux d'Europe y a consacré son congrès 2006, en établissant un état des lieux en Allemagne, Autriche, France, Italie, Belgique, Angleterre, Espagne, Pays-Bas, Tchéquie, Turquie et Suisse¹⁹. Tout l'enjeu de la question se résume dans l'épilogue qui clôt l'ouvrage publié à l'issue du congrès. Sous la plume de Maurizio de Tilla, président de la Fédération des barreaux d'Europe, se trouve exprimée l'idée que l'évolution actuelle – celle-là même qui fondait la réflexion sur le *pactum de quota litis* – transforme

¹⁵ WERRO, *Les conflits d'intérêts de l'avocat*.

¹⁶ L'interdiction ne doit pas être comprise comme empêchant de façon absolue de tenir compte du résultat dans la fixation de l'honoraire. Dans un arrêt du 24 juillet 2006, 2A.98/2006, consid. 2.2, le Tribunal fédéral a posé les principes suivants. On est confronté à des honoraires de résultat lorsque la rétribution de l'avocat dépend de l'issue du mandat, les honoraires définitifs n'étant pas fixés au moment de l'attribution du mandat. Il n'est en revanche pas exclu de tenir compte du résultat dans l'établissement des honoraires, l'art. 12 let. e LLCA ne pouvant toutefois pas être contourné par la convention d'une indemnité minimale indépendante de l'issue du procès. L'avocat doit réaliser, indépendamment de l'issue de la procédure, un honoraire, qui ne couvre pas uniquement ses frais propres, mais lui permette de percevoir un gain raisonnable. La prise en compte de l'issue favorable n'a ainsi qu'un impact relativement limité.

¹⁷ WERRO, p. 239.

¹⁸ *Bundesverfassungsgericht*, arrêt du 12 décembre 2006, 1BvR 2576/04.

¹⁹ Roš, *L'honoraire de l'avocat et le résultat*.

l'avocat en simple marchand de services et l'éloignerait de ses exigences professionnelles, déontologiques et éthiques²⁰.

Il n'est pas question de s'immiscer dans ce vaste débat. Il suffit de remarquer que, face aux grands bouleversements que la fin du deuxième millénaire a connus en matière de globalisation et de déréglementation, les avocats – et parfois leurs instances dirigeantes – adoptèrent volontiers une attitude fermée, voyant leur salut dans le maintien d'un protectionnisme strict.

B. La pratique du barreau sous forme d'une personne morale

En traitant brièvement ici de la question de la pratique du barreau sous la forme d'une personne morale, on pourrait croire que l'on s'éloigne de la question du droit de la concurrence. Il n'en est toutefois rien. Lors de l'élaboration de la LLCA, la question de l'admissibilité des avocats salariés et celle de la libre forme des études d'avocats donnèrent lieu à des débats particulièrement vifs et intenses. La concurrence entre les avocats indépendants et les juristes d'entreprise se voyait affectée par les différences de traitement que la législation leur réservait. Alors que les premiers pouvaient porter le titre d'avocat et invoquer le secret professionnel, il n'en allait pas de même des seconds.

Banques et assurances avaient tout d'abord milité pour que les avocats salariés fussent traités de la même façon que les indépendants. La Commission de la concurrence, dans la procédure de consultation, avait dit, elle aussi, sa préférence de voir abolies les distinctions entre les diverses catégories d'avocats. De manière tardive, le débat s'étendit à la question de la forme juridique des études qui fit alors l'objet des discussions nourries devant le Conseil national²¹. La libre concurrence entre les avocats et la place de l'avocat suisse face à la concurrence furent placées au centre du débat. Si la loi ne consacra finalement pas expressément le principe de la liberté de forme, ainsi qu'une minorité l'avait demandé en cours de procédure parlementaire, la question était officiellement posée, se faisant l'écho des réflexions que les milieux professionnels entretenaient depuis quelque temps déjà.

Diverses voix s'étaient en effet fait entendre pour défendre l'idée que la création de personnes morales soit admise pour la pratique du barreau. C'est ici encore à l'initiative de la FSA que le professeur Nobel traita de la question d'une façon très complète lors de la journée de la FSA 1998²². Son intervention semblait alors relever de la futurologie.

La question ne fut toutefois plus laissée dans l'ombre depuis lors, la FSA y consacrant même une partie de la journée des bâtonniers en 2003. C'est ainsi que l'auteur de ces lignes y fut invité à traiter de la question de la pratique du barreau au sein d'une per-

²⁰ DE TILLA, p. 154.

²¹ BO 2000, N 37 ss.

²² NOBEL, *Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwälten*.

sonne morale²³. Un parterre divisé accueillit ses propos, certains des auditeurs étant acquis à ces idées nouvelles, alors que d'autres, confortés dans leur scepticisme par le représentant de l'Office fédéral de la justice, voyait une remise en cause même du métier d'avocat: l'avocat travaille en raison individuelle ou n'est pas.

C'est le professeur Walter Fellmann qui, cette fois-ci, se fit dans les années qui suivirent le défenseur de la vision nouvelle. Ancien bâtonnier de Lucerne, auteur d'us et coutumes renouvelés²⁴, spécialiste incontesté du droit du mandat²⁵ et du droit des avocats²⁶, il mit son autorité à mettre en évidence la compatibilité d'une nouvelle forme juridique pour les études avec l'essence même du métier d'avocat²⁷.

Depuis lors, le pas a été franchi. Le 29 mai 2006, la Commission du barreau du canton d'Obwald s'est ainsi prononcée de manière positive sur cette question, tout en posant certaines exigences (notamment le principe selon lequel le respect de la LLCA doit trouver sa source dans les buts statutaires de la société, la garantie relative à l'indépendance doit être donnée, etc.). Cette décision cantonale positive fut suivie par plusieurs autres, soit celles de l'autorité de surveillance des avocats du canton de Zurich (5 octobre 2006), de la Chambre des avocats du canton de Berne (27 février 2007), de la Chambre des avocats et notaires du Tribunal d'appel du canton du Tessin (31 mai 2007) et de l'autorité de surveillance du canton de Zoug (13 juin 2007). Le 14 juin 2007, l'autorité de surveillance des avocats du canton de Bâle-Ville a fait part à l'Ordre des avocats de cette ville, ainsi qu'à la Fédération suisse des avocats, de son approbation de principe à l'exploitation d'une étude d'avocats sous la forme d'une société anonyme.

Les autorités professionnelles ont également marqué leur approbation face à cette évolution, tel l'ordre des avocats lucernois qui se prononça dans ce sens dans une circulaire de mars 2007, pour autant que les exigences fixées par les décisions zurichoise et obwaldienne soient respectées. Le Président de la Fédération suisse des avocats a également récemment précisé, s'agissant d'une exploitation sous la forme d'une société anonyme, qu'il était «devenu de plus en plus nécessaire, pour certains cabinets d'avocats, d'adopter cette forme juridique pour limiter la responsabilité personnelle des divers associés et pouvoir entrer en concurrence avec les grands cabinets étrangers qui exercent en Suisse, même sous cette forme. (...) la FSA est arrivée à la conclusion que la société de capitaux était compatible avec la LLCA»²⁸.

L'évolution helvétique s'inscrit dans le cadre de celle que l'on voit au niveau international: des pays tels la Belgique, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Hollande, la Suède ou le Royaume-Uni autorisent tous, sous des formes variables, la pratique du barreau sous la forme d'une personne morale.

²³ CHAPPUIS, *Personne morale*.

²⁴ FELLMANN/SIDLER, *Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes*.

²⁵ FELLMANN, Commentaire ad art. 394–406 CO, *Berner Kommentar*.

²⁶ FELLMANN/ZINDEL, *Kommentar zum Anwaltsgesetz*.

²⁷ FELLMANN/ZINDEL, N 62 ss ad art. 12 LLCA et références citées en note 258.

²⁸ Revue de l'avocat 2006 (FSA), p. 438.

Seul le canton de Genève, atteint comme si souvent du syndrome du village gaulois superbement et sottement isolé, a pris une voie divergente. Le 18 juin 2006, la Commission du barreau de ce canton, jouant le gardien du temple, refusa à l'étude qui avait pourtant obtenu une décision favorable à Zurich, Zoug et au Tessin de voir ceux de ses avocats qui pratiquent à Genève rejoindre la nouvelle structure juridique. L'œil braqué sur le rétroviseur, la Commission du barreau a pris comme modèle celui de l'avocat tel que nos contrées l'ont connu depuis le début du XX^{ème} siècle, en lui reconnaissant des vertus censées résister à l'usure du temps. L'affaire est actuellement pendante devant les instances de recours et sera peut-être soumise à l'appréciation du Tribunal fédéral.

C. La multidisciplinarité

Le sujet qui reste le plus discuté est incontestablement celui de la multidisciplinarité et, d'une manière toute similaire, celle de l'avocat salarié d'une société donc l'activité première n'est pas la pratique du barreau.

Amené à connaître de la question, le Tribunal fédéral a tout d'abord considéré que «le principe fondamental de l'indépendance est d'une importance capitale et mondialement reconnu»²⁹. Les juges fédéraux mirent en évidence un certain nombre de caractéristiques propres à la problématique des liens opérationnels existant entre des avocats et des personnes exerçant un autre métier. En l'occurrence, la fiduciaire ayant été à l'origine de cette décision, fiduciaire au sein de laquelle un avocat travaillait, était une entreprise à but lucratif avec différents domaines d'activité. Elle avait donc des intérêts propres qu'elle était légitimement autorisée à poursuivre. Elle avait des liens contractuels et économiques avec de nombreux clients dans des domaines divers, liens susceptibles de placer l'avocat employé dans une situation délicate en raison des conflits d'intérêts qui en résultaient. L'exigence selon laquelle un avocat ne doit pas se trouver dans une relation de créancier ou de débiteur à l'égard de ses clients risquait de ne pas être respectée, de façon indirecte, en raison des affaires commerciales dans lesquelles la personne morale pour laquelle il travaillait était engagée. Il y avait ainsi un risque de contrariété entre les intérêts propres de la personne morale et ceux du client de l'avocat employé.

Le Tribunal fédéral releva également que les employés de la personne morale qui n'étaient pas avocats³⁰ n'étaient pas soumis aux mêmes règles déontologiques, dont l'application pouvait ainsi être mise en péril. La problématique spécifique du secret professionnel renforça cette dernière conclusion. La situation du secret professionnel de l'avocat est particulière dans l'ordre juridique suisse: ce secret particulièrement fort, qui n'est pas une prérogative personnelle de l'avocat mais un droit de ses clients et un des fondements de notre système juridique, ne peut être mis en péril par sa dilution au

²⁹ ATF 127 IV 106 = SJ 2001 I 381. Il doit s'agir d'un des très rares cas où le Tribunal fédéral a déclaré être en présence d'un principe mondialement reconnu.

³⁰ Il faut comprendre dans la notion d'avocat également ses auxiliaires (secrétaires, etc.) au sens de l'art. 321 CP.

sein de structures accueillant d'autres personnes que les stricts auxiliaires de l'avocat. Il fallait donc admettre, conclut le Tribunal fédéral, l'existence de difficultés à garantir le secret à l'intérieur de l'entreprise et à l'extérieur dans les cas, notamment, où il y aurait une obligation de fournir des renseignements (à des actionnaires, à des autorités de surveillance ou autres organes de régulation).

Le Tribunal fédéral mit donc en cause la coexistence, dans une même structure, de différentes catégories de personnes soumises à des règles variables (des avocats et des non avocats) et de différents domaines d'activité. Le non-respect des règles déontologiques, la mise en danger du secret professionnel, le conflit entre les intérêts de la personne morale découlant de ses autres activités économiques et les intérêts du client de l'avocat étaient en effet des éléments qui étaient liés au seul fait de la pratique multidisciplinaire de la firme considérée.

Les arguments du Tribunal fédéral sont en tout point similaires à ceux que la Cour de justice des communautés européennes a accueillis pour juger, le 19 février 2002, compatible avec le droit européen le règlement édicté par les ordres des avocats d'Amsterdam et Rotterdam interdisant à leurs membres d'exercer leur activité en collaboration intégrée avec des experts-comptables. La Cour déclara ceci:

«Ces obligations déontologiques ont des implications non négligeables sur la structure du marché des services juridiques, et plus particulièrement sur les possibilités d'exercer conjointement la profession d'avocat et d'autres professions libérales actives sur ce marché. Ainsi, elles imposent que l'avocat se trouve dans une situation d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, des autres opérateurs et des tiers, dont il convient qu'il ne subisse jamais l'influence. Il doit offrir, à cet égard, la garantie que toutes les initiatives qu'il prend dans un dossier le sont en considération de l'intérêt exclusif du client. La profession des experts-comptables n'est, en revanche, pas soumise, en général et plus particulièrement aux Pays-Bas, à des exigences déontologiques comparables»³¹.

La question n'est cependant de loin pas close, que ce soit en Suisse ou au plan international³². En Suisse, la conception suisse-alémanique, beaucoup plus ouverte sur ce point que celle qui a cours en Romandie, a conduit la Commission de surveillance des avocates et avocats du canton de Zurich à permettre, dans sa décision précitée admettant la création d'une personne morale en vue de la pratique du métier d'avocat, de le faire sous une forme multidisciplinaire, au demeurant limitée et contrôlée³³.

Le Tribunal fédéral semble lui-même évoluer dans sa conception des choses. Dans une décision récente³⁴, il a assoupli sa jurisprudence en déclarant que, pour ce qui est des avocats salariés, si leur manque d'indépendance est certes présumé, cette présomption est réfragable. Il n'y a donc plus de contradiction de principe à être avocat et salarié d'un tiers.

³¹ Cour de justice des communautés européennes, arrêt du 19 février 2002, dans la cause C-309/99, opposant J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV à Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, ch. 101-103.

³² Sur cette question, cf. FELLMANN/ZINDEL, N 64 ss ad art. 12 LLCA et 88 ad art. 13 LLCA.

³³ Décision du 5 octobre 2006 de la Commission de surveillance des avocates et avocats du canton de Zurich, publié in ZR 105 (2006) n° 71 p. 295 ss.

³⁴ ATF 130 II 87.

D. Portée des règles déontologiques après l'entrée en vigueur de la LLCA

L'intérêt d'une remise en cause des fondements déontologiques de la profession est essentielle tant il est vrai que la portée des normes déontologiques est de plus en plus discutée. Le Tribunal fédéral n'a pas laissé planer le moindre doute sur la portée des règles déontologiques dans le nouveau droit régissant la profession d'avocat. Depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les avocats, les règles déontologiques cantonales ne servent de référence que dans la mesure où elles expriment une opinion largement répandue au plan national (consid. 3.1)³⁵. C'est avec raison que le professeur Piotet, rejetant toute capacité des normes déontologiques cantonales à permettre l'interprétation des nouvelles règles professionnelles applicables en vertu de la LLCA, relève qu'«il faut d'emblée exclure toute valeur supplétive à des règles professionnelles cantonales, même similaires entre elles, pour compléter une réglementation législative unifiée»³⁶. Ce précepte est rigoureusement exact et constitue la seule lecture raisonnable qui puisse être donnée à la LLCA. Il s'inscrit également dans la droite ligne de ce que le professeur Tercier avait mis en lumière devant les instances professionnelles des avocats, en leur expliquant les principaux enjeux de la loi sur la concurrence. La déontologie, en tant qu'elle constituerait des entraves à la concurrence, de surcroît parcellisées au niveau cantonal, rendant impossible une application uniforme du droit fédéral, ne peut plus avoir cours.

La FSA comprit rapidement le message et promulgua sans tarder un Code fédéral de déontologie, destiné à prendre la place des Lignes directrices. Accepté et accueilli avec une certaine frilosité par certains barreaux, notamment romands, le Code fédéral de déontologie constituait pourtant la seule voie ouverte pour répondre à l'interpellation claire et justifiée de la jurisprudence.

Notons que le droit de la concurrence n'a sans doute pas fini d'influencer la réglementation professionnelle des avocats. Une des questions largement disputées actuellement est celle de savoir si la protection du secret professionnel reconnue aux avocats externes doit être étendue, dans des procédures ouvertes dans le cadre de la loi sur les cartels, aux juristes internes des entreprises (*in-house counsels*). Les avocats inscrits au barreau voient leur secret, consacré par les art. 321 CP et 13 LLCA, préservé par le renvoi fait par l'art. 40 LCart à la Loi sur la procédure administrative, dont l'art. 16 al. 2 qui dispose que le détenteur d'un secret professionnel ou d'affaires au sens de l'art. 42 al. 2 de la procédure civile fédérale peut refuser son témoignage. La question est donc de savoir si les conseillers juridiques internes à l'entreprise faisant l'objet d'une procédure peuvent également invoquer ces dispositions pour refuser tant de remettre des documents que de témoigner.

La question est largement discutée en droit européen depuis des décennies. Les traits essentiels du débat avaient été dessinés par les arrêts *AM&S Europe Limited*³⁷ et

³⁵ ATF 130 II 270.

³⁶ PIOTET, p. 275/276.

³⁷ Arrêt de la Cour du 18 mai 1982 dans l'affaire *AM&S Commission*, Rec., 1982, p. 1575.

Hilti³⁸. Dans la première décision, la Cour avait clairement posé le principe qu'un *in-house counsel* ne répondait pas à la condition d'indépendance du conseiller extérieur de sorte qu'il ne pouvait invoquer le secret professionnel pour refuser de renseigner l'autorité. Dans la seconde, la Cour a semblé prête à assouplir la position stricte qu'elle avait adoptée antérieurement:

«In this case it appears that that legal advice was reported on in internal notes distributed within the undertaking so that it might be the subject of consideration by managerial staff. In such a case, and although the aforesaid legal advice was not received by way of correspondence, it must be held that the principle of the protection of written communications between lawyer and client may not be frustrated on the sole ground that the content of those communications and of that legal advice was reported in documents internal to the undertaking. Thus the principle of the protection of written communications between lawyer and client must, in view of its purpose, be regarded as extending also to the internal notes which are confined to reporting the text or the content of those communications. It follows that the request for confidential treatment made by the applicant must be allowed in so far as it refers to those documents»³⁹.

Le Tribunal de première instance a semblé aller un pas plus loin dans l'arrêt Akzo⁴⁰, puisqu'elle a considéré, dans une ordonnance, que des notes prises par des employés en vue d'une consultation juridique avec des conseillers externes, pour préparer la défense de la société, pouvaient être exemptées de l'obligation de remise à l'autorité⁴¹. Finalement, dans une décision toute récente (17 septembre 2007)⁴², le Tribunal de première instance a considéré que la jurisprudence de la Cour avait expressément établi que la protection du secret professionnel ne s'appliquait que dans la mesure où les avocats étaient indépendants, c'est-à-dire non liés à leur client par un rapport d'emploi. Or telle n'est pas la situation des juristes d'entreprise dont les communications ne bénéficient en conséquence pas de cette protection. Le Tribunal a également souligné que, même si la reconnaissance spécifique du rôle du juriste d'entreprise et la protection des communications avec celui-ci se trouvaient plus répandues aujourd'hui qu'au moment du prononcé de l'arrêt AM & S, on ne pouvait cependant discerner des tendances uniformes ni clairement majoritaires à cet égard dans les droits des États membres de l'Union européenne. Le Tribunal de première instance a conclu son raisonnement par le constat que l'évolution du droit de la concurrence ne remettait pas en cause ces principes.

On rejoint ici la problématique, soulevée notamment par la ComCo lors de l'adoption de la LLCA, qui consiste à savoir s'il est justifié de faire une différence entre l'avocat

³⁸ Ordonnance du Tribunal de première instance du 4 avril 1990 dans l'affaire T-30/89 Hilti v. Commission, Rec., 1990, p. II-163.

³⁹ Ordonnance du Tribunal de première instance du 4 avril 1990 dans l'affaire T-30/89 Hilti v. Commission, Rec., 1990, p. II-163, N. 18.

⁴⁰ Ordonnance du Tribunal de première instance du 30 octobre 2003 dans les affaires jointes T-125/03R et T-235/03R Akzo et Akros v. Commission, non encore publié mais disponible sur www.curia.eu.int.

⁴¹ Sur cette question, voir DENRUYTNER, p. 751 ss et HUBER, *Zivilprozess-, Sanierungs- und Anwaltsrecht, Defizite des Anwaltsgeheimnisses in der Schweiz – Stellungnahme eines In-House Counsel*.

⁴² Arrêt du Tribunal de première instance du 17 septembre 2007 dans les affaires jointes T-125/03 & T-253/03.

indépendant et celui qui est employé d'une personne autre qu'un avocat⁴³. Il s'agit sans doute d'un des débats les plus cruciaux en cours actuellement, tant il est vrai que la réponse qu'on donnera à cette question sera susceptible à l'avenir de modifier profondément les traits de la profession. La question essentielle liée à cette problématique est celle de savoir si l'indépendance de l'avocat, généralement considérée comme l'un des traits caractéristiques de base de la profession, peut trouver sa place au sein de la relation d'employé qu'un *in-house counsel* entretient avec la société qu'il conseille.

VII. Conclusion

Ce tour d'horizon des profonds changements qui ont marqué la profession d'avocat au cours de ces dernières décennies est révélateur tant des enjeux auxquels les avocats sont confrontés que de la capacité, parfois limitée, qu'ils ont à se remettre en cause.

Le monde change, autour de la Suisse et plus encore autour des particularismes cantonaux. On peut le déplorer ou s'en réjouir, selon ses convictions ; on ne peut en tout cas pas l'ignorer, ce que le monde politique a majoritairement compris. Bien qu'en dehors de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, la Suisse adapte dans une large mesure sa législation au droit européen. La jurisprudence admet même qu'en cas de doute sur l'interprétation d'une norme librement empruntée par la Suisse au droit européen, cette interprétation doit être conforme à celle qui est donnée par les instances communautaires⁴⁴. C'est dire que la marge de manœuvre nationale se rétrécit.

S'il est un domaine où cette tendance s'est dessinée tôt, c'est bien celui de la concurrence, celui-là même où le professeur Tercier s'est illustré. Ce dernier montra qu'anticiper ou accompagner le mouvement vaut mieux que le subir et que les tentations de repli. Lorsque la communauté internationale travaille sans relâche à la libéralisation des marchés, il est simplement illusoire de se convaincre que les carcans législatifs locaux vont endiguer les vagues du changement et mettre les avocats helvétiques à l'abri. L'élaboration de principes légaux ou réglementaires adaptés aux circonstances nouvelles et aux réquisits de l'époque est une approche qu'un esprit quelque peu raisonnable ne manquera pas de privilégier.

Cela ne veut pas dire que la déréglementation à tout prix et qu'une libre concurrence échevelée constituent la réponse à tous les maux de notre époque; tant s'en faut. L'auteur de ces lignes a eu des débats animés avec le professeur Tercier, précisément sur la question de savoir quelles étaient les vertus – souvent supposées plutôt que vérifiées – de la libre concurrence libérée de toute contrainte. Il n'en reste pas moins que la part infime que le droit des avocats joue dans l'arsenal juridique que constitue l'ensemble des normes édictées par un Etat ne peut justifier un traitement particulier. Personne n'y songe sérieusement, sauf évidemment ceux des avocats qui aiment à se bercer d'illusions.

⁴³ Cf. *supra*, VI, C.

⁴⁴ ATF 130 III 182 consid. 5.5.1; 129 III 335 consid. 5.1 et 6.

Ces interrogations nous conduisent finalement à la question centrale qui se pose aux avocats: qu'est-ce qu'être avocat? Y-a-t-il des constantes qui, à travers les frontières et les époques, s'imposent comme étant des caractéristiques fondamentales du métier? Dans cet ordre d'idée, on peut ainsi se demander quels sont les points communs qui existent entre Cicéron plaidant à Rome, un avocat de la province française du XIX^{ème} siècle et l'associé d'aujourd'hui d'un grand cabinet new-yorkais ? Sans doute peu de choses, sinon que tous trois se chargent ou se sont chargés des intérêts privés, voire intimes, de tiers, qu'ils représentent devant les autorités, avec le goût de les défendre. L'indépendance, le secret professionnel et l'interdiction du conflit d'intérêts constituent sans doute les trois fondements du métier qui devraient être sauvegardés de façon stricte, dans les limites nécessaires à la protection des clients.

Les quelques grands sujets que je viens d'évoquer doivent trouver des réponses adaptées aux besoins de notre temps. L'idée – pourtant banale – de décrire l'avocat comme prestataire de services fait encore peur et ne cesse de susciter des réactions hostiles⁴⁵. L'avocat, de tradition française en tout cas, peine à s'imaginer comme un agent économique et attribue encore volontiers une fonction quasi sacralisée à son métier, prêt à penser que le fait de fournir des services signifierait obligatoirement l'abandon de tout principe déontologique ou éthique. Dans les défis que la profession d'avocat doit affronter actuellement et devra affronter dans le futur, on se souviendra utilement de l'enseignement du professeur Tercier: libéralisation des marchés et éthique, protection du client et développement harmonieux de la profession ne constituent pas forcément des notions antinomiques.

⁴⁵ Cf. *supra* note 20.

Bibliographie

- BOVET Christian, «*Recommandations de la commission <Avocats et nLCart> adoptées par la conférence des bâtonniers des 8–9 novembre 1996*» in *L'avocat suisse*, (Fédération suisse des avocats), No 165 (1996), 11 ss.
- CHAPPUIS Benoît, «*Portée et signification des règles déontologiques*», in *Droit suisse des avocats*, Berne 1998, p. 127 ss (cité: *Règles déontologiques*).
- CHAPPUIS Benoît, «*La pratique du barreau au sein d'une personne morale*», *Revue de l'avocat* (Fédération suisse des avocats) 2003, p. 261 ss (cité: *Personne morale*).
- DENRUYTNER Muriel, «*Le droit européen de la concurrence à l'épreuve du secret professionnel des juristes*», *RDAI* 2004, p. 751 ss.
- DREYER Dominique, «*L'avocat dans la société actuelle*», *RDS* 115 (1996) II 395 ss.
- FELLMANN Walter, Commentaire ad art. 394–406 CO, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, VI/2/4, Berne 1992.
- FELLMANN Walter/SIDLER Oliver, «*Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes*», Berne 1996.
- FELLMANN Walter/ZINDEL Gaudenz G., «*Kommentar zum Anwaltsgesetz*», Zurich – Bâle – Genève 2005.
- HUBER Michel, «*Zivilprozess-, Sanierungs- und Anwaltsrecht, Defizite des Anwaltsgeheimnisses in der Schweiz – Stellungnahme eines In-House Counsel*» in *Vertrauen – Vertrag – Verantwortung – Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag*, Zurich – Genève – Bâle 2007, p. 489 ss.
- NOBEL Peter, «*Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwälten*», in *Droit suisse des avocats*, Berne 1998, p. 339 ss.
- PFEIFER Michael, «*Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft*», *RDS* 1996 II 343 ss.
- PIOTET Denis, «*Déontologie notariale et droit suisse*», *SJ* 2002 II 275.
- ROŠ Mirko (éd.), «*L'honoraire de l'avocat et le résultat*»/Congrès général Fédération des barreaux d'Europe (FBE) 2006, Zurich 2007.
- TERCIER Pierre, «*Les avocats et la concurrence*», in *L'avocat suisse* (Fédération suisse des avocats), No 160 1/1996, 4.
- TILLA (DE) Maurizio, «*Postface*», in ROŠ Mirko (éds.), *L'honoraire de l'avocat et le résultat*/Congrès général Fédération des barreaux d'Europe (FBE) 2006, Zurich 2007, p. 153 ss.
- WERRO Franz, «*Les conflits d'intérêts de l'avocat*», in *Droit suisse des avocats*, Berne 1998, p. 231 ss.