

La réglementation des sociétés d'avocats en Suisse : entre protectionnisme et libéralisme

Étude de droit comparé

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du titre de docteur en droit

Par

Jérôme GURTNER

Jury :

Prof. François BOHNET
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Directeur de thèse

Prof. Blaise CARRON
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Rapporteur interne

Prof. Benoît CHAPPUIS
Faculté de droit de l'Université de Genève
Rapporteur externe

Soutenue le 6 juin 2016

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**LA RÉGLEMENTATION DES SOCIÉTÉS D'AVOCATS EN SUISSE : ENTRE
PROTECTIONNISME ET LIBÉRALISME**

Jérôme GURTNER

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. Minh Son Nguyen (président)
- M. François Bohnet (directeur de thèse)
- M. Blaise Carron (rapporteur interne)
- M. Benoît Chappuis (Professeur à l'Université de Genève, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 6 juin 2016

Christoph Müller
Doyen de la Faculté de droit

Résumé

La profession d'avocat a connu ces dernières années des bouleversements sans précédent, qu'il s'agisse de l'augmentation de la concurrence, de l'impact des technologies de l'information et de la communication, de l'influence de la mondialisation, de l'externalisation, des attentes de la nouvelle génération et des conséquences de la crise économique. Qui aurait imaginé, il y a quelques années, que des cabinets d'avocats entrent en bourse, que certains fassent de l'*outsourcing* juridique à l'étranger ou que des boutiques de droit ouvrent leurs portes dans des supermarchés ou des centres commerciaux ? Ce degré de libéralisation, qui existe d'ores et déjà dans certains ordres juridiques, est accentué par une concurrence à l'échelle planétaire, où chaque acteur souhaite pouvoir bénéficier d'un cadre réglementaire qui corresponde au niveau de celui de ses concurrents, afin d'assurer une égalité des chances (également désigné sous le terme anglo-saxon de *level playing field*). Dans ce contexte, il est indispensable de se pencher sur la réglementation des sociétés d'avocats dans d'autres pays, en particulier là où elle a fait l'objet d'un examen récent. Concernant la LLCA, adoptée il y a seize ans, il s'agit de se poser la question suivante : est-ce que cette loi régit la profession d'avocat comme elle est pratiquée aujourd'hui (c'est-à-dire essentiellement en groupe) ou comme elle l'était encore il y a quinze ou vingt ans (c'est-à-dire dans le sens d'un praticien individuel) ? Le projet préparé par la Fédération suisse des avocats (FSA) et transmis à la mi-février 2012 à l'Office fédéral de la justice apporte des améliorations indéniables en réglementant l'exercice collectif de la profession sous la terminologie « société d'avocats ». En revanche, l'auteur émet de sérieuses critiques concernant l'approche retenue pour réglementer les associés non inscrits. L'auteur propose un modèle qui s'inspire du projet de la FSA, tout en adoptant une approche différente, afin de permettre à des avocats de s'associer à des tiers, sans mettre en danger la sécurité du public et sans intervenir de manière excessive dans la liberté d'organisation de la société.

Abstract

In the past few years the legal profession has experienced unprecedented upheavals, whether in terms of increased competition, the impact of information and communication technologies, the influence of globalisation, outsourcing, expectations of the new generation or the consequences of the economic crisis. Who could have imagined a few years ago that law offices would be listed on the stock exchange, that some would outsource legal services overseas or that law firms would open their doors in supermarkets or shopping centres? This degree of liberalisation, which already exists in some legal systems, is intensified by competition on a global scale, where each player wants to be able to benefit from a regulatory framework similar to that of his competitors, to ensure a level playing field. In this context it is essential to address the regulations of law firms in other countries, particularly where they have been the subject of a recent examination. Concerning the LLCA (lawyers legal code), adopted sixteen years ago, this involves asking the following question: does this law regulate the profession of lawyer as it is practiced today (in other words mainly as a group) or as it was roughly fifteen or twenty years ago (in other words in favour of an individual practitioner)? The project prepared by the Swiss Bar Association (SBA) and submitted to the Federal Office of Justice mid-February 2012 proposes undeniable improvements by regulating the group exercise of the profession under the terminology “law firm”. However, the author has strong criticism for the approach retained to regulate non-registered partners. The author proposes an SBA project-inspired model, while adopting a different approach in order to allow lawyers to join forces with third parties without putting the public’s safety in danger and without intervening excessively in the company’s freedom of organisation.

Mots-clés

Sociétés d'avocats ; Études d'avocats ; Réglementation ; Déréglementation ; Libéralisation ; Règles professionnelles ; Surveillance disciplinaire ; Autorités de surveillance ; Indépendance ; Secret professionnel ; Interdiction des conflits d'intérêts ; LLCA ; ABS ; MDP.

Table des matières

Table des abréviations	XXI
Bibliographie	XXV
Introduction	1
Première partie : La réglementation d'un marché juridique en changement	5
Chapitre 1 : L'évolution générale	7
I. L'augmentation de la concurrence.....	7
II. L'impact des technologies de l'information et de la communication.....	10
III. L'influence de la mondialisation	14
A. Définitions et généralités.....	14
B. Le <i>level playing field</i>	16
IV. L'externalisation.....	18
V. Les attentes de la « génération Y »	22
VI. L'influence de la crise économique	24
Chapitre 2 : La remise en question du modèle traditionnel de l'étude d'avocats	27
I. D'un point de vue dogmatique.....	27
II. D'un point de vue juridique et de l'analyse économique du droit.....	33
III. D'un point de vue économique	37
A. La création de valeur	37
B. Les ressources	38
C. La participation et le financement	40
D. Les rétributions	42
IV. <i>Excursus</i> : le modèle d'Axiom.....	44
V. Remarques conclusives.....	46
Chapitre 3 : Les tendances récentes de la réglementation	49
I. L'autorité ou l'organisme chargé de la réglementation.....	49
A. L'autoréglementation	50
B. La coréglementation.....	54
C. La question d'une réglementation supranationale et l'échange d'informations entre les régulateurs.....	55
II. Le sujet de la réglementation et l'étendue du monopole	57

A.	Le sujet de la réglementation	57
B.	L'étendue du monopole	60
III.	Le moment de la réglementation	61
IV.	Le lieu de la réglementation	61
V.	Le mode et le type de réglementation.....	63
VI.	Les objectifs de la réglementation	65
Chapitre 4 : La pluralité des modes réglementaires et le niveau de la réglementation		67
I.	La pluralité des modes réglementaires	67
A.	Les trois modes réglementaires	67
B.	Les tensions entre la Commission européenne et le CCBE.....	68
1.	La position de la Commission européenne	68
2.	La position du CCBE.....	70
II.	Le niveau de la réglementation.....	72
A.	En tant que barrières à la liberté d'établissement	72
1.	Un cadre juridique très libéral	72
2.	Le risque de réintroduire des barrières.....	73
3.	Les questions à résoudre.....	74
4.	Quelques exemples concrets et développements récents	76
B.	L'analyse d'un point de vue économique.....	77
Chapitre 5 : Prédications concernant l'évolution possible		81
I.	Le marché fermé (jusqu'en 2008)	82
II.	L'ouverture d'une brèche dans le marché (2008-2016).....	82
III.	Le marché totalement ouvert (2016-2024)	83
IV.	Le marché en expansion (2020 et plus)	85
V.	Le marché multidimensionnel	86
VI.	Quelques remarques personnelles	87
Conclusions		89
Deuxième partie : La réglementation dans différents ordres juridiques		91
Chapitre 6 : Remarques concernant l'approche choisie		93
I.	Le but	93
II.	Les ordres juridiques choisis	94
III.	L'approche méthodologique choisie	95
IV.	La réglementation de la profession d'avocat et les traditions juridiques	96
Chapitre 7 : Australie		99
I.	Le contexte de la réforme	99
II.	La réglementation en Nouvelle-Galles du Sud en vigueur jusqu'au 30 juin 2015	101
A.	Introduction	101
B.	Les principes.....	102

1.	Devoir d'annonce.....	102
2.	<i>Legal practitioner director</i>	103
3.	Systèmes de gestion appropriés	104
4.	Obligations des non-avocats, des membres de l'ILP et du public	106
5.	Interdiction des ILP	107
C.	Le bilan de la réglementation	108
III.	La réglementation en Nouvelle-Galles du Sud en vigueur depuis le 1 ^{er} juillet 2015...	109
IV.	L'introduction en bourse d'études d'avocats	110
A.	Slater & Gordon Limited.....	111
B.	ILH Group Limited	114
V.	Analyse.....	117
Chapitre 8 : Angleterre et Pays de Galles		121
I.	Introduction	121
A.	<i>Solicitor</i>	121
B.	<i>Barrister</i>	123
II.	Le contexte de la réforme	124
III.	Le rapport Clementi.....	125
A.	Les objectifs et les principes du cadre de la réglementation	126
B.	Les différentes structures retenues	126
C.	<i>Legal Disciplinary Practices (LDP)</i>	127
1.	Les gérants et les propriétaires sont identiques	128
2.	Les gérants et les propriétaires sont différents	130
a.	Propriétaires inappropriés.....	130
b.	Pressions commerciales déraisonnables	131
c.	Les conflits d'intérêts	132
d.	Les restrictions à la propriété.....	132
D.	<i>Multi-Disciplinary Practices (MDP)</i>	133
1.	La portée de la réglementation.....	134
2.	Lorsque plusieurs professions sont impliquées	134
3.	Le secret professionnel	134
4.	La propriété extérieure.....	135
IV.	Le <i>Legal Services Act</i>	136
A.	Principes et objectifs	136
B.	Le « <i>Big Bang</i> ».....	137
V.	Les <i>Alternative Business Structures (ABS)</i>	138
A.	Introduction.....	139
1.	Définition.....	139
2.	Quelques exemples d'ABS	140

B.	Les concepts clés de la réglementation	141
1.	La réglementation de la propriété	141
2.	La réglementation des gérants et des employés	142
3.	HOLP et HOFA.....	143
4.	Le régime de l'autorisation.....	144
5.	La réglementation de l'entité	145
C.	Les conséquences de l'introduction des ABS	146
D.	Le point de vue du CCBE sur les ABS	149
VI.	Analyse	152
	Chapitre 9 : États-Unis	155
I.	La « <i>corporate practice of law doctrine</i> »	155
A.	Les fondements.....	155
B.	Les critiques.....	157
C.	La légitimité.....	158
II.	L'interdiction de la détention d'un cabinet d'avocats par un non-avocat	160
A.	Le principe.....	160
1.	Des <i>Canons</i> aux <i>Model Rules</i>	160
2.	La règle dans sa teneur actuelle	161
B.	L'exception.....	162
C.	Les tentatives de remise en question de l'interdiction.....	164
1.	La Commission Kutak.....	164
2.	La <i>Commission on Multidisciplinary Practice</i>	165
3.	La <i>Commission on Ethics 20/20</i>	167
a.	Le rôle et les objectifs de la Commission.....	167
b.	Les options envisagées par la Commission	167
(i)	Partenariats entre avocats et non-avocats, avec un plafond concernant la participation des non-avocats	168
(ii)	Partenariats entre avocats et non-avocats, sans plafond concernant la participation des non-avocats	168
(iii)	MDP offrant des services non-juridiques	168
(iv)	L'aval concernant des investissements extérieurs	169
(v)	Le modèle australien	169
c.	Le projet de Résolution	169
d.	Le <i>statu quo</i>	170
4.	Le projet de loi dans l'État de Caroline du Nord	171
D.	Quelques avis de doctrine	172
1.	Les partisans d'une réforme	172
2.	Les défenseurs du <i>statu quo</i>	174
III.	Analyse	176

Chapitre 10 : France	179
I. Les projets de réforme	179
A. Le rapport Attali.....	179
B. Le rapport Darrois.....	181
1. Introduction	181
2. Améliorer le fonctionnement des sociétés d'exercice libéral	181
3. Autoriser la création de structures interprofessionnelles	182
II. La société d'exercice libéral (SEL).....	183
A. Introduction.....	183
B. Forme commerciale et objet civil	184
C. L'interprofessionnalité d'exercice.....	184
D. Le capital social.....	185
1. Détention de la majorité du capital social et des droits de vote.....	185
2. Détention de la minorité du capital social et des droits de vote.....	186
III. L'interprofessionnalité capitalistique.....	187
A. Le choix législatif.....	187
B. Le fonctionnement des SPFPL	187
1. Le régime juridique.....	188
2. Les activités accessoires	188
3. La répartition du capital et la direction	189
4. Schémas de SPFPL regroupant avocats et experts-comptables.....	190
a. Égalité de participation de type <i>joint venture</i>	190
b. SPFPL détenue majoritairement par des experts-comptables	191
c. SPFPL détenue majoritairement par des avocats	192
IV. Le point de vue du Conseil National des Barreaux sur les ABS	192
V. Analyse.....	193
Chapitre 11 : Suède	195
I. L'organisation des cabinets d'avocats	195
A. La règle principale : seulement des avocats.....	195
B. L'exception : le directeur	196
II. Analyse.....	197
Chapitre 12 : Danemark	199
I. Le rapport <i>Copenhagen Economics</i>	199
A. Remarque introductive	199
B. Les avocats comme propriétaires	199
C. D'autres employés comme propriétaires	200
D. D'autres conseillers comme propriétaires.....	201
E. Les clients comme propriétaires.....	203

F.	Les investisseurs comme propriétaires.....	203
II.	Le « <i>partner test</i> »	204
III.	Analyse	206
	Conclusions	207
	Troisième partie : La réglementation en Suisse	213
	Chapitre 13 : Le cadre légal de la profession d’avocat	215
I.	La loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA).....	215
A.	L’objet	216
B.	Les buts.....	217
C.	Le champ d’application personnel	218
D.	L’inscription à un registre professionnel.....	219
1.	Le principe	219
2.	Les conditions	220
3.	Les effets	221
E.	L’indépendance.....	222
1.	Les fondements et la portée du principe	222
a.	Indépendance à l’égard des autorités.....	224
b.	Indépendance à l’égard des tiers	225
c.	Indépendance à l’égard du client.....	226
2.	La genèse de la disposition	227
a.	Le projet du Conseil fédéral	227
b.	Aperçu des travaux parlementaires	228
(i)	Conseil national : décision modifiant le projet du Conseil fédéral	228
(ii)	Conseil des États : divergences	231
(iii)	Conseil national : divergences	232
(iv)	Conseil des États : renvoi à la Commission.....	233
(v)	Conseil des États : divergences	233
(vi)	Adoption de la loi par le Conseil national et le Conseil des États	234
3.	Le texte adopté	235
4.	Commentaires et analyse	235
F.	Le secret professionnel	243
1.	Les fondements et la portée du principe	243
2.	Le champ d’application	244
3.	La genèse de la disposition	245
a.	Le projet du Conseil fédéral	245
b.	Aperçu des travaux parlementaires	245

(i)	Conseil national : décision modifiant le projet du Conseil fédéral.....	246
(ii)	Conseil des États : divergences.....	246
(iii)	Conseil national : divergences	247
(iv)	Conseil des États : divergences.....	247
(v)	Conseil national : divergences	248
(vi)	Conseil des États : adhésion.....	248
4.	Le texte adopté.....	249
5.	Commentaires et analyse	249
G.	L'interdiction des conflits d'intérêts.....	251
1.	Les fondements et la portée du principe.....	251
2.	Les types de conflits	252
a.	La double représentation	252
b.	Les mandats opposés	253
c.	Les intérêts propres de l'avocat	254
3.	Les conséquences en cas de conflit d'intérêts	254
II.	Les règles cantonales sur la profession d'avocat.....	254
III.	La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)	255
A.	L'objet, les buts et les principes	255
B.	L'arrêt de principe (ATF 134 II 329)	256
	Chapitre 14 : Quelques décisions cantonales	259
I.	Obwald	259
A.	Décision du 29 mai 2006.....	259
1.	Résumé de l'affaire	259
2.	La liberté d'organisation	260
3.	Le principe de l'indépendance	260
a.	Remarques introductives	260
b.	L'indépendance institutionnelle d'avocats employés par une société entièrement contrôlée par des avocats inscrits.....	262
c.	L'indépendance institutionnelle appliquée à l'article 12 lettre b et c LLCA	263
(i)	Les instructions données à l'avocat par le conseil d'administration.....	263
(ii)	L'exercice de l'activité professionnelle « en son nom personnel » et « sous sa propre responsabilité »	264
(iii)	Le but de la société	264
4.	Le secret professionnel	265
5.	Le régime de responsabilité	265
6.	Commentaires	266

	B. Décision du 2 octobre 2008	268
II.	Zurich.....	269
	A. Décision du 5 octobre 2006	269
	1. Résumé de l'affaire	269
	2. Indépendance institutionnelle	269
	3. Sociétés anonymes d'avocats	271
	a. Opinion majoritaire des membres de la Commission	271
	b. Opinion minoritaire des membres de la Commission.....	272
	4. Situation de la SA dans le cas d'espèce	273
	a. Le but de la société	273
	b. L'assemblée générale.....	274
	c. Le conseil d'administration.....	276
	(i) Les décisions	276
	(ii) La direction	277
	(iii) Le président du conseil d'administration.....	277
	(iv) Les principes qui régissent l'acceptation des mandats et l'exercice de la profession	278
	(v) Le pouvoir de donner des directives	279
	5. Règles professionnelles et secret professionnel	279
	a. Règles professionnelles.....	279
	b. Secret professionnel	281
	B. Décision du 6 mai 2010	281
	1. Détention d'une société d'avocats suisse par une société allemande	282
	2. <i>Excursus</i> : admissibilité d'une holding d'avocats en Suisse	282
	3. Détention d'une société d'avocats suisse par des avocats des États membres de l'UE/AELE qui exercent en Suisse à titre permanent au sens des art. 27 ss LLCA.....	283
	4. Détention d'une société d'avocats suisse par des avocats des États membres de l'UE/AELE qui exercent à l'étranger	284
III.	Genève	284
	A. Arrêt du Tribunal administratif du 11 mars 2008.....	284
	1. Résumé de l'affaire	285
	2. Le principe de la force dérogatoire du droit fédéral.....	285
	3. Renvoi à la décision zurichoise du 5 octobre 2006.....	286
	4. Actionnaire de la société d'avocats suisse exerçant à Londres	286
	5. La pratique de la Commission du barreau	286
	6. Commentaires.....	287
	a. Le maintien de la prohibition de l'association multidisciplinaire	287

b.	La question du niveau de la réglementation dans un marché de libre circulation.....	288
B.	Arrêt du Tribunal administratif du 29 avril 2008.....	288
1.	Résumé de l'affaire.....	288
2.	L'intérêt public au caractère effectif de la surveillance.....	289
3.	Commentaires.....	289
C.	Arrêt du Tribunal administratif du 12 janvier 2010.....	290
1.	Résumé de l'affaire.....	290
2.	Société anonyme avec un actionnaire et un administrateur unique.....	291
3.	Société anonyme avec un vécu commercial antérieur.....	291
4.	Utilisation des termes « et Cie ».....	292
Chapitre 15 : La jurisprudence du Tribunal fédéral		293
I.	Admissibilité d'une société anonyme d'avocats entièrement contrôlée et gérée par des avocats inscrits (ATF 138 II 440).....	293
A.	Résumé de l'affaire.....	293
B.	La loi garantit l'indépendance à deux niveaux différents.....	294
C.	L'indépendance d'avocats employés par des personnes non inscrites au registre.....	295
D.	L'indépendance d'avocats employés par une étude d'avocats.....	296
E.	Interprétation téléologique plutôt que littérale.....	296
F.	Commentaires.....	298
1.	La portée de l'arrêt.....	298
2.	L'indépendance institutionnelle.....	298
a.	La pertinence de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA.....	298
b.	Mieux délimiter et analyser les risques.....	300
c.	La détermination d'un niveau minimum d'indépendance institutionnelle.....	301
II.	Examen de la demande d'inscription d'une avocate employée d'une société d'avocats régie par le droit étranger (ATF 140 II 102).....	303
A.	Résumé de l'affaire.....	303
B.	Indépendance institutionnelle et matérielle.....	304
C.	Avocat exerçant à côté d'une activité salariée.....	305
D.	Avocat exerçant sa profession comme employé.....	305
1.	D'une étude traditionnelle.....	305
2.	D'une personne morale.....	306
E.	Examen de la situation des associés de la LLP.....	306
1.	Les arguments de l'avocate.....	306
2.	La position du Tribunal fédéral.....	307
F.	Les restrictions à la liberté économique.....	308

G.	Commentaires	308
1.	La différence entre associé et collaborateur	309
2.	Les autres possibilités d'organisation pour la LLP	310
3.	La question des investigations nécessaires	313
4.	Les études d'avocats globales et le respect des règles professionnelles	314
III.	Examen de l'inscription d'un avocat exerçant une activité d'avocat indépendant en parallèle de son activité d'associé gérant unique d'une Sarl (TF 2C_560/2015)	315
A.	Résumé de l'affaire	316
B.	En droit	316
C.	Commentaires	318
Chapitre 16 : Quelques arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne		321
I.	L'arrêt AM & S Europe Limited (1982)	321
II.	L'arrêt Wouters (2002)	322
A.	La question de l'application de l'art. 101 § 1 TFUE	323
1.	L'avocat	323
2.	L'ordre professionnel	323
B.	La question de l'entrave à la libre concurrence dans le marché intérieur	324
III.	L'arrêt Akzo Nobel et al. (2010)	325
IV.	L'arrêt Puke (2012)	327
V.	Quelques réflexions concernant le rapport de subordination et l'indépendance	329
Chapitre 17 : La question de la nécessité d'une réforme		331
I.	Les nouveaux défis à relever	331
A.	Tenir compte de l'évolution de la profession	331
B.	Harmoniser et/ou uniformiser les pratiques	333
II.	Privilégier une solution jurisprudentielle ou législative	334
III.	Réglementer les sociétés de capitaux d'avocats, l'exercice en groupe ou l'association multidisciplinaire	337
A.	Dissocier la problématique des sociétés de capitaux d'avocats de la multidisciplinarité	337
B.	Dissocier les questions de droit des sociétés des règles professionnelles régissant la profession d'avocat	338
C.	Supprimer les inégalités de traitement	340
IV.	Définir ou redéfinir le rôle de l'autorité de surveillance	342
Chapitre 18 : Le projet de loi fédérale sur la profession d'avocat		345
I.	Introduction	345
A.	Préparation d'un projet par la FSA	345
B.	Remarques concernant certaines critiques	345
C.	Motion visant à l'élaboration d'une loi réglant tous les aspects de la profession d'avocat	347

II.	Aperçu du projet sous l'angle de la société d'avocats.....	348
III.	Examen du projet.....	350
A.	Les points positifs	350
1.	Détermination du but de la loi.....	350
2.	Reconnaissance et réhabilitation des sociétés d'avocats	351
3.	Égalité de traitement entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux	352
4.	Prohibition des investissements passifs.....	353
5.	Projet libéral « dans son esprit »	354
6.	Maintenir le caractère d'une étude d'avocats	355
7.	Nouvelle disposition pénale	356
B.	Les critiques	357
1.	Justification du modèle sous l'angle de l'indépendance institutionnelle	357
a.	Lorsque les associés non inscrits sont légalement soumis aux mêmes règles que les avocats inscrits	357
b.	Une solution trop schématique	359
2.	Les associés non inscrits en tant qu'associés de seconde classe.....	362
3.	Le respect des règles professionnelles par des associés et par des tiers non inscrits.....	363
a.	En général.....	363
b.	Les « prestations de service typiques d'une activité d'avocat ».....	364
c.	Le respect des règles sans la menace de sanctions.....	364
d.	Le « surveillant surveillé »	365
e.	La compréhension des règles professionnelles des avocats par les associés non inscrits	366
f.	Les risques de « double déontologie »	366
g.	La question du secret professionnel.....	367
Chapitre 19 : Proposition d'un modèle		371
I.	Remarques introductives	371
II.	La mise en place d'une réglementation plus proactive	372
III.	Étendre le sujet de la réglementation/surveillance	376
IV.	Réglementer les associés non inscrits	379
A.	Autorisation.....	379
B.	Formation.....	380
C.	Obligation de s'abstenir d'influencer les avocats inscrits.....	381
D.	Suspension ou retrait de l'autorisation	382
V.	Réglementer la société.....	382
A.	Les conditions minimales	382
1.	Proposition.....	382
2.	Justification de la proposition	383

	B. Suspension ou retrait de l'autorisation	386
VI.	Mise en place de garde-fous supplémentaires	386
	A. Le cercle des personnes astreintes au secret professionnel.....	386
	B. Sanctionner les influences indues	387
	C. Inspection de la société d'avocats	388
	D. Clause de conscience	389
	E. Obligation d'informer les clients	389
	Conclusions	391
	Annexes	A-1
	Annexe 1 : Synthèse, sous la forme d'un tableau, de l'enquête menée par l'auteur auprès des responsables des délégations des pays membres du CCBE, ainsi qu'auprès d'associations des barreaux de différents pays	A-3
	Annexe 2 : Legal Profession Act 2004 No 112, Nouvelle-Galles du Sud, Australie (en vigueur jusqu'au 30 juin 2015) (extraits)	A-11
	Annexe 3 : Self-assessment of « appropriate management systems » for incorporated legal practices in New South Wales	A-37
	Annexe 4 : Legal Profession Uniform Law No 16a, Nouvelle-Galles du Sud, Australie (en vigueur dès le 1 ^{er} juillet 2015) (extraits).....	A-55
	Annexe 5 : Legal Services Act 2007, Angleterre et Pays de Galles (extraits)	A-73
	Annexe 6 : Enquête menée sur les ABS par la SRA, mai 2014	A-171
	Annexe 7 : Schéma concernant l'assujettissement à autorisation des ABS	A-205
	Annexe 8 : Structure d'une ABS et autorisations requises	A-209
	Annexe 9 : Projet de loi fédérale sur la profession d'avocat préparé par la FSA (V2 15 février 2012).....	A-215

Table des abréviations

§	Paragraphe
ABA	American Bar Association
ABS	Alternative Business Structure
ad	à
AELE	Association européenne de libre échange
aff.	affaire
AJA	Administration of Justice Act 1985
al.	alinéa(s)
ALCP	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681)
art.	article(s)
ASX	Australian Securities Exchange
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BGBM	= LMI
BGFA	= LLCA
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des États
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BRAK	Bundesanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung du 10 octobre 2013 (Allemagne)
BSB	Bar Standards Board
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (=ZGB, CC ; RS 210)
CCBE	Conseil des barreaux européens
CDA	convention d'actionnaires
CEO	Chief Executive Officer

CERT	Centre d'étude des relations de travail de l'Université de Neuchâtel
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CNB	Conseil National des Barreaux
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations (= OR, CO ; RS 220)
consid.	considérant
<i>contra</i>	d'un avis contraire
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (= StGB, CP ; RS 311.0)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (= BV, Cst. ; RS 101)
DCA	Department for Constitutional Affairs
dir.	sous la direction de
éd.	édition
édit.	éditeur ou éditeurs
et al.	<i>et alii</i> (= et autres)
etc.	<i>et caetera</i>
EU	= UE
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité de surveillance des marchés financiers
FLR	Front Line Regulators
FSA	Fédération suisse des avocats (= SAV, SBA)
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zurich)
HOFA	Head of Finance and Administration
HOLP	Head of Legal Practice
<i>i.f.</i>	<i>in fine</i> , à la fin
<i>i.i.</i>	<i>in initio</i> , au début
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (renvoi à la note précédente)
ILH	ILH Group Limited
ILP	Incorporated Legal Practice
<i>infra</i>	ci-dessous

ISDC	Institut suisse de droit comparé
JdT	Journal des Tribunaux
KG	= LCart
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (= KG, LCart ; RS 251)
LDP	Legal Disciplinary Practice
let.	lettre(s)
LLCA	Loi fédérale du 30 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats) (= BGFA, LLCA ; RS 935.61)
LLP	Limited Liability Partnership
LMI	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (= BGBM, LMI ; RS 943.02)
LPA	Legal Profession Act 2004 (abrogé)
LPO	Legal process outsourcing
LPUL	Legal Profession Uniform Law 2014 (Nouvelle-Galles du Sud, Australie)
LSA	Legal Services Act (Angleterre et Pays de Galles)
LSB	Legal Services Board
MDP	Multi-Disciplinary Practices/Multidisciplinary Practices
No	numéro
NSW	New South Wales (Nouvelle-Galles du Sud)
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économique
OFT	Office of Fair Trading
OLSC	Office of the Legal Services Commission
OR	= CO
p. ex.	par exemple
p.	page
PJA	Pratique juridique actuelle
pp.	pages
RAG	Rechtsanwaltsgesetz du 8 novembre 2013 (Liechtenstein)
RAO	Rechtsanwaltsordnung (Autriche)

RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse (= ZSR)
rés.	résumé
rév.	révisé(e)
RIN	Règlement Intérieur National de la profession d'avocat du 17 février 2016
RLRQ	Recueil des lois et des règlements du Québec
RO	Recueil officiel du droit fédéral
ROCA	règlement d'organisation du conseil d'administration
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (= SZW)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
SA	société anonyme
Sàrl	société à responsabilité limitée
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband (= FSA, SBA)
SBA	Swiss Bar Association (= SAV, FSA)
SCAG	Standing Committee of Attorney-General
SEL	société d'exercice libéral
SJ	Semaine judiciaire
SPFPL	société de participations financières de professions libérales
SRA	Solicitors Regulation Authority
ss	et suivant(e)s
<i>supra</i>	ci-dessus
SZW	= RSDA
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne (= EU)
US	United States
v.	<i>versus</i>
vol.	volume
ZGB	= CC
ZSR	= RDS

Bibliographie

- ADAMS Edward S., *Rethinking the Law Firm Organizational Form and Capitalization Structure*, in *Missouri Law Review*, Vol. 78, No 3, 2013, pp. 777-818 [ADAMS, *Rethinking the Law Firm Organizational Form*]
- ADAMS Edward S./MATHESON John H., *Law Firms on the Big Board: A Proposal for Nonlawyer Investment in Law Firms*, in *California Law Review*, Vol. 86, No 1, 1998, pp. 1-40 [ADAMS/MATHESON, *Law Firms on the Big Board*]
- ALCHIAN Armen A./DEMSETZ Harold, *The Property Right Paradigm*, in *The Journal of Economic History*, Vol. 33, No 1, p. 16-27 [ALCHIAN/DEMSETZ, *The Property Right Paradigm*]
- ANDREWS Thomas R., *Nonlawyers in the Business of Law: Does the One Who Has the Gold Really Make the Rules?*, in *Hastings Law Journal*, Vol. 40, 1989, pp. 577-656 [ANDREWS, *Nonlawyers in the Business of Law*]
- ASSIER-ANDRIEU Louis (dir.)/FILLON Catherine/GAZZANIGA Jean-Louis/HALPÉRIN Jean-Louis/LEUWERS Hervé/SCHLAG Pierre, *L'indépendance des avocats, Le long chemin d'une liberté*, Paris 2015 [ASSIER-ANDRIEU et al., *L'indépendance des avocats*]
- ATTALI Jacques (dir.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France*, La documentation française, 2008 [ATTALI, *Rapport*]
- BARTON Benjamin H., *Glass Half Full : The Decline and Rebirth of the Legal Profession*, Oxford 2015 [BARTON, *Glass Half Full*]
- BARTON Benjamin H., *The Lawyer's Monopoly – What Goes and What Stays*, in *Fordham Law Review*, Vol. 82, 2014, pp. 3067-3090 [BARTON, *The Lawyer's Monopoly*]
- BENICHOU Michel, *L'Europe, les avocats & la concurrence*, in *Rapport présenté et adopté lors de l'assemblée générale du Conseil National des Barreaux (CNB)*, le 10 février 2007 [BENICHOU, *L'Europe, les avocats & la concurrence*]

- BESSY Christian, *L'organisation des activités des avocats – Entre monopole et marché*, Issy-les-Moulineaux 2015 [BESSY, *L'organisation des activités des avocats*]
- BEVAN Simon, *Evolving Business Structures for Law Firms*, Londres 2010 [BEVAN, *Evolving Business Structures*]
- BIANCHI DELLA PORTA Manuel/LAMBELET Blaise, *Étude d'avocats et gouvernance (Partie I)*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 17, No 10, 2014, pp. 424-428 [BIANCHI DELLA PORTA/LAMBELET, *Étude d'avocats et gouvernance (Partie I)*]
- BIANCHI DELLA PORTA Manuel/LAMBELET Blaise, *Étude d'avocats et gouvernance (Partie II)*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 17, No 11/12, 2014, pp. 467-471 [BIANCHI DELLA PORTA/LAMBELET, *Étude d'avocats et gouvernance (Partie II)*]
- BIANCHI DELLA PORTA Manuel/PHILIPPIN Edgar, *Pratique du métier d'avocat en société de capitaux : une réponse adéquate à l'évolution de la profession*, in *GesKR* 2010, pp. 163-185 [BIANCHI/PHILIPPIN]
- BOHNET François, *Conflits d'intérêts : seuls les risques concrets comptent*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 11, No 8, 2008, pp. 364-366 [BOHNET, *Conflits d'intérêts*]
- BOHNET François, *Droit des professions judiciaires : avocat, notaire, juge*, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel 2014 [BOHNET, *Droit des professions judiciaires*]
- BOHNET François, *Le Tribunal fédéral, l'avocat et l'ASLOCA*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 16, No 6/7, 2013, pp. 305-307 [BOHNET, *Le Tribunal fédéral, l'avocat et l'ASLOCA*]
- BOHNET François, *Prêt du client en faveur de son avocat : mise en péril du principe d'indépendance, risque de conflits d'intérêts et atteinte au devoir de diligence*, in *RSJ*, Vol. 106, No 2, 2010, pp. 40-43 [BOHNET, *Prêt du client en faveur de son avocat*]
- BOHNET François, *Procédure civile*, 2^e éd., Bâle/Neuchâtel 2014 [BOHNET, *Procédure civile*]
- BOHNET François/MARTENET Vincent, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009 [BOHNET/MARTENET]
- BOLOCAN Maya Goldstein, *Professional Legal Ethics: A Comparative Perspective*, in Central European and Eurasian Law Initiative (CEELI), Concept Paper Series, 2002 [BOLOCAN, *Professional Legal Ethics*]
- BOWIE Norman, *The Law: From a Profession to a Business*, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 41, 1988, pp. 741-759 [BOWIE, *The Law*]
- BRAUNSCHWEIG Jean-Michel/DEMAISON Jack, *Profession Avocat, Le guide*, Rueil-Malmaison 2011 [BRAUNSCHWEIG/DEMAISON, *Profession Avocat*]

- BRIGNON Bastien, *La société d'exercice libéral d'avocats*, Aix-en-Provence 2013 [BRIGNON, *La société d'exercice libéral d'avocats*]
- BRUNNER Alexander/HENN Matthias-Christoph/KRIESI Kathrin, *Anwaltsrecht*, Zurich 2015 [BRUNNER/HENN/KRIESI]
- BRUNNER Herbert, *Die Anwaltsgemeinschaft*, thèse, Fribourg 1977 [BRUNNER, *Die Anwaltsgemeinschaft*]
- BUCHELER Rémy, *Formation continue des avocats, comparaison franco-suisse*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 16, No 5, 2013, pp. 227-232 [BUCHELER, *Formation continue des avocats*]
- BUYLE Jean-Pierre, *La participation de tiers dans les sociétés d'avocats: nouvelle forme de gestion patrimoniale ou nouvelles sources de financement des cabinets ?* in BERTIN Olivier/BLONDÉ Barend/BUYLE Jean-Pierre/CARNOY Gilles/DE CALLATAÏ Étienne/DE WOLF Michel/DE WOLF Patrick/GATZ Michel, *La société professionnelle d'avocats, Actualités déontologiques, fiscales, comptables et financières*, Louvain-la-Neuve 2010, pp. 65-91 [BUYLE, *La participation de tiers dans les sociétés d'avocats*]
- BUYLE Jean-Pierre/LENAERTS Jean-Sébastien, *Le monopole de l'avocat : privilège anachronique ou impérative nécessité ?* in BUYLE Jean-Pierre/DE BRIEY Renaud/HENROTTE Jean-François/HENRY Patrick/JACUBOWITZ Emmanuel/JONLET Anne/LE MAIRE Benoît/LENAERTS Jean-Sébastien/MEEÛS Luc G.C./TAYMANS Jean-François, *Les monopoles professionnels – avocat, architecte, notaire, géomètre-expert et expert judiciaire*, Louvain-la-Neuve 2010, pp. 21-80 [BUYLE/LENAERTS]
- BYDZOVSKY Caroline, *L'ordre des avocats de Genève*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 17, No 1, 2014, pp. 11-16 [BYDZOVSKY, *L'ordre des avocats de Genève*]
- CAMUS Armand-Gaston, *Lettres sur la profession d'avocat et bibliothèque choisie des livres de droit qu'il est le plus utile d'acquérir et de connaître*, 4^e éd., Paris 1818 [CAMUS, *Lettres sur la profession d'avocat*]
- CARR Jack/MATHEWSON Frank, *The Economics of Law Firms: A Study in the Legal Organization of the Firm*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 33, No 2, 1990, pp. 307-330 [CARR/MATHEWSON, *The Economics of Law Firms*]
- CARR Jack/MATHEWSON Frank, *Unlimited Liability as a Barrier to Entry*, in *Journal of Political Economy*, Vol. 96, No 4, 1988, pp. 766-784 [CARR/MATHEWSON, *Unlimited Liability as a Barrier to Entry*]
- CHAPPUIS Benoît, *Droit de la concurrence et droit des avocats, la fin des tabous*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève 2008, pp. 571-586 [CHAPPUIS, *Droit de la concurrence*]

- CHAPPUIS Benoît, *La pratique du barreau au sein d'une personne morale: Réflexions de lege ferenda sous l'angle de l'indépendance de l'avocat*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 8, 2003, pp. 261-264 (CHAPPUIS, indépendance)
- CHAPPUIS Benoît, *La profession d'avocat, Tome I – Le cadre légal et les principes essentiels*, 2^e éd., Genève 2016 [CHAPPUIS, *La profession d'avocat Tome I*]
- CHAPPUIS Benoît, *La profession d'avocat, Tome II – La pratique du métier : De la gestion d'une étude et la conduite des mandats à la responsabilité de l'avocat*, Genève 2013 [CHAPPUIS, *La profession d'avocat Tome II*]
- CHASERANT Camille/HARNAY Sophie, *Déréglementer la profession d'avocat en France ? Les contradictions des analyses économiques*, in *Revue Internationale de droit économique*, Tome XXIV, 2010/2, pp. 147-183 [CHASERANT/HARNAY, *Déréglementer la profession d'avocat en France ?*]
- CHRISTE Pierre, *L'indépendance et la dignité de l'avocat*, in *Revue jurassienne de jurisprudence*, 1997, pp. 181-195 [CHRISTE]
- COHEN Julius Henry, *The Law: Business Or Profession?*, New York 1919 [COHEN]
- Copenhagen Economics, *The Legal Profession: Competition and liberalisation*, janvier 2006 [Copenhagen Economics]
- CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse*, 3^e éd., Vol. 2, Berne 2010 [CORBOZ, *Les infractions*, vol. 2]
- CRAMTON Roger C., *A Comparative Look at Ethics Rules and Professional Ideologies in a Time of Change*, in BARCELO John J./CRAMTON Roger C., *Lawyers' Practice and Ideals: A Comparative View*, Leiden 1999, pp. 267-274 [CRAMTON, *A Comparative Look*]
- D'ANGELO Carlo, *Overseas Legal Outsourcing and the American Legal Profession: Friend or 'Flattener'?*, in *Texas Wesleyan Law Review*, Vol. 14, 2008, p. 167 ss [D'ANGELO, *Overseas Legal Outsourcing*]
- DAL Georges-Albert (dir.)/FORWOOD Nicholas/MARTENS Paul/PLENDER Richard/SPIELMANN Dean, *Le secret professionnel de l'avocat et la jurisprudence européenne*, 2^e éd., Bruxelles 2010 [DAL et al., *Le secret professionnel*]
- DAL Georges-Albert, *L'arrêt du Tribunal fédéral du 6 décembre 2013 et le droit de l'UE*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 17, No 3, 2014, pp. 135-138 [DAL, *L'arrêt du Tribunal fédéral du 6 décembre 2013*]
- DARCET-FELGEN Anouk, *Pluridisciplinarité et concurrence*, in FAVREAU Bertrand, *L'avocat dans le droit européen*, Bruxelles 2008, pp. 35-48 [DARCET-FELGEN, *Pluridisciplinarité et concurrence*]

- DARROIS Jean-Michel (dir.), *Rapport sur les professions du droit*, mars 2009 [DARROIS, *Rapport*]
- DEAN James, *How Legal Process Outsourcing Is Changing The Legal Landscape*, Law Society Gazette, le 25 février 2010 [DEAN, *Legal Process Outsourcing*]
- DEECH Ruth, *How the Legal Services Act 2007 has Affected Regulation of the Bar*, in Legal Information Management, Vol. 11, No 2, juin 2011, pp. 88-91 [DEECH]
- DEFFAINS Bruno, *Organisation et gouvernance des sociétés d'avocats : les enjeux de l'ouverture aux capitaux extérieurs et de l'interprofessionnalité capitalistique*, étude réalisée pour le compte du Conseil national des barreaux, septembre 2010 [DEFFAINS, *Organisation et gouvernance des sociétés d'avocats*]
- DESTEFANO Michele, *Nonlawyers Influencing Lawyers: Too Many Cooks in the Kitchen or Stone Soup?*, in Fordham Law Review, Vol. 80, No 6, 2012, pp. 2791-2845 [DESTEFANO, *Nonlawyers Influencing Lawyers*]
- DEVLIN Richard/MORISON Ora, *Access to Justice and the Ethics and Politics of Alternative Business Structures*, in Canadian Bar Review, Vol. 91, No 3 2012, disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=2437035> [DEVLIN/MORISON]
- DINGWALL Robert/FENN Paul, *"A Respectable Profession?" Sociological and Economic Perspectives on the Regulation of Professional Services*, in International Review of Law and Economics, Vol. 7, No 1, 1987, pp. 51-64 [DINGWALL/FENN, *A Respectable Profession?*]
- DOWELL Katy, *Russel Jones & Walker acquired by listed Aussie firm Slater & Gordon*, The Lawyer, 30 janvier 2012, disponible sur : <http://www.thelawyer.com/analysis/the-lawyer-management/abs-news-and-analysis/russell-jones-and-walker-acquired-by-listed-aussie-firm-slater-and-gordon/1011140.article> [DOWELL, *Russel Jones & Walker*]
- DREYER Dominique/DUBEY Bernard, *La place des avocats dans les accords sectoriels et leur rôle dans leur application*, in FELDER Daniel/KADDOUS Christine, *Accords bilatéraux Suisse – UE*, Bâle 2001, pp. 209-235 [DREYER/DUBEY, *La place des avocats dans les accords sectoriels*]
- DROLSHAMMER Jens, *The Future Legal Structure of International Law Firms – Is the Experience of the Big Five in Structuring, Auditing and Consulting Organizations Relevant?*, in DROLSHAMMER Jens/PFEIFER Michael, *The internationalization of the practice of law*, La Haye 2001, pp. 449-512 [DROLSHAMMER, *The Future Legal Structure*]

- DROLSHAMMER Jens/PFEIFER Michael, *Introduction: On the Way to a Globalized Practice of Law?!*, in DROLSHAMMER/PFEIFER (édit.), *The Internationalization of the Practice of Law*, 2001, pp. 13-29 [DROLSHAMMER/PFEIFER, *Introduction*]
- DU PASQUIER Shelby/FISCHER Philipp, *La responsabilité civile de l'avocat dans une étude constituée en personne morale*, in RSDA 2008, pp. 548-562 [DU PASQUIER/FISCHER, *La responsabilité civile de l'avocat*]
- DZIENKOWSKI John S., *The Future of Big Law: Alternative Legal Service Provideers to Corporate Clients*, in *Fordham Law Review*, Vol. 82, 2014, pp. 2995-3040 [DZIENKOWSKI, *The Future of Big Law*]
- ELKAIM Elie/DEMIERRE Bertrand, *L'ordre des avocats vaudois*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 17, No 5, 2014, pp. 202-206 [ELKAIM/DEMIERRE, *l'Ordre des avocats vaudois*]
- EMPSON Laura, *Your Partnership – Surviving and Thriving in a Changing World: The Special Nature of Partnership*, in *Managing the Modern Law Firm, New Challenges, New Perspectives*, New York 2010 [EMPSON]
- FAMA Eugene F./JENSEN Michael C., *Agency Problems and Residual Claims*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, No 2, 1983, pp. 327-349 [FAMA/JENSEN, *Agency Problems and Residual Claims*]
- FAMA Eugene F./JENSEN Michael C., *Separation of Ownership and Control*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, No 2, 1983, pp. 301-325 [FAMA/JENSEN, *Separation of Ownership and Control*]
- FAVREAU Bertrand, *Le devoir d'indépendance : indépendance du barreau et indépendance de l'avocat*, in FAVREAU Bertrand, *L'avocat dans le droit européen*, Bruxelles 2008, pp. 7-23 [FAVREAU, *Le devoir d'indépendance*]
- FEDORAK Jeanette, *Le dégroupement des services juridiques : l'heure est-elle arrivée ?*, in *Idées et actualités sur la réforme de la justice civile*, Numéro 12, Printemps 2009, pp. 14-15 [FEDORAK, *Le dégroupement des services juridiques*]
- FELLMANN Walter, *Anwaltsgesellschaften: zum Stillstand der Arbeiten im SAV – eine Replik zum Bericht von Ulrich Hirt in der Anwaltsrevue 6-7/2004*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 7, No 8, 2004, pp. 277-279 [FELLMANN, *Anwalts-gesellschaften*]
- FELLMANN Walter, *Rechtsformen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 6, No 10, 2003, pp. 339-353 [FELLMANN, *Rechts-formen der Zusammenarbeit*]
- FELLMANN Walter/ZINDEL Gaudenz G. (édit.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2^e éd., Zurich 2011 [BGFA-AUTEUR]

- FISCHER Sylvie, *Avocats sanctionnés en toute discrétion*, in *Plaidoyer*, Vol. 33, No 1, 2015, pp. 9-11 [FISCHER, *Avocats sanctionnés*]
- FISCHER Sylvie, *L'informatisation de la justice ne séduit pas les avocats*, in *Plaidoyer*, Vol. 33, No 6, 2015, pp. 21-24 [FISCHER, *L'informatisation de la justice*]
- FLOOD John, *Institutional Bridging: How Large Law Firms Engage in Globalization*, in *Boston College Law Review*, Vol. 54, No 1, 2013, pp. 1087-1121 [FLOOD, *Institutional Bridging*]
- FLOOD John, *Legal Education in the Global Context: Challenges from Globalization, Technology and Changes in Government Regulation*, in *University of Westminster School of Law Research Paper No 11-16*, 2011 [FLOOD, *Legal Education*]
- FLOOD John, *PI(I)GS Might Fly!*, in *John Flood's Random Academic Thoughts (RATs)*, 6 janvier 2012, disponible sur : <http://johnflood.blogspot.ch/2012/01/piigs-might-fly.html> [FLOOD, *PI(I)GS Might Fly!*]
- FLOOD John, *Tesco (Ireland) Law?*, in *John Flood's Random Academic Thoughts (RATs)*, 27 novembre 2011, disponible sur : <http://johnflood.blogspot.ch/2011/11/tesco-ireland-law.html> [FLOOD, *Tesco (Ireland) Law?*]
- FLOOD John, *What Do Lawyers Do? An Ethnography of a Corporate Law Firm*, New Orleans 2013 [FLOOD, *What Do Lawyers Do?*]
- FLOOD John, *Will There Be Fallout from Clementi? The Repercussions for the Legal Profession after Legal Services Act 2007*, in *Michigan State Law Review*, Vol. 2012, pp. 537-565 [FLOOD, *Will There Be Fallout from Clementi?*]
- FRIEDMAN Thomas L., *The World Is Flat: A Brief History of the Twenty-First Century*, New York 2005 [FRIEDMAN]
- FURLONG Jordan, *ABS in Canada? Closer than you might think*, in *Law21*, 7 novembre 2013, disponible sur : <http://www.law21.ca/2013/11/abs-canada-closer-think> [FURLONG, *ABS in Canada?*]
- FURLONG Jordan, *Evolutionary Road: A Strategic Guide to Your Law Firm's Future*, Colorado 2013 [FURLONG, *Evolutionary Road*]
- FURLONG Jordan, *The New World of Legal Work*, 2014, disponible sur : http://www.lodlaw.com/media/pdfs/The_New_World_Of_Legal_Digital_Download.pdf [FURLONG, *The New World of Legal Work*]
- G'GIORGIS Tatjana, *Die Liberalisierung des Anwaltsberufs*, Baden-Baden 2015 [G'GIORGIS]
- GIBSON William K., *Outsourcing Legal Services Abroad*, in *Law Practice Magazine*, Vol. 34, No 5, p. 47 ss, juillet/août 2008 [GIBSON, *Outsourcing*]

- GIESEL M. Grace, *Corporations Practicing Law Through Lawyers: Why the Unauthorized Practice of Law Doctrine Should not Apply*, in *Missouri Law Review*, Vol. 65, 2000, pp. 151-207 [GIESEL, *Corporations Practicing Law Through Lawyers*]
- GILLERS Stephen, *A Profession, If You Can Keep It: How Information Technology and Fading Borders are Reshaping the Law Marketplace and What We Should Do About It*, in NYU School of Law, Public Law Research Paper No 12-18, 2012 [GILLERS, *A Profession, If You Can Keep It*]
- GOLDSMITH Jonathan, *Troika forces ABSs on Italy*, *The Law Society Gazette*, 21 novembre 2011, disponible sur : <http://www.lawgazette.co.uk/63170.article> [GOLDSMITH, *Troika forces ABSs on Italy*]
- GORDON Tahlia Ruth/GRECH Andrew, *Modern Law Firm Management: Should Non-lawyer Ownership be Endorsed and Encouraged?* in “Working Paper”, 2015 [GORDON/GRECH]
- GORDON Tahlia Ruth/MARK Steve/PARKER Christine, *Regulating Law Firm Ethics Management: An Empirical Assessment of the Regulation of Incorporated Legal Practices in NSW*, in University of Melbourne Legal Studies Research Paper No 453, 2009 [GORDON et al., *Regulating Law Firm Ethics Management*]
- GORNY Alain/WACHTEL Ella, *La CJUE refuse le bénéfice de la confidentialité aux échanges émanant des avocats exerçant en entreprise*, in *La Semaine Juridique, Entreprise et affaires*, No 43-1942, 28 octobre 2010 [GORNY/WACHTEL]
- GOULD John, *The Law of Legal Services*, Bristol 2015 [GOULD, *The Law of Legal Services*]
- GRANAT RICHARD S., *eLawyering for a Competitive Advantage – How to Earn Legal Fees While You Sleep*, 2008, disponible sur : http://apps.americanbar.org/dch/thedl.cfm?filename=/EP024500/relatedresources/eLawyering_for_Competitive_Advantage.pdf [GRANAT, *eLawyering*]
- GRODECKI Stéphane/JEANDIN Nicolas, *Approche critique de l’interdiction de postuler chez l’avocat aux prises avec un conflit d’intérêts*, in *SJ*, Vol. 137, No 5, 2015, pp. 107-133 [GRODECKI/JEANDIN]
- GROSS JEAN-PIERRE, *Cabinet d’avocat, firme ou société de services?* in *Revue de l’avocat*, Vol. 5, No 6-7, 2002, pp. 7-10 [GROSS, *Cabinet d’avocat*]
- GROSS JEAN-PIERRE, *Le secret professionnel de l’avocat*, in *Il segreto professionale dell’avvocato e del notaio : atti del pomeriggio di studi del 24 marzo 2003*, Lugano/Bâle/Genève 2003, pp. 5-23 [GROSS, *Le secret professionnel*]

- GURTNER Jérôme, *Les études d'avocats virtuelles aux États-Unis et en Suisse : Réalité ou fiction ?*, in RDS Vol. 133, No 3, 2014/1, pp. 319-345 [GURTNER, *Les études d'avocats virtuelles*]
- HADFIELD Gillian K., *Legal Barriers to Innovation: The Growing Economic Cost of Professional Control Over Corporate Legal Markets*, in Stanford Law Review, Vol. 60, 2008, pp. 101-146 [HADFIELD, *Legal Barriers to Innovation*]
- HADFIELD Gillian K., *The Cost of Law: Promoting Access to Justice through the (Un)Corporate Practice of Law*, in International Review of Law and Economics, Vol. 38, 2014, pp. 43-63 [HADFIELD, *The Cost of Law*]
- HARNAY Sophie/BESSIS Frank/CHASERANT Camille/FAVEREAU Olivier/PIETRINI Silvia, *Régulations professionnelles et pluralisme juridique : une analyse énonomique de la profession d'avocat*, in Synthèse, Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice, octobre 2013 [HARNAY et al., *Régulations professionnelles*]
- HAZARD Geoffrey C./DONDI Angelo, *Legal Ethics: A Comparative Study*, Stanford 2004 [HAZARD/DONDI, *Legal Ethics*]
- HERRING Jonathan, *Legal Ethics*, Oxford 2014 [HERRING, *Legal Ethics*]
- HILL Louise Lark, *The Preclusion of Nonlawyer Ownership of Law Firms: Protecting the Interest of Clients or Protecting the Interest of Lawyers?* in Capital University Law Review, Vol. 42, 2014, pp. 907-949 [HILL, *The Preclusion of Nonlawyer Ownership of Law Firms*]
- HODGE Chandler N., *Law Firms in the U.S.: To Go Public or Not to Go Public?*, in University of Dayton Law Review, Vol. 34, 2008, pp. 79-101 [HODGE, *Law Firms in the U.S.*]
- HÜPPI Michael, *Trends und Zukunft im Anwaltsgeschäft der Schweiz*, in LEO STAUB/CHRISTINE HEHLI HIDBER (édit.), *Management von Anwaltskanzleien. Erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen*, Zurich 2012 [HÜPPI, *Trends und Zukunft*]
- HUVELIN Gilles/BLÉRY Corinne, *Avec la libéralisation du marché juridique, quel marché pour quel exercice du droit ? Dialogue dématérialisé entre un praticien et une universitaire*, in La Semaine Juridique, Édition générale, No 44-45, 29 octobre 2012, p. 1974 ss [HUVELIN/BLÉRY, *Avec la libéralisation du marché juridique*]
- JAMIN Christophe (dir.)/BORTOLUZZI Stéphane/G'SELL Florence/LÉVY David/PILLET Gilles/TANASKOVIC Anita/TESSIER Philippe/DARGENT Laurent, *Code de l'avocat commenté*, édition 2014, 3^e éd., Paris 2013 [JAMIN et al., *Code de l'avocat commenté*]

- JAMIN Christophe, *Services juridiques : la fin des professions ?* in Pouvoirs, No 140, 2012/1, pp. 33-47 [JAMIN, *Services juridiques : la fin des professions ?*]
- JARRETT-KERR Nick, *Alternative Business Structures – the Long Pregnancy*, in Legal Information Management, Vol. 11, No 2, juin 2011, pp. 82-85 [JARRETT-KERR, *Alternative Business Structures*]
- JEANNERET Vincent, *Les dix points à retenir en matière de management d'une étude d'avocats*, in Revue de l'avocat 11-12/2015, pp. 491-496 [JEANNERET, *Management d'une étude d'avocats*]
- JOHNSON Jennifer J., *Limited Liability for Lawyers: General Partners Need Not Apply*, in The Business Lawyer, Vol. 51, No 1, 1995, pp. 85-145 [JOHNSON, *Limited Liability for Lawyers*]
- JOHNSON Vincent R./LOOMIS Stephen C., *United States*, in CAMPBELL (édit.), Outsourcing Legal Services: Impact on National Law Practices, The Comparative Law Yearbook of International Business 2012, Special Issue, Vol. 33a, Alphen aan den Rijn 2012 [JOHNSON/LOOMIS, *United States*]
- JONLET Anne, *Un regard européen sur les monopoles professionnels*, in BUYLE Jean-Pierre/DE BRIEY Renaud/HENROTTE Jean-François/HENRY Patrick/JACUBOWITZ Emmanuel/JONLET Anne/LE MAIRE Benoît/LENAERTS Jean-Sébastien/MEEÛS Luc G.C./TAYMANS Jean-François, *Les monopoles professionnels – avocat, architecte, notaire, géomètre-expert et expert judiciaire*, Louvain-la-Neuve 2010, pp. 203-236 [JONLET]
- JØRGENSEN Nina H.B., *Lawyer independence in criminal proceedings: A most professional virtue*, in Legal Ethics, Vol. 17, No 1, 2014, pp. 55-78 [JØRGENSEN]
- KARPIK Lucien, *Les avocats – Entre l'État, le public et le marché, XIII^e-XX^e siècle*, 1995 [KARPIK, *Les avocats*]
- KENDRA Thomas/BIGELOW-NUTTALL Clea, *France*, in CAMPBELL (édit.), Outsourcing Legal Services: Impact on National Law Practices, The Comparative Law Yearbook of International Business 2012, Special Issue, Vol. 33a, 2012 [KENDRA/BIGELOW-NUTTALL, *France*]
- KIMBRO Stephanie L., *Online Legal Services for the Client-Centric Law Firm*, 2013 [KIMBRO, *Online Legal Services*]
- KIMBRO Stephanie L., *The Law Office of The Near Future – Practical and Ethical Considerations for Virtual Practice*, in New York State Bar Journal, Vol. 83, No 7, septembre 2011, pp. 28-33 [KIMBRO, *The Law Office of The Near Future*]
- KIMBRO Stephanie L., *Using Technology to Unbundle in the Legal Services Community*, in Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series, 2013, pp. 1-30 [KIMBRO, *Using Technology*]

- KRISHNAN Jayanth K., *Outsourcing and the Globalizing Legal Profession*, in William & Mary Law Review, Vol. 48, 2007, pp. 2189-2246 [KRISHNAN]
- KÜNG Manfred, *Anwaltskörperschaft und Unabhängigkeit*, in Revue de l'avocat, Vol. 6/7, 2008, p. 280-287 [KÜNG, *Anwaltskörperschaft und Unabhängigkeit*]
- KURER Peter, *Lawyers in the business environment: part of it or exiles singing from a distant place?*, in GesKR, 2011/1, pp. 1-7 [KURER]
- LAMB Ainslie/LITTRICH John, *Lawyers in Australia*, 2^e éd., Sidney 2011 [LAMB/LITTRICH]
- LAZEGA Emmanuel, *Analyse de réseaux d'une organisation collégiale : les avocats d'affaires*, in Revue française de sociologie, Vol. 33, No 4, 1992, pp. 559-589 [LAZEGA, *Analyse de réseaux d'une organisation collégiale*]
- LE FORT Alain, *Les conflits d'intérêts*, in Défis de l'avocat au XXI^e siècle : mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger, Genève 2008, pp. 179-206 [LE FORT]
- LEE Robert G., *Liberalisation of legal services in Europe: progress and prospects*, in Legal Studies, The Journal of the Society of Legal Scholars, Vol. 30, No 2, 2012, pp. 186-207 [LEE, *Liberalisation of legal services in Europe*]
- LEWIS Walker H.H., *Corporate Capacity to Practice Law – A Study in Legal Hocus Pocus*, in Maryland Law Review, Vol. 2, No 4, 1938, pp. 342-354 [LEWIS, *Corporate Capacity to Practice Law*]
- MARK Steve, *Commercialisation of Legal Practice – Regulatory Reflections from NSW*, in Commonwealth Law Conference, Sidney, 21 avril 2012 [MARK, *Commercialisation of Legal Practice*]
- MARK Steve, *Regulating for Professionalism: The New South Wales Approach, Office of the Legal Services Commissioner (NSW)*, in American Bar Association Annual Meeting and National Conference of Bar Presidents Workshop, 5 et 6 août 2010, San Francisco [MARK, *Regulating for Professionalism*]
- MARK Steve/COWDROY Georgina, *Incorporated Legal Practices – An Era in the Provision of Legal Services in New South Wales*, in Penn State International Law Review 22, 2004, pp. 671-693 [MARK/COWDROY, *Incorporated Legal Practices*]
- MARK Steve/GORDON Tahlia Ruth/LE BRUN Marlene/TAMSITT Gary, *Preserving the Ethics and Integrity of the Legal Profession in an Evolving Market: A Comparative Regulatory Response*, in the Regulating and Deregulating Lawyers in the 21st Century, 3-4 juin 2010, Londres, Angleterre [MARK et al., *Preserving the Ethics*]

- MARK Steve/GORDON Tahlia, *Innovations in Regulation – Responding to a Changing Legal Services Market*, in *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 22, 2009, pp. 501-533 [MARK/GORDON, *Innovations in Regulation*]
- MARKLE Thomas, *A Call to Partner with Outside Capital: the Non-Lawyer Investment Approach Must Be Updated*, in *Arizona State Law Journal*, Vol. 45, 2013, pp. 1251-1276 [MARKLE, *A Call to Partner with Outside Capital*]
- MARTENET Vincent, *L'indépendance et la publicité des avocats – perspectives fédérales et transcantonales*, *PJA* 2000, pp. 667-681 [MARTENET]
- MATILE Jacques, *L'indépendance de l'avocat*, in CHAUDET François/RODONDI Olivier (édit.), *L'avocat moderne, Regards sur une profession dans un monde qui change*, Mélanges publiés par l'Ordre des avocats vaudois à l'occasion de son centenaire, Bâle 1998, pp. 207-215 [MATILE]
- MAUTE Judith L., *Global Continental Shifts to a New Governance Paradigm in Lawyer Regulation and Consumer Protection: Riding the Wave*, in BARTLETT Francesca/MORTENSEN Reid/TRANTER Kieran (édit.), *Alternative Perspectives on Lawyers and Legal Ethics: Reimagining the Profession*, Londres 2011, pp. 11-55 [MAUTE, *Global Continental Shifts*]
- MAYSON Stephen, *External ownership and the forked tongue of ethics*, 2012, disponible sur : <https://stephenmayson.com/2012/04/13/external-ownership-and-the-forked-tongue-of-ethics> [MAYSON, *External ownership*]
- MAYSON Stephen, *Law Firm Strategy: Competitive Advantage and Valuation*, Oxford 2007 [MAYSON, *Law Firm Strategy*]
- MAYSON Stephen, *Legal services reforms: catalyst, cataclysm or catastrophe*, 2007, disponible sur : <http://stephenmayson.files.wordpress.com/2014/04/legal-services-reforms-catalyst-cataclysm-or-catastrophe.pdf> [MAYSON, *Legal services reforms*]
- MAYSON Stephen, *Quality, Values and Standards: The Future Legal Landscape*, 2010, disponible sur : <http://stephenmayson.files.wordpress.com/2013/08/mayson-2010-quality-values-and-standards.pdf> [MAYSON, *Quality, Values and Standards*]
- MAYSON Stephen, *Restoring a future for law*, 2013, disponible sur : <http://stephenmayson.files.wordpress.com/2013/10/mayson-2013-restoring-a-future-for-law.pdf> [MAYSON, *Restoring a future for law*]
- MCGINNIS John O./PEARCE Russel G., *The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services*, in *Fordham Law Review*, 82, 2014, pp. 3041-3066 [MCGINNIS/PEARCE, *The Great Disruption*]

- MENEGHETTI Alan/CHANT Rebecca, *United Kingdom*, in CAMPBELL (édit.), *Outsourcing Legal Services: Impact on National Law Practices*, The Comparative Law Yearbook of International Business 2012, Special Issue, Vol. 33a, 2012 [MENEGHETTI/CHANT, *United Kingdom*]
- MESTRE Jacques/VELARDOCCHIO-FLORES Dominique/MESTRE-CHAMI Anne-Sophie, *Lamy Sociétés commerciales*, Paris 2013 [MESTRE et al., *Lamy Sociétés commerciales*]
- MILLER Heather A., *Don't Just Check "Yes" or "No": The Need for Broader Consideration of Outside Investment in the Law*, in *University of Illinois Law Review*, Vol. 2010, No 1, 2010, pp. 311-362 [MILLER, *Don't Just Check "Yes" or "No"*]
- MILLER Iain/PARDOE Mark, *Alternative Business Structures: The Regulation of the Law Firms*, The Law Society, Londres 2012 [MILLER/PARDOE, *Alternative Business Structures*]
- MOLITERNO James, *The American Legal Profession in Crisis: Resistance and Responses to Change*, Oxford 2013 [MOLITERNO, *The American Legal Profession in Crisis*]
- MOLITERNO James, *The Trouble with Lawyer Regulation*, in *Emory Law Journal*, Vol. 62, 2013, pp. 885-908 [MOLITERNO, *The Trouble with Lawyer Regulation*]
- MORAND Charles-Albert, *Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations*, in *Le droit saisi par la mondialisation*, Collection de droit international, Vol. 46, 2001, p. 81 ss [MORAND, *Le droit*]
- NASCIMBENE Bruno, *The Legal Profession in the European Union*, 2009 [NASCIMBENE, *The Legal Profession in the European Union*]
- NATER Hans, *Grünes Licht für die Anwaltskörperschaft*, in *RSJ* 2006, p. 550-551 [NATER, *Grünes Licht*]
- NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION, *Report of the Task Force on Nonlawyer Ownership*, in *Albany Law Review*, Vol. 76, No 2, 2013, pp. 865-959 [NYSBA, *Report of the Task Force on Nonlawyer Ownership*]
- NOBEL Peter, *Organisationsfreiheit für Rechtsanwälte*, in NATER Hans (édit.), *Professional legal services: vom Monopol zum Wettbewerb*, Zurich 2000, pp. 127-153 [NOBEL, *Organisationsfreiheit*]
- NOTO-JAFFEUX Nelly, *Le conflit d'intérêts chez les avocats*, Paris 2014 [NOTO-JAFFEUX]
- OGUS Anthony, *Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis To Comparative Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, No 2, 1999, p. 405-418 [OGUS, *Competition*]

- OGUS Anthony, *Rethinking Self-Regulation*, in Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15. No 1, 1995, pp. 97-108 [OGUS, *Rethinking Self-Regulation*]
- OPPLINGER Rolf, *Sicherheit im Cloud Computing*, in Digma: Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, 2012, p. 28 [OPPLINGER, *Sicherheit*]
- ORDRE DES AVOCATS DE PARIS, *Avocat – L’avenir d’une profession : Livre Blanc de la Commission Prospective*, Paris 2005 [ORDRE DES AVOCATS DE PARIS]
- OST François, *Mondialisation, globalisation, universalisation : s’arracher, encore et toujours, à l’état de nature*, in Le droit saisi par la mondialisation, Collection de droit international, Vol. 46, Bruxelles 2001, pp. 5-36 [OST, *Mondialisation*]
- PARKER Christine, *Peering Over the Ethical Precipice: Incorporation, Listing, and the Ethical Responsibilities of Law Firms*, in University of Melbourne Legal Studies Research Paper No 339 [PARKER, *Peering Over the Ethical Precipice*]
- PARKER Christine/EVANS Andrian/HALLER Linda Ruth/LE MIRE Suzanne M./MORTENSEN Reid, *The Ethical Infrastructure of Legal Practice in Larger Law Firms: Values, Policy and Behaviour*, in University of Melbourne Legal Studies Research Paper No 324, 2008 [PARKER et al., *The Ethical Infrastructure of Legal Practice*]
- PATTERSON Lee A., *Outsourcing of Legal Services: A Brief Survey of the Practice and the Minimal Impact of Protectionist Legislation*, Richmond Journal of Global Law & Business, Vol. 7, No 2, 2008, pp. 177-204 [PATTERSON]
- PELOUZE Frédéric, *Libéralisation du marché britannique des services juridiques ; Que doivent faire les avocats français ?* in La Semaine Juridique – Édition générale, 27 août 2012 [PELOUZE, *Libéralisation*]
- PFEIFER Michael, *Das Berufsgeheimnis*, in EHRENZELLER Bernhard (édit.), *Das Anwaltsrecht nach dem BGFA*, Saint-Gall 2003, pp. 103-142 [PFEIFER, *Das Berufsgeheimnis*]
- PFEIFER Michael, *Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft*, in RDS 1996 II, pp. 253-393 [PFEIFER, *Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft*]
- PORTMAN Roland, *Cloud Computing: Chancen und Risiken*, in Digma: Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, 2012, p. 186 ss [PORTMAN, *Cloud Computing*]
- REARDON Katherine H., *It's Not Your Business! A Critique of the U.K. Legal Services Act of 2007 and Why Nonlawyers Should Not Own or Manage Law Firms in the United States*, in Syracuse Journal of International Law and Commerce, Vol. 40, 2012, pp. 155-184 [REARDON, *It's Not Your Business!*]

- REGAN Jr. Milton C./MACEWEN Bruce/RIBSTEIN Larry E., *Law Firms, Ethics, and Equity Capital: A Conversation*, in Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol. 21, 2007, pp. 1-35 [REGAN et al., *Law Firms, Ethics, and Equity Capital*]
- REISER Christian, *La SA d'avocats, sismologie d'une rupture*, in Regards de marathoniens sur le droit suisse, Mélanges publiés à l'occasion du 20^e « Marathon du droit », Genève 2015, pp. 533-540 [REISER, *La SA d'avocats*]
- REISER Christian/VALTICOS Michel, *Les règles professionnelles et les activités atypiques de l'avocat inscrit au barreau*, in SJ, Vol. 137, No 8, 2015, pp. 191-208 [REISER/VALTICOS, *Les règles professionnelles*]
- REYMOND Jean-Marc, *Honoraires et concurrence*, in CHAUDET François/RODONDI Olivier (édit.), *L'avocat moderne*, Regards sur une profession dans un monde qui change, Mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son Centenaire, Bâle 1998, pp. 21-38 [REYMOND]
- RHODE Deborah L., *The Trouble with Lawyers*, Oxford 2015 [RHODE]
- RIBSTEIN Larry E., *Want to Own a Law Firm?*, in The American, 30 mai 2007, disponible sur : <http://www.american.com/archive/2007/may-0507/want-to-own-a-law-firm> [RIBSTEIN, *Want to Own a Law Firm?*]
- RICHARD Jean-François/CHEMOULI Hervé, *L'interprofessionnalité capitaliste*, in Rapports des Commissions de l'Institut sur l'évolution des professions juridiques (IEPJ), Vol. 1, Années 2010-2012, Paris 2012, pp. 133-146 [RICHARD/CHEMOULI, *L'interprofessionnalité capitaliste*]
- RIEDER Guido, *Zur Unabhängigkeit des Anwaltes von Dritten*, in L'avocat suisse, No 116, 1988, pp. 7-12 [RIEDER]
- RUFENER Adrian, *Cloud Computing*, in Revue de l'avocat 4/2012, p. 198 ss [RUFENER, *Cloud Computing*]
- SAUMON Olivier, *Les Alternatives Business Structures (ABS) : un enjeu concurrentiel pour les cabinets d'avocats français ?* Rapport d'information présenté à l'Assemblée générale du CNB des 14 et 15 janvier 2011, rapport rédigé le 17 janvier 2011 [SAUMON, *Les Alternatives Business Structures (ABS)*]
- SCHILLER Kaspar, *Schweizerisches Anwaltsrecht – Grundlagen und Kernbereich*, Zurich 2009 [SCHILLER]
- SCHLAG Pierre, *The dedifferentiation problem*, in Continental Philosophy Review, Vol. 42, No 1, 2009, pp. 35-62 [SCHLAG, *The dedifferentiation problem*]

- SCHNEYER Ted, « *Professionalism* » as Pathology: The ABA's Latest Policy Debate on Nonlawyer Ownership of Law Practice Entities, in *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 40, 2012, pp. 75-137 [SCHNEYER, « *Professionalism* » as Pathology]
- SCHNEYER Ted, *On Further Reflection: How « Professional Self-Regulation » Should Promote Compliance with Broad Ethical Duties of Law Firm Management*, in *Arizona Law Review*, Vol. 53, No 2, 2011, pp. 577-628 [SCHNEYER, *On Further Reflection*]
- SCHNEYER Ted, *Professional Discipline for Law Firms?*, in *Cornell Law Review*, Vol. 77, No 1, 1991, pp. 1-46 [SCHNEYER, *Professional Discipline for Law Firms?*]
- SCHUPP Dominique, *L'autorégulation de la profession d'avocat – situation en Suisse*, in *Fédération Des Barreaux d'Europe, L'autorégulation de la profession d'avocat*, Congrès de Genève 2012, pp. 1-5 [SCHUPP, *L'autorégulation de la profession d'avocat – situation en Suisse*]
- SENNHAUSER Norbert, *Vom Anwalt zur Anwalts-Kapitalgesellschaft: mit besonderer Betrachtung der Anwalts-GmbH*, Berne 2013 [SENNHAUSER]
- SHEEHY Benedict, *From Law Firm to Stock Exchange Listed Law Practice: an Examination of Institutional and Regulatory Reform*, in *International Journal of the Legal Profession*, Vol. 20, No 1, 2013, pp. 3-32 [SHEEHY, *From Law Firm to Stock Exchange Listed Law Practice*]
- SHINNICK Edward/BRUINSMA Fred/PARKER Christine, *Aspects of regulatory reform in the legal profession: Australia, Ireland and the Netherlands*, in *International Journal of the Legal Profession*, Vol. 10, No 3, 2003, pp. 237-267 [SHINNICK et al., *Aspects of regulatory reform in the legal profession*]
- SLAPPER Gary/KELLY David, *The English Legal System*, 14^e éd., 2013-2014, Londres 2013 [SLAPPER/ KELLY, *The English Legal System*]
- SMITS Jan Martien, *Legal Engineering in an Age of Globalisation: Is There a Future for Jurisdictional Competition?*, in *L'ingénierie juridique et le droit comparé*, Rapports du Colloque du 25^e anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé du 29 août 2008, Lausanne, Tome 2, pp. 51-57 [SMITS, *Legal Engineering*]
- STAEHELIN Ernst, *Auch Anwalts-Holding oder nur Anwalts-Gesellschaft?*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 13, No 11/12, 2010, pp. 478-479 [STAEHELIN, *Anwalts-Holding*]
- STAEHELIN Ernst, *Der Rechtsanwalt im Wandel der Zeit*, in *Revue de l'avocat*, 2009, pp. 439-442 [STAEHELIN, *Der Rechtsanwalt im Wandel der Zeit*]

- STAEHELIN Ernst, *Le projet de loi sur la profession d'avocat*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 15, No 3, 2012, pp. 128-132 [STAEHELIN, *Le projet de loi sur la profession d'avocat*]
- STAGG-TAYLOR Joanne, *Lawyers' Business: Conflicts of Duties Arising from Lawyers' Business Models*, in *Legal Ethics*, Vol. 14, No 2, 2011, pp. 173-192 [STAGG-TAYLOR, *Lawyers' Business*]
- STAUB Leo, *Strategieentwicklung in der Anwaltskanzlei*, in *Revue de l'avocat* 6/7, 2009, pp. 300-304 [STAUB, *Strategieentwicklung*]
- STEPHEN Frank H., *Lawyers, Markets and Regulation*, Cheltenham 2013 [STEPHEN, *Lawyers, Markets and Regulation*]
- STEPHEN Frank H., *The European Single Market and the Regulation of the Legal Profession: An Economic Analysis*, in *Managerial and Decision Economics*, Vol. 23, No 3, 2002, pp. 115-125 [STEPHEN, *The European single market*]
- STEPHEN Frank H., *The Market Failure Justification for the Regulation of Professional Service Markets and the Characteristics of Consumers*, in EHLERMANN C.-D./ATANASIU I. (édit.), *European Competition Law Annual 2004: The Relationship between Competition Law and (Liberal) Professions*, 2006, pp. 143-153 [STEPHEN, *The Market Failure*]
- STEPHEN Frank H./LOVE James H./RICKMAN Neil, *Regulation of the legal profession*, in VAN DEN BERGH Roger J./PACCES Alessio M. (édit.), *Regulation and Economics*, Cheltenham 2012 [STEPHEN et al., *Regulation of the legal profession*]
- STEWENS Günter Müller/DROLSHAMMER Jens, *Managing the International Law Firm: Nuisance or Necessity?*, in DROLSHAMMER Jens, *A Timely Turn to the Lawyer? Globalisierung und die Anglo-Amerikanisierung von Recht und Rechtsberufen – Essays*, Zurich 2009, pp. 499-522 [STEWENS/DROLSHAMMER, *Managing the International Law Firm*]
- STILL Bronwen, *Outcomes Focused Regulation – a New Approach to the Regulation of Legal Services*, in *Legal Information Management*, Vol. 11, No 2, juin 2011, pp. 85-88 [STILL, *Outcomes Focused Regulation*]
- STRÄULI Peter A., *Auf dem Weg zu alten Solothurner Zuständen*, in *Plädoyer*, Vol. 26, No 6, 2008, pp. 20-24 [STRÄULI, *Auf dem Weg zu alten Solothurner Zuständen*]
- SUBILIA Olivier, *Du papier à l'électronique : quels changements ?* in DUNAND Jean-Philippe/MAHON Pascal (édit.), *Internet au travail*, CERT, Vol. 5, Genève 2014, pp. 255-278 [SUBILIA, *Du papier à l'électronique*]

- SUSSKIND Richard, *Rio Tinto deal heralds huge changes*, The Times Law, le 18 juin 2009, disponible sur : <http://www.thetimes.co.uk/tto/law/article2214360.ece> [SUSSKIND, *Rio Tinto*]
- SUSSKIND Richard, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford 2010 [SUSSKIND, *The End of Lawyers*]
- SUSSKIND Richard, *Tomorrow's Lawyers*, Oxford 2013 [SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers*]
- SUSSKIND Richard, *Transforming the Law: Essays on Technology, Justice, and the Legal Marketplace*, Oxford 2003 [SUSSKIND, *Transforming the Law*]
- SUSSKIND Richard/SUSSKIND Daniel, *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*, Oxford 2015 [SUSSKIND/SUSSKIND, *The Future of the Professions*]
- TAISNE Jean-Jacques, *La déontologie de l'avocat*, 9^e éd., Paris 2015 [TAISNE, *La déontologie de l'avocat*]
- TERCIER Pierre, *Les avocats et la concurrence*, in *L'avocat suisse*, 1996, N 160, 1, pp. 4-16 [TERCIER, *Les avocats et la concurrence*]
- TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc (édit.), *Code des obligations II*, Commentaire romand, Bâle 2008 [CR COII-AUTEUR]
- TERRY Laurel S., *A 'How To' Guide for Incorporating Global and Comparative Perspectives into the Required Professional Responsibility Course*, in *St. Louis University Law Journal*, Vol. 51, No 4, 2007, pp. 1135-1159 [TERRY, *A 'How To' Guide*]
- TERRY Laurel S., *From GATS to APEC: The Impact of Trade Agreements on Legal Services*, in *Akron Law Review*, Vol. 43, 2010, pp. 875-984 [TERRY, *From GATS to APEC*]
- TERRY Laurel S., *Putting the Legal Profession's Monopoly on the Practice of Law in a Global Context*, in *Fordham Law Review*, Vol. 82, 2014, pp. 2903-2937 [TERRY, *Putting the Legal Profession's Monopoly on the Practice of Law in a Global Context*]
- TERRY Laurel S., *Regulation of Lawyers*, in WRIGHT James D. (édit.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2^e éd., Vol. 13, 2015, pp. 619-627 [TERRY, *Regulation of Lawyers*]
- TERRY Laurel S., *The Future Regulation of the Legal Profession: The Impact of Treating the Legal Profession as 'Service Providers'*, in *Journal of Professional Lawyer*, Vol. 2008, 2008, pp. 189-211 [TERRY, *The Future Regulation of the Legal Profession*]
- TERRY Laurel S., *The Legal World is Flat: Globalization and its Effect on Lawyers Practicing in Non-Global Law Firms*, in *Penn State Legal Studies Research Paper No 07-2008* [TERRY, *The Legal World is Flat*]

- TERRY Laurel S., *Transnational Legal Practice (International)*, in *International Lawyer*, Vol. 47, 2013, pp. 485-498 [TERRY, *Transnational Legal Practice*]
- TERRY Laurel S., *Trends in Global and Canadian Lawyer Regulation*, in *Saskatchewan Law Review*, Vol. 76, 2013, pp. 145-184 [TERRY, *Trends in Global and Canadian Lawyer Regulation*]
- TERRY Laurel S., *U.S. Legal Ethics: The Coming of Age of Global and Comparative Perspectives*, in *Global Studies Law Review*, Vol. 4, 2005, pp. 463-533 [TERRY, *U.S. Legal Ethics*]
- TERRY Laurel S., *U.S. Legal Profession Efforts to Combat Money Laundering and Terrorist Financing*, in *New York Law School Law Review*, Vol. 59, 2014/2015, pp. 487-518 [TERRY, *U.S. Legal Profession Efforts*]
- TERRY Laurel S./MARK Steve A./GORDON Tahlia Ruth, *Adopting Regulatory Objectives for the Legal Profession*, in *Fordham Law Review*, Vol. 80, No 60, 2012, pp. 2685-2760 [TERRY et al., *Adopting Regulatory Objectives*]
- TERRY Laurel S./MARK Steve A./GORDON Tahlia Ruth, *Trends and Challenges in Lawyer Regulation: The Impact of Globalization and Technology*, in *Fordham Law Review*, Vol. 80, 2012, pp. 2661-2684, disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=2058701> [TERRY, *Trends and Challenges*]
- THERY Philippe, *Rapport de synthèse*, in *Les professions juridiques, Journées Cambodge-Vietnam, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Tome LXI 2011, Paris 2012* [THERY, *Rapport de synthèse*]
- THEURILLAT Pierre, « Monopole » et libre circulation de l'avocat, in *Revue jurassienne de jurisprudence*, Vol. 4, 1994, pp. 199-218 [THEURILLAT]
- THÉVENAZ Alain, *Les modes d'exercice des professions juridiques*, in *Les professions juridiques, Travaux du groupe suisse de l'Association Henri Capitant*, Vol. 1, Berne 2012, pp. 1-16 [THÉVENAZ, *Les modes d'exercice*]
- THEWES MARC, *L'exercice de la profession d'avocat sous forme de société*, in *Journal des tribunaux*, No 19, Luxembourg 2012 [THEWES]
- VALTICOS Michel/REISER Christian/CHAPPUIS Benoît (édit.), *Commentaire Romand, Loi sur les avocats – Commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA)*, Bâle 2010 [CR LLCA-AUTEUR]
- VON RECHENBERG Beat, *Sociétés d'avocats – où va-t-on ?*, in *Revue de l'avocat*, Vol. 13, No 10, 2010, pp. 426-427 [VON RECHENBERG, *Sociétés d'avocats – où va-t-on ?*]
- VONZUN Reto, *Die Anwalts-Kapitalgesellschaft: Zulässigkeit und Erfordernisse*, in *RDS 2001 I*, p. 447-472 [VONZUN]

- WEBERSTAEDT Jakob, *English Alternative Business Structures and the European Single Market*, Bucerius Center on the Legal Profession, Hambourg 2003 [WEBERSTAEDT, *English Alternative Business Structures*]
- WEIL Heinz, *Le cabinet d'avocats – une entreprise comme les autres ?*, in ERA Forum, Vol. 12, No 1, 2011, pp. 25-36 [WEIL, *Le cabinet d'avocats*]
- WERRO Franz, *Les conflits d'intérêts de l'avocat*, in Droit suisse des avocats, Berne 1998, pp. 231-255 [WERRO]
- WICKERS Thierry, *La grande transformation des avocats*, Paris 2014 [WICKERS]
- WIND Christian/STAMBACH Christian, *Switzerland*, in CAMPBELL (édit.), *Outsourcing Legal Services: Impact on National Law Practices*, The Comparative Law Yearbook of International Business 2012, Special Issue, Vol. 33a, 2012 [WIND/STAMBACH, *Switzerland*]
- WISEMAN David, *Access to Justice and Legal Profession Regulation in Canada: to ABS, to Not ABS or to ABS+ ?*, in Legal Ethics, Vol. 18, No 1, 2015, pp. 78-83 [WISEMAN, *Access to Justice*]
- WISEMAN David, *Update on Regulatory Consideration of ABS in Canada: towards a 'Made in Canada' Approach?*, in Legal Ethics, Vol. 18, No 2, 2015, pp. 185-187 [WISEMAN, *Update on Regulatory*]
- ZINDEL Gaudenz G., *Anwaltsgesellschaften in der Schweiz*, in RSJ, Vol. 108, No 11, 2012, pp. 249-260 [ZINDEL, *Anwaltsgesellschaften in der Schweiz*]
- ZWEIGERT Konrad/KÖTZ Hein, *Introduction to comparative law*, 3^e éd. rév., Oxford 1998 [ZWEIGERT/KÖTZ, *Introduction to comparative law*]

Introduction

Ce travail découle d'un constat : le marché des services juridiques, celui dans lequel les avocats opèrent, est en profonde mutation.

La révolution est en marche et on ne voit pas ce qui pourrait l'arrêter. L'étude d'avocats Slater & Gordon Limited a fait son entrée en bourse sur le marché australien le 21 mai 2007, levant 35 millions de dollars australiens et faisant d'elle la première étude d'avocats au monde à être cotée en bourse¹. Cet accès au capital a permis à Slater & Gordon de se positionner tout en haut de la chaîne alimentaire.

Depuis son introduction en bourse, l'ogre australien a avalé plus d'une vingtaine d'études d'avocats implantées en Australie².

Comme l'appétit vient en mangeant, Slater & Gordon a annoncé, en début d'année 2012, son entrée sur le marché au Royaume-Uni par l'acquisition du cabinet d'avocats Russell Jones & Walker pour un montant de 53,8 millions de livres sterling³. En mai 2013, afin d'accélérer son expansion au Royaume-Uni, Slater & Gordon a procédé à une augmentation de capital pour un montant de 65 millions de dollars australiens⁴.

¹ LINDSAY FORTADO, Slater & Gordon Lifts Curtain on Global Law Firms Going Public, *Bloomberg*, le 12 juin 2007, disponible sur : <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aa5QVuS4ICbk>.

² NEIL ROSE, The rise and rise of Slater & Gordon – a tale of the ABS era, le 29 novembre 2013, *Legal Futures*, disponible sur : <http://www.legalfutures.co.uk/blog/the-rise-rise-slater-gordon-tale-abs-era>.

³ Slater & Gordon to enter UK market with £54m purchase of Russel Jones & Walker, 30 janvier 2012, disponible sur : <http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/slater-gordon-to-enter-uk-market-with-54m-purchase-of-russell-jones-walker>.

⁴ Slater & Gordon Limited, Rapport annuel 2013, p. 4, disponible sur : <https://media.slatergordon.com.au/annual-report-2013.pdf>.

Cette annonce a été suivie par différentes acquisitions au Royaume-Uni, dans le courant de l'année 2013, pour un montant total estimé, depuis la première acquisition en début d'année 2012, à environ 150 millions de livres sterling⁵.

Depuis son introduction en bourse, la croissance de Slater & Gordon a été spectaculaire. En 2007, l'étude comptait 400 employés, pour un total de 26 succursales, principalement en Australie. Elle compte désormais 2'400 employés répartis dans 70 succursales en Australie et 12 succursales au Royaume-Uni. Son chiffre d'affaires est passé de 35 millions à 210 millions de livres sterling en seulement huit ans.

Est-ce que Slater & Gordon aurait pu atteindre une telle croissance sans une introduction en bourse ? On peut en douter.

Au-delà des chiffres – qui donnent le vertige –, il faut retenir que c'est en Australie que le berceau de cette révolution – que certains qualifieront plutôt d'épidémie – a vu le jour. Elle n'aurait pas été envisageable sans une réforme permettant aux sociétés d'avocats de lever des capitaux sur les marchés publics et aux non-avocats d'investir dans des cabinets d'avocats. Cette révolution n'aurait pas non plus été possible si le Royaume-Uni s'était limité à un rôle de spectateur. L'entrée en vigueur du *Legal Services Act* en Angleterre et au Pays de Galles, permettant à des non-avocats de détenir une participation allant jusqu'à 100 % d'une entité appelée *Alternative Business Structure* (ci-après : ABS, littéralement : structures alternatives d'affaires), a également été déterminante.

Il va sans dire que ce vent de libéralisme – ou plutôt cette tempête – a été très mal accueilli par certains barreaux européens, avec en tête de file le Conseil des barreaux européens qui représente les barreaux de 32 pays membres et 12 pays associés et observateurs, soit plus d'un million d'avocats (ci-après : CCBE). Ces derniers se sont, en effet, montrés très critiques à l'égard de cette approche jugée comme dangereuse pour l'avenir de la profession et pour la société dans son ensemble. On assiste ainsi aujourd'hui à deux visions diamétralement opposées de la réglementation de la pratique du droit⁶, respectivement des sociétés d'avocats. S'il est difficile, à ce stade, de dire laquelle va s'imposer, tout laisse

⁵ NEIL ROSE, The rise and rise of Slater & Gordon – a tale of the ABS era, le 29 novembre 2013, Legal Futures, disponible sur : <http://www.legalfutures.co.uk/blog/the-rise-rise-slater-gordon-tale-abs-era>.

⁶ TERRY, *Transnational Legal Practice (International)*, p. 501.

à penser que les ABS vont tenter, d'une manière ou d'une autre, de pénétrer le marché européen⁷ et très certainement bien au-delà.

Au Royaume-Uni, Gateley Plc, licencié en tant qu'ABS en 2014, est devenu le premier cabinet d'avocats britannique coté en bourse, en levant 30 millions de livres sterling sur le marché alternatif de Londres (AIM) lors de son introduction le 8 juin 2015⁸.

Alors que de nombreux pays observent attentivement cette révolution, puisque les développements qui surviennent dans un pays migrent souvent dans d'autres pays, principalement pour des raisons de compétitivité, les acteurs suisses concernés par la réglementation de la profession d'avocat semblent ne pas avoir pris conscience de l'amplitude du séisme qui se déroule sous leurs yeux. À l'heure actuelle, la question n'est plus tant de savoir s'il s'agit d'être d'accord ou non avec cette révolution, mais plutôt de savoir comment notre pays doit se positionner, afin que nos sociétés d'avocats puissent rester compétitives dans un marché en ébullition.

Le décor étant posé, nous allons présenter les objectifs et la structure de notre travail qui est organisé en trois parties.

L'objectif de la première partie est d'examiner les changements survenus sur le marché des services juridiques ces dernières années, changements qui ont donné lieu à une vision plus libérale et moins traditionnelle de la réglementation de la profession d'avocat. Nous poserons, en quelque sorte, un diagnostic afin d'essayer de comprendre pourquoi nous en sommes arrivés là et où cela pourrait nous conduire.

Nous présenterons les différents vecteurs qui caractérisent, d'après nous, cette évolution (chapitre 1). Nous verrons que le modèle traditionnel du cabinet d'avocats est remis en question (chapitre 2), tout comme la réglementation qui s'adapte à ce nouvel environnement (chapitre 3). Nous mettrons en évidence la spécificité d'un marché où plusieurs modes réglementaires coexistent, ainsi que les conséquences lorsque le niveau de la réglementation varie entre les ordres juridiques (chapitre 4). Pour terminer, nous présenterons l'analyse d'un auteur qui prédit l'évolution possible du marché des services juridiques pour les avocats (chapitre 5).

⁷ WEBERSTAEDT, *English Alternative Business Structures*.

⁸ Admission and First Day of Dealings on AIM, le 8 juin 2015, disponible sur : <http://www.gateleyplc.com/news-and-events/news/item/admission-and-first-day-of-dealings-on-aim>.

L'objectif de la deuxième partie est d'examiner la réglementation des sociétés d'avocats dans différents ordres juridiques, plus particulièrement dans les pays qui les réglementent depuis de nombreuses années et qui bénéficient dès lors d'un certain recul, dans les pays où la pratique est la plus libérale, ainsi que dans les pays qui ont récemment réformé ou tenté de réformer leur réglementation.

Après des explications et une justification de notre approche (chapitre 6), nous nous pencherons sur la réglementation en Australie (chapitre 7), ainsi qu'en Angleterre et au Pays de Galles (chapitre 8). Nous nous intéresserons ensuite à la situation aux États-Unis (chapitre 9), en France (chapitre 10), en Suède (chapitre 11) et au Danemark (chapitre 12).

L'objectif de la troisième partie consiste à examiner la situation des sociétés d'avocats en Suisse. La question de la nécessité d'une éventuelle réforme de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats⁹ (ci-après : LLCA) est d'actualité, dans la mesure où cette dernière a été adoptée il y a seize ans déjà et principalement dans le but de garantir la libre circulation des avocats.

Nous présenterons, tout d'abord, le cadre légal de la profession d'avocat (chapitre 13). Nous étudierons, ensuite, quelques décisions cantonales relatives aux sociétés d'avocats (chapitre 14), la jurisprudence récente du Tribunal fédéral à ce sujet (chapitre 15), ainsi que quelques arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (chapitre 16). Il sera temps, à ce stade, de poser un constat concernant la nécessité d'envisager une éventuelle réforme (chapitre 17). Nous présenterons et commenterons le projet de loi fédérale sur la profession d'avocat préparé par la Fédération suisse des avocats (ci-après : FSA), plus spécifiquement la partie du projet qui traite des sociétés d'avocats et qui autorise, à certaines conditions, une minorité d'associés non-avocats (chapitre 18). Nous conclurons en proposant un modèle de réglementation qui nous paraît le plus opportun, afin d'assurer à nos études un *level playing field*¹⁰, tout en garantissant la protection du public (chapitre 19).

⁹ RS 935.61.

¹⁰ Pour une explication de cette notion, voir *infra*, p. 16 ss.

Première partie :

La réglementation d'un marché juridique en changement

Chapitre 1 : L'évolution générale

Le marché des services juridiques, celui dans lequel les avocats opèrent, a été marqué ces vingt dernières années par des changements sans précédent. Nous allons présenter successivement les principaux vecteurs qui caractérisent, d'après nous, cette évolution. Il s'agit de l'augmentation de la concurrence (I), de l'impact des technologies de l'information et de la communication (II), de l'influence de la mondialisation (III), de l'externalisation des services juridiques (IV), des attentes de la « génération Y » (V) et de l'influence de la crise économique (VI). À l'issue de ce chapitre, nous serons en mesure de mieux comprendre la position actuelle de l'avocat dans le marché des services juridiques. Cet examen nous paraît indispensable si l'on souhaite réglementer la profession d'avocat telle qu'elle existe aujourd'hui et non pas telle qu'elle existait il y a une vingtaine d'années.

I. L'augmentation de la concurrence

Comme l'a relevé STEPHEN MAYSON, consultant auprès de cabinets d'avocats dans le monde entier depuis plus de vingt ans, historiquement, les avocats n'avaient pas besoin de réfléchir de manière très sophistiquée à des questions de stratégie, d'avantage concurrentiel ou à la valeur de leurs affaires¹¹. Le statut professionnel protégé, parfois accompagné d'une réglementation des honoraires, a créé un environnement favorable dans lequel l'accès au travail juridique était restreint, la concurrence limitée et les revenus pratiquement garantis¹². Toutefois, la concurrence s'est depuis lors intensifiée et une attention particulière a été portée à la réglementation des pratiques restrictives et anticoncurrentielles.

En Suisse, jusqu'en 1993, l'honneur de plaider et d'appliquer le droit suisse était réservé aux seuls titulaires d'un passeport arborant la croix fédérale¹³. Ce

¹¹ MAYSON, *Law Firm Strategy*, p. 3.

¹² *Ibid.*

¹³ CHAPPUIS, *Droit de la concurrence*, p. 572.

n'est qu'en 1993 que notre Haute Cour a déclaré inconstitutionnelle la disposition cantonale genevoise¹⁴ répandue dans les cantons et en vigueur depuis de nombreuses décennies, selon laquelle seuls les citoyens suisses pouvaient accéder à la profession d'avocat¹⁵. Un autre exemple frappant – pour ne pas dire choquant – est celui des règles qui conditionnaient la reprise d'un mandat par un nouvel avocat au paiement des honoraires réclamés au client par le premier avocat¹⁶. Ainsi, lorsqu'un client contestait les honoraires de son premier mandataire et, partant, refusait de les payer, il lui était pratiquement impossible de trouver un nouvel avocat. De plus, nous pouvons encore évoquer, de manière non exhaustive, les règles qui fixaient de façon stricte des tarifs¹⁷ ou alors celles qui instaurent des règles rigoureuses de courtoisie entre les avocats¹⁸.

D'après BENOÎT CHAPPUIS, « [...] 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 »¹⁹.

L'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence²⁰ (ci-après : LCart), le 1^{er} février 1996, aura marqué un tournant. Depuis lors, les restrictions de la concurrence provenant des règles déontologiques édictées par les ordres des avocats cantonaux, d'une part, et les prescriptions de droit public, d'autre part, se sont trouvées progressivement dans le collimateur des autorités de la concurrence²¹. À l'heure actuelle, les tarifs ou barèmes étatiques fixant de manière stricte les honoraires des avocats, sans qu'il soit possible d'y déroger, ont pratiquement disparu²². S'agissant des recommandations en matière d'honoraires, publiées depuis des décennies par les ordres cantonaux, il aura fallu attendre mars 2007 pour que la Commission de la concurrence considère qu'elles constituent une entrave à la concurrence et que son secrétariat impartisse un délai au 31 mai 2007 aux ordres cantonaux qui continuaient de publier ce type de recommandations pour qu'ils cessent de le faire²³.

¹⁴ Art. 24 let. a LP Av.

¹⁵ Arrêt du TF du 27 avril 1993, SJ 1993, 665.

¹⁶ CHAPPUIS, *Droit de la concurrence*, p. 572 ; BOHNET/MARTENET, N 1079.

¹⁷ CHAPPUIS, *Droit de la concurrence*, p. 572 ; REYMOND, p. 29.

¹⁸ CHAPPUIS, *Droit de la concurrence*, p. 572.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ RS 251.

²¹ REYMOND, p. 21.

²² BOHNET/MARTENET, N 1030.

²³ CHAPPUIS, *Droit de la concurrence*, p. 575 ; BOHNET/MARTENET, N 1062 ss.

Ce tour d'horizon serait incomplet si l'on omettait d'ajouter que les fiduciaires, les services de conseil aux entreprises, les permanences juridiques d'associations, les banques et les assurances prennent aujourd'hui en Suisse une place toujours plus importante dans le marché des services juridiques, lequel était traditionnellement réservé aux avocats²⁴.

Aux États-Unis, la Cour suprême a rendu deux décisions importantes qui ont modifié le climat concurrentiel. En 1975, dans l'affaire *Goldfarb v. Virginia State Bar* (421 US 773), la Cour a considéré que des honoraires minimaux publiés par l'association du barreau du comté de Fairfax et promulgués par le barreau de l'État de Virginie constituaient un exemple classique de fixation de prix qui violait le § 1 du *Sherman Anti-Trust Act* et, partant, devaient être abolis. Deux ans plus tard, dans l'affaire *Bates v. State Bar of Arizona* (433 US 350), la Cour a supprimé les restrictions imposées aux avocats de faire de la publicité. D'autres juridictions ont ensuite suivi le pas et ont assoupli leurs règles professionnelles de manière similaire²⁵.

L'exemple de la Nouvelle-Galles du Sud en Australie, qui est la première juridiction à avoir autorisé, en 1987 déjà, la pratique du métier d'avocat en société de capitaux et des structures multidisciplinaires, mérite d'être mentionné. Ces structures faisaient l'objet, sous leurs premières formes, de nombreuses restrictions, qui ont été assouplies en 1994 par une modification législative²⁶. Malgré cet assouplissement, ces structures étaient toujours soumises à deux restrictions particulières. La première imposait aux avocats de maintenir une majorité des droits de vote au sein de l'entité²⁷. La seconde exigeait qu'ils retiennent au moins 51 % du bénéfice net de la structure²⁸. En 1998, un rapport a mis en évidence que malgré la précédente tentative de libéraliser les règles applicables aux structures multidisciplinaires en 1994, ces dernières étaient encore anticoncurrentielles²⁹. En décembre 1999, la Nouvelle-Galles du Sud a ainsi décidé d'abolir les restrictions concernant le droit de vote et le revenu³⁰. Les changements de la réglementation de la profession d'avocat en Australie ont donné lieu, notamment, à la première étude d'avocats au monde à être cotée en bourse.

²⁴ STAUB, *Strategieentwicklung*, p. 300. Dans ce sens également, ELKAIM/DEMIERRE, *l'Ordre des avocats vaudois*, p. 206. Voir aussi SCHILLER, N 1423, qui parle de concurrence directe. Pour un constat similaire en France, voir ORDRE DES AVOCATS DE PARIS, p. 42.

²⁵ MAYSON, *Law Firm Strategy*, p. 3.

²⁶ MARK/COWDROY, *Incorporated Legal Practices*, p. 673.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

L'initiative de l'autorité de la concurrence australienne aura joué un rôle majeur.

À en croire RICHARD SUSSKIND, diplômé en droit et en informatique, réputé pour sa lecture avant-gardiste de la pratique du droit, l'augmentation de la concurrence dans le secteur des services juridiques devrait encore s'intensifier, puisque cet auteur estime que « *[o]ver the next few years we will see a change in emphasis in the way firms are structured and organised to make the most of external investment, to respond to what will be a far more competitive marketplace* »³¹.

Les avocats ont ainsi vu ces vingt dernières années leur métier profondément remodelé par la suppression de certaines pratiques jugées restrictives et anti-concurrentielles, ainsi que par une concurrence qui s'est intensifiée de manière significative³². L'avocat doit-il s'en inquiéter ? Comme l'a relevé PIERRE TERCIER, de manière très pragmatique, « *[h]abitué par "vocation" à se mesurer aux autres pour l'intérêt de ses clients, l'avocat est prédestiné à la lutte. Or, qu'est-ce d'autre que la concurrence, sinon un défi et une chance qu'il faut savoir saisir. À temps* »³³.

En plus de l'augmentation de la concurrence, les technologies de l'information et de la communication ont également un impact significatif sur la pratique du droit et, d'une manière générale, sur le marché des services juridiques.

II. L'impact des technologies de l'information et de la communication

Il y a une dizaine d'années déjà, RICHARD SUSSKIND prédisait que les technologies de l'information et de la communication allaient transformer le droit :

« *[M]y expectations of IT and the Internet are that they will fundamentally, irreversibly, and comprehensively change legal practice, the administration of justice, and the way in which non-lawyers handle their legal and quasi-legal affairs. [...] I anticipate, in the somewhat regrettable jargon, a complete shift in the legal paradigm* »³⁴.

³¹ Interview du Professeur RICHARD SUSSKIND, What the future holds, in Briefing on legal efficiency, vol. 1, juin 2010, p. 4, disponible sur : <http://www.legalsupportnetwork.co.uk/sites/default/files/LSN%20Briefing%20Issue%201%20Digital%20Edition.pdf>.

³² HÜPPI, *Trends und Zukunft*, p. 959.

³³ TERCIER, *Les avocats et la concurrence*, p. 15.

³⁴ SUSSKIND, *Transforming the Law*, p. viii-ix.

Il faut, en effet, reconnaître que les technologies de l'information et de la communication ont profondément bouleversé le travail juridique ces dernières années. La possibilité de transmettre des actes par voie électronique aux tribunaux³⁵ et aux autorités administratives est un exemple, parmi d'autres, de l'évolution récente. À cela s'ajoutent les services de *cloud computing*, qui sont de plus en plus utilisés, notamment par les avocats³⁶. Ce modèle, également connu sous la dénomination d'informatique en nuage, permet l'accès au réseau universel à un ensemble partagé de ressources informatiques configurables, telles que des réseaux, serveurs, stockage, applications et services rapidement disponibles par le biais d'un effort de gestion minimal ou d'une interaction réduite de la part du prestataire de services³⁷.

D'après les Lignes directrices du CCBE sur l'usage des services d'informatique en nuage par les avocats, le *cloud computing* permettrait de réduire les dépenses relatives à l'achat de serveurs et de logiciels ou à l'embauche de personnel responsable de l'entretien³⁸. De plus, de nombreuses applications d'informatique en nuage étant accessibles partout, le télétravail permettrait des économies en termes de loyers et de frais de déplacement, tout en facilitant le travail conjoint entre les bureaux des cabinets d'avocats disposant de plusieurs sites³⁹.

³⁵ Relevons, à cet égard, que le dépôt de recours sous forme électronique a de la peine à se démocratiser en Suisse : en 2015, sur un total de 7'853 recours déposés au Tribunal fédéral, seulement 39 recours ont été transmis par voie électronique (<http://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-faq/federal-faq-9.htm>). Pour un article expliquant les raisons de ce désintérêt, voir SUBILIA, *Du papier à l'électronique*, pp. 272-277. Pour un aperçu de la situation dans les différents cantons romands, voir FISCHER, *L'informatisation de la justice*. En France, la procédure devant la Cour de cassation est entièrement dématérialisée, alors que la voie électronique est imposée aux professionnels en Italie depuis le 30 juin 2014 (BOHNET, *Procédure civile*, p. 148). Dans d'autres pays, comme aux États-Unis p. ex., il est intéressant de relever que la Cour suprême de l'État de New York exige, pour certains comtés et pour des actions civiles déterminées, que tous les mémoires soient déposés sous forme électronique (<https://iapps.courts.state.ny.us/nyscef/forms/Rule202.5bb.pdf>).

³⁶ Une enquête menée par l'*American Bar Association* (ABA, 2013 Legal Technology Survey Report), citée par KIMBRO, *Online Legal Services*, p. 4, a montré que parmi les avocats interrogés dans le cadre de cette étude, le pourcentage d'avocats utilisant des services de *cloud computing* était passé de 21 % en 2012 à 31 % en 2013.

³⁷ La définition est inspirée de celle adoptée par PETER MELL/TIMOTHY GRANCE, *The NIST Definition of Cloud Computing*, National Institute of Standards and Technology, US Department of Commerce (janvier 2011). Pour d'autres définitions, cf. notamment PORTMAN, *Cloud Computing* ; OPPLINGER, *Sicherheit* ; RUFENER, *Cloud computing*.

³⁸ Lignes directrices du CCBE, p. 3.

³⁹ *Ibid.*

L'informatique en nuage permet ainsi à plusieurs avocats de travailler sur un même dossier, sans se préoccuper de sa localisation physique, parce que plus personne n'a à se demander « Où est-ce que Johnson a mis le dossier Smith ? ». Ces différentes avancées technologiques rendent possible, en quelque sorte, une dématérialisation des études d'avocats. Ainsi, à l'heure actuelle, un avocat pourrait se passer d'un bureau et n'être finalement rattaché à aucun lieu particulier. À vrai dire, cette dématérialisation n'est plus un mythe, mais bien une réalité, puisque certains praticiens ont déjà mis en place, aux États-Unis notamment, des études d'avocats qualifiées de virtuelles⁴⁰, qui proposent généralement des mandats de représentation de portée limitée (aussi appelés représentation limitée ou services juridiques dégroupés)⁴¹.

Une étude intitulée « The Legal Services Market 2030 », réalisée par la société Prognos SA à la demande de l'association des avocats allemands, est formelle : les évolutions technologiques provoqueront des changements significatifs dans les processus de travail et la situation des avocats sur le marché. Cette étude relève, en particulier, ce qui suit :

« Technology will become a central driving force for change in the legal profession. Numerous market opportunities will be created in the area of virtual business models. Standardisable consulting services will be taken over by online providers, and the internet will facilitate the process of lawyer referrals. This will erode traditional market segments, and lawyers will gradually focus more on pure consulting activities. Many judicial issues will be settled via electronic transactions, and working processes in law firms will

⁴⁰ GURTNER, *Les études d'avocats virtuelles*. À cet égard, voir p. ex. : Burton Law LCC (<http://www.burton-law.com>) ; Frame Legal, LLC (<http://www.framelegal.com>) ; MD Family Lawyer.com (<http://www.mdfamilylawyer.com>) ; Pennsylvania Winery & Hospitality Lawyer, (<http://pennsylvaniawineryandhospitalitylawyer.com>) ; Texas Wills and Trusts Law (<http://www.texaswillsandtrustslaw.com>) ; Zeller Law, LLC (<http://www.lawyer-chicago.com>) ; Rice Law, PLLC (<http://www.ricefamilylaw.com>) ; Kassimali Law, LLC (<http://kassimali.com>).

⁴¹ Contrairement à une représentation traditionnelle où l'avocat se charge de tous les aspects de la question du client, jusqu'à la conclusion de l'affaire, les parties conviennent que l'avocat se charge uniquement d'une partie (ou de parties) précise(s) de l'affaire. Ces mandats peuvent revêtir différentes formes, notamment la recherche, l'accompagnement, la rédaction de questions, prévoir une stratégie, de l'aide pour rédiger des documents ou comparaître au tribunal pour assister le client à faire une demande. Voir p. ex. FEDORAK, *Le dégroupement des services juridiques*, p. 14. Voir aussi KIMBRO, *Using Technology*. D'après KIMBRO, *The Law Office of The Near Future*, p. 1, la majorité des services juridiques proposés en ligne sont sous la forme de services juridiques dégroupés.

need to be adjusted accordingly. The expansion of IT processes and increasing data security will gradually reduce the need for non-lawyer staff in law firms and thus lead to changes in their personnel structure »⁴².

Dans son ouvrage intitulé « *The End of Lawyers?* », RICHARD SUSSKIND estime que de nombreuses nouvelles technologies (telles que l'assemblage automatique de documents, les communautés fermées, l'approvisionnement juridique libre et le savoir juridique intégré) iront à l'avenir jusqu'à concurrencer directement, voire parfois remplacer, le travail traditionnel des avocats⁴³. Il s'agit, d'après lui, de technologies ou d'innovations dites de rupture, dans la mesure où elles ont le potentiel de modifier une industrie et sa structure concurrentielle⁴⁴.

L'impact de la technologie sur les médias écrits est un exemple de perturbation sur le marché, explique STEPHEN GILLERS⁴⁵. Comment est-ce que les médias écrits peuvent encore générer les revenus nécessaires par la vente d'abonnements et la publicité, alors que le consommateur n'a plus besoin d'acheter la publication sur un support papier et que la concurrence offre ces informations en ligne ou exploite le travail des autres ?

D'après cet auteur, tout comme les médias écrits, les avocats vendent des informations, ainsi que d'autres services qui nécessitent certaines aptitudes particulières (par exemple lors de litiges et de négociation)⁴⁶. Selon lui, beaucoup de services proposés par les avocats consistent seulement en une explication de ce en quoi consiste la loi, suivie par une application des dispositions légales à la situation concrète du client, ce qui peut parfois inclure la rédaction d'un document. Ainsi, il estime qu'Internet a déjà changé et continuera de changer la manière dont les services juridiques sont proposés et seront proposés à l'avenir⁴⁷.

Si la perturbation a touché le journalisme avant le droit, c'est uniquement parce que le droit est une information plus spécialisée et plus personnalisée, expliquent MCGINNIS et PEARCE, qui estiment toutefois que le secteur juridique est

⁴² The Legal Services Market 2030, Executive Summary, Deutscher Anwalt Verein, p. 16.

⁴³ SUSSKIND, *The End of Lawyers*, p. 270.

⁴⁴ SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers*, p. 39, qui cite l'exemple le plus emblématique d'une innovation perturbatrice, celle de la photographie numérique dont Kodak, qui souhaitait à l'époque protéger son activité principale, la vente de films argentiques, a été la victime.

⁴⁵ GILLERS, *A Profession, If You Can Keep It*, p. 120.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

déjà affecté⁴⁸. Les avocats les plus touchés seront ceux qui s'occupent d'activités dites de routine, comme la rédaction de testaments, de contrats standard et la révision de documents⁴⁹. C'est également dans ce secteur que la concurrence par les prix sera la plus vive, dans la mesure où il n'y aura plus grand besoin de se préoccuper de la qualité pour des prestations standardisées⁵⁰.

Il n'est pas encore possible aujourd'hui de percevoir jusqu'à quel point les technologies de l'information et de la communication seront susceptibles à l'avenir de modifier la pratique du droit et le marché des services juridiques dans son ensemble. Il est toutefois certain, à notre avis, que celles-ci devraient y jouer un rôle majeur.

La mondialisation est un autre processus – qui ne pourrait pas exister, ou à tout le moins pas dans la même mesure, sans les technologies de l'information et de la communication – dont l'influence est considérable sur la pratique du droit.

III. L'influence de la mondialisation

A. Définitions et généralités

La mondialisation peut être définie comme le processus d'intégration des marchés qui résulte de la libéralisation des échanges, de l'expansion de la concurrence et des retombées des technologies de l'information et de la communication à l'échelle planétaire⁵¹. D'une manière générale, la mondialisation signifie également que le cadre dans lequel s'inscrivent les problèmes n'est plus celui d'un État, mais qu'il s'élargit au monde tout entier⁵². La mondialisation se traduit ainsi par l'intensification des interdépendances planétaires dans un nombre croissant de domaines de la vie sociale⁵³.

D'après PFEIFER/DROLSHAMMER, « [t]he globalization of business – and the corresponding globalization of the practice of law – has been greatly facilitated and indeed accelerated by continuing advances in communications technology,

⁴⁸ MCGINNIS/PEARCE, *The Great Disruption*, p. 3041.

⁴⁹ *Idem*, p. 3042.

⁵⁰ WICKERS, N 271.

⁵¹ Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, disponible sur : <http://www.unesco.org/new/fr/social-and-human-sciences/themes/international-migration/glossary/globalisation>.

⁵² MORAND, *Le droit*, p. 81.

⁵³ OST, *Mondialisation*, p. 7.

including facsimile, video-conferencing, and the internet, making possible, for example, the instantaneous transmission of electronic files to anywhere in the world »⁵⁴. Dans son ouvrage sur la mondialisation, intitulé « *The World is Flat : A Brief History of the Twenty-First Century* », THOMAS L. FRIEDMAN se réfère au concept de l'aplatissement (« *flattening* »), selon lequel, grâce à la technologie et à d'autres avancées, les individus du monde entier peuvent communiquer, collaborer et se concurrencer les uns les autres.

Ces changements sont considérables. Auparavant, les praticiens individuels ou les petits cabinets d'avocats ne pouvaient pas se développer facilement sous la forme de structures plus importantes, faute de pouvoir établir une communication suffisante entre eux. D'une manière similaire, les consommateurs sont aujourd'hui en mesure d'accéder à des informations et à des services d'une façon qui n'aurait tout simplement pas pu être possible sans l'évolution technologique récente.

À en croire LAUREL S. TERRY, qui s'est penché sur l'influence de la mondialisation sur les études d'avocats aux États-Unis, la mondialisation ne toucherait pas uniquement les études d'avocats globalisées, elle aurait également un impact important sur les petites études d'avocats⁵⁵. Le phénomène d'aplatissement décrit par THOMAS L. FRIEDMAN s'appliquerait ainsi de manière similaire aux avocats américains, indépendamment du volume de leurs activités⁵⁶. Pour LAUREL S. TERRY, cela s'explique, notamment, par la diversité de la population combinée aux progrès technologiques qui rendent plus facile pour les personnes de franchir les frontières juridictionnelles pour des raisons personnelles ou professionnelles⁵⁷.

L'analyse de LAUREL S. TERRY est retenue par le barreau du Québec qui se prononce, à ce sujet, en ces termes :

« Nous émettons l'hypothèse que la mondialisation/continentalisation a un impact sur tous les avocats du Québec en pratique privée et ce, peu importe leur structure organisationnelle. Nous retenons l'approche du professeur Terry pour valider cette hypothèse »⁵⁸.

⁵⁴ PFEIFER/DROLSHAMMER, *Introduction*, p. 17.

⁵⁵ TERRY, *The Legal World is Flat*.

⁵⁶ *Idem*, p. 527.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Barreau du Québec, *Les avocats de pratique privée en 2021, Rapport du Comité sur les problématiques actuelles reliées à la pratique privée et l'avenir de la profession*, juin 2011, p. 32 ss.

À notre avis, la mondialisation a sans aucun doute un impact significatif sur les avocats suisses, puisque les processus décrits ci-dessus devraient s'appliquer de manière similaire dans notre pays.

Ce qui précède a récemment été corroboré par l'enquête d'envergure menée par l'International Bar Association (ci-après : IBA) auprès de plus de 90 pays. Il ressort du rapport final que presque tous les pays ayant pris part à cette enquête indiquent avoir sur leur territoire la présence de cabinets d'avocats étrangers⁵⁹. Mais ce qui est encore plus frappant, d'après le rapport, c'est que cette présence de cabinets d'avocats étrangers est loin d'être l'apanage des études d'avocats internationales traditionnelles. À ce sujet, le rapport précise ce qui suit :

« 'Independent' regional practices in places such as Central Asia and South America, linguistic collaborations between Portuguese-speaking Africa, Brazil and Portugal, and foreign offices of Chinese, Korean and Japanese firms, are all relatively recent developments. They all underscore the fact that globalisation has been quietly transforming legal practice »⁶⁰.

Or, si les différents acteurs du marché se concurrencent les uns les autres à l'échelle planétaire, comme nous venons de le voir, ces acteurs ont besoin de pouvoir bénéficier d'un cadre réglementaire qui corresponde au niveau de celui de leurs concurrents, afin d'assurer une égalité des chances. Ce qui précède fait référence à l'expression anglaise *level playing field*.

B. Le *level playing field*

Le *level playing field* est une expression qui désigne un environnement dans lequel toutes les entreprises d'un marché donné doivent suivre les mêmes règles et ont les mêmes capacités à être compétitives (*same business, same rules*)⁶¹. Un terrain de jeu est dit à niveau lorsqu'aucune interférence extérieure (par exemple une réglementation particulière) n'affecte la capacité des joueurs à se mesurer dans des conditions équitables.

Si une concurrence entre les ordres juridiques nationaux apparaît, ANTHONY OGUS estime qu'il y aura un impact sur le contenu de la loi : en réponse aux demandes des acteurs du marché, les législateurs nationaux compareront leurs

⁵⁹ IBA Global Regulation and Trade in Legal Services Report 2014, p. 3.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ http://www.investorwords.com/2783/level_playing_field.html.

législations avec celles en vigueur dans les juridictions concurrentes ; si ces dernières répondent aux attentes des acteurs, ils seront encouragés à adapter leurs réglementations⁶². À cela s'ajoute que la mondialisation joue aussi le rôle de catalyseur, les idées voyageant désormais plus facilement et les développements qui surviennent dans un pays étant débattus et discutés dans d'autres pays⁶³.

Dans un article intitulé « Libéralisation du marché britannique des services juridiques ; Que doivent faire les avocats français ? », FREDERIC PELOUZE relevait qu'il se joue une partie mondiale « fortement teintée de darwinisme »⁶⁴.

À notre avis, si l'entrée en bourse d'une étude d'avocats en Australie, il y a déjà quelques années, avait pu paraître anecdotique, en particulier compte tenu de la distance qui nous sépare de ce pays, la situation en ce qui concerne les réformes entreprises en Angleterre et au Pays de Galles marquent un tournant. L'adoption du *Legal Services Act* a probablement définitivement et profondément changé les règles du jeu.

Ainsi, les joueurs en concurrence directe avec les avocats en Angleterre et aux Pays de Galles pourraient estimer que leur terrain de jeu n'est plus à niveau pour se mesurer à ces derniers dans des conditions équitables et, partant, réclamer une modification de leur réglementation qui irait dans le même sens que le *Legal Services Act*, afin de bénéficier d'un *level playing field*.

⁶² OGUS, *Competition*, p. 409.

⁶³ TERRY, *U.S. Legal Ethics*, p. 526-530 ; TERRY, A « *How To* » *Guide*, pp. 1138-1146 ; TERRY/MARK/GORDON, *Trends and Challenges*, pp. 2661-2662. Pour un exemple concret, citons le rapport de l'ABA sur les ABS, du 5 avril 2011, qui met en évidence la conversion de l'étude d'avocats américaine Kobre & Kim à Londres en LDP, en soulignant que l'environnement compétitif dans lequel les études d'avocats américaines de toutes tailles opèrent a maintenant changé (ABA, *Issues Paper Concerning Alternative Business Structures*, 5 avril 2011, p. 7). Voir également CLAIRE RUCKIN, *New York trial specialist firm converts City arm to LDP status*, LegalWeek.com (9 juin 2012), disponible sur : <http://www.legal-week.com/legal-week/news/1653625/new-york-trial-specialist-firm-converts-city-arm-ldp-status> ; voir aussi JAMES DEAN, *US lawyers consult on ABS reforms*, *Law Society Gazette* (14 avril 2011), disponible sur : <http://www.lawgazette.co.uk/news/us-lawyers-consult-abs-reforms>. Relevons, enfin, que le Comité d'éthique du barreau de l'État de New York s'est récemment penché sur la question de savoir si des avocats new yorkais employés par une ABS située au Royaume-Uni, détenue et dirigée par des non-avocats anglo-saxons, disposant d'une équipe de management professionnelle, ayant levé des capitaux par le biais d'un financement de fonds privés, étaient autorisés à ouvrir une étude d'avocats à New York (Opinion 911 du 14 mars 2012, disponible sur : http://www.nysba.org/Content/ContentFolders/EthicsOpinions/Opinions901975/EO_911.pdf).

⁶⁴ PELOUZE, *Libéralisation*, p. 3.

Dans un arrêt récent admettant la possibilité pour les avocats de s'organiser sous la forme d'une société anonyme, le Tribunal fédéral a reconnu, en se référant à différents auteurs, qu'il était important pour que les études d'avocats suisses puissent rester compétitives sur le plan international qu'elles disposent des mêmes possibilités d'organisation que dans les pays qui nous entourent, afin de garantir un *level playing field*⁶⁵.

Si cette référence au *level playing field* par le Tribunal fédéral est réjouissante, nous sommes d'avis, dans le contexte de la mondialisation évoqué, qu'il serait souhaitable d'assurer aux études d'avocats suisses une compétitivité allant au-delà des pays qui nous entourent. En effet, non seulement les études d'avocats des pays limitrophes, mais également celles du Royaume-Uni ou des États-Unis viennent concurrencer sur leur propre territoire les avocats pratiquant en Suisse⁶⁶.

Sans vouloir préjuger de la meilleure solution à adopter, il semble judicieux de s'intéresser, dans un premier temps, aux possibilités d'organisation des études d'avocats dans d'autres pays, en particulier là où elles sont les plus libérales et, dans un deuxième temps, de se demander s'il est opportun ou même nécessaire de disposer des mêmes possibilités. À notre avis, la réglementation des sociétés d'avocats en Suisse ne saurait s'affranchir d'une telle analyse.

Un autre processus qui mérite également une attention particulière, même s'il touche peut-être dans une moindre mesure notre pays, est l'externalisation des services juridiques qui est induite par la mondialisation, mais aussi grâce à l'appui des technologies de l'information et de la communication.

IV. L'externalisation

L'externalisation a également influencé le paysage des services juridiques et contribué à son internationalisation⁶⁷. Parfois appelée *legal process outsourcing* (ci-après : LPO), cette notion se réfère au processus qui consiste à transférer des travaux juridiques, lesquels sont d'habitude traités à l'intérieur même d'une société, à un fournisseur de services juridiques externe⁶⁸.

⁶⁵ ATF 138 II 440, consid. 9. Pour une présentation de cet arrêt, voir *infra*, p. 293 ss.

⁶⁶ Dans ce sens également, BIANCHI/PHILIPIN, p. 2.

⁶⁷ GIBSON, *Outsourcing*.

⁶⁸ WIND/STAMBACH, *Switzerland*, p. 231.

Il est généralement opéré une distinction entre *onshore outsourcing*, processus qui consiste à externaliser les services dans le même pays que la société sous-traitante, et *nearshore outsourcing*, dont l'externalisation est effectuée dans un pays proche de la société sous-traitante. Enfin, le terme *offshore outsourcing* se réfère au processus qui consiste à externaliser des activités juridiques dans un pays géographiquement distant de la société sous-traitante⁶⁹.

L'externalisation des services juridiques n'est pas un phénomène nouveau. Si les premières tentatives remontent au milieu des années 1990, elle a continué à se développer, le plus souvent sous la forme de délocalisations dans d'autres juridictions⁷⁰. Les dix destinations les plus attractives sont l'Inde, la Chine, la Malaisie, l'Égypte, l'Indonésie, le Mexique, la Thaïlande, le Vietnam, les Philippines et le Chili⁷¹. ValueNotes, une société de recherche indienne, prédisait en 2006 que le chiffre d'affaires de l'externalisation des services juridiques en Inde passerait de 146 millions de dollars cette année-là à 640 millions de dollars à la fin de 2010, tandis que le nombre de personnes employées passerait de 7'500 à 32'000⁷².

Une Cour du Delaware avait déjà relevé, en 2004, ce qui suit :

« [T]he most recent trend has corporations and law firms using attorneys and paralegals who are not even in this country to perform legal work that would otherwise be done by attorneys and paralegals in-house »⁷³.

Aux États-Unis, l'externalisation implique généralement des fournisseurs de services juridiques situés en Inde⁷⁴. En plus de partager une langue commune, l'anglais, certains avocats indiens sont formés aux États-Unis et ont parfois même étudié dans les meilleures universités américaines⁷⁵. Le principal avantage réside bien évidemment dans les coûts. À titre d'exemple, les coûts pour une recherche juridique aux États-Unis peuvent atteindre voire dépasser deux cents dollars de l'heure, alors que la même recherche pourrait être effectuée en

⁶⁹ KENDRA/BIGELOW-NUTTALL, *France*, pp. 55-56.

⁷⁰ OMC, Conseil du commerce des services, Services juridiques – Note d'information du Secrétariat, 14 juin 2010, S/C/W/318, p. 7.

⁷¹ AT Kearney, *Offshoring Opportunities amid Economic Turbulence*, 2011, p. 2, disponible sur : <http://www.atkearney.com/documents/10192/f062cfd8-ee98-4312-ae4f-0439afc10880>.

⁷² ValueNotes Outsourcing Weekly, *Legal Outsourcing Hype: can India deliver*, 6 octobre 2006, vol. III, N 40.

⁷³ *In re Worldwide Direct, Inc.*, 316 B.R 637, 647 (Bkrcty. D. Del., 2004).

⁷⁴ JOHNSON/LOOMIS, *United States*, pp. 288-290.

⁷⁵ D'ANGELO, *Overseas Legal Outsourcing*, p. 172.

Inde pour seulement vingt dollars de l'heure⁷⁶. On estime qu'un avocat indien débutant gagne à peine plus de 8'000 dollars par an, contre environ 160'000 dollars pour un avocat associé dans une grande ville des États-Unis⁷⁷. Une LPO avec l'Inde permet également aux études d'avocats américaines, compte tenu du décalage horaire et des outils informatiques récents, de disposer d'une force de travail 24 heures sur 24.

Vu cet engouement, certaines sociétés n'ont pas hésité à se spécialiser dans les LPO. C'est le cas de la société Integreon, présente sur tous les continents, qui se targue, notamment, d'entreprendre le travail de 32 des 50 plus grands cabinets d'avocats américains⁷⁸. La plupart des études préfèrent naturellement rester silencieuses sur cet aspect, puisqu'elles ne souhaitent pas que leurs clients sachent qu'elles économisent de l'argent sur leurs prochaines notes d'honoraires. L'étude d'avocats Allen & Overy, à New York, a par exemple signé un contrat avec Integreon afin de sous-traiter le travail de révision de documents concernant des litiges⁷⁹. Bien que le modèle le plus courant consiste à sous-traiter certains services à un fournisseur indépendant dans une autre juridiction, certains grands cabinets, comme Clifford Chance, ont établi leurs propres bureaux à l'étranger, avec leur propre personnel, contrôlant ainsi le recrutement et la formation de leurs employés⁸⁰.

L'externalisation des services juridiques pose différents problèmes liés à la confidentialité et à la facturation des travaux externalisés. Selon un avis formel du barreau de la ville de New York, cette manière de procéder serait admise moyennant le respect de plusieurs conditions. Cet avis pose, notamment, comme conditions, la supervision de la personne qui effectue le travail, la garantie de la confidentialité, l'information du client et son autorisation pour externaliser le travail. De plus, en l'absence d'accord contraire du client, le cabinet ne devrait pas facturer plus que le coût direct lié à l'externalisation, plus une part raisonnable des frais généraux directement associés à la fourniture du service⁸¹.

⁷⁶ PATTERSON, p. 186.

⁷⁷ OMC, Conseil du commerce des services, Services juridiques – Note d'information du Secrétariat, 14 juin 2010, S/C/W/318, p. 8.

⁷⁸ <http://www.integreon.com>.

⁷⁹ DEAN, *Legal Process Outsourcing*.

⁸⁰ OMC, Conseil du commerce des services, Services juridiques – Note d'information du Secrétariat, 14 juin 2010, S/C/W/318, p. 7.

⁸¹ New York City Bar, Formal opinion 2006-3, août 2006.

Au Royaume-Uni, plusieurs études d'avocats réputées et plusieurs départements juridiques de sociétés ont procédé à des LPO dans d'autres juridictions⁸². En 2010, on estimait qu'un montant de 2,6 milliards de livres sterling de travaux juridiques serait sous-traité en Inde en 2015⁸³.

En Suisse, si ce n'est plus un secret que des sociétés externalisent leurs activités à l'étranger⁸⁴, aucune étude n'a été menée dans ce sens auprès des cabinets d'avocats⁸⁵.

À noter que le CCBE a publié des lignes directrices sur l'externalisation juridique⁸⁶. En substance, les avocats qui externalisent doivent vérifier auprès du fournisseur de services juridiques externe que les valeurs fondamentales de la profession d'avocat soient protégées, en particulier en matière de confidentialité et de prévention des conflits d'intérêts. De plus, pour des questions de loyauté envers les clients, les avocats qui externalisent doivent être informés quant à la manière d'obtenir le consentement des clients, de les maintenir pleinement informés et de rendre le processus d'externalisation transparent. Enfin, les avocats qui ont recours à l'externalisation doivent être rendus attentifs au fait qu'ils ne limitent pas leur responsabilité.

D'après RICHARD SUSSKIND, l'*outsourcing* pourrait se révéler être une véritable menace pour le modèle économique qui consiste à facturer selon un taux horaire dans une organisation structurée de façon pyramidale :

« [A]t the top is the partner who passes routine work to junior lawyers whose efforts generate more fee income than they are paid ; and the more junior lawyers per partner (the wider the base of the pyramid), the more profitable the firm. But if some work can be undertaken at lower cost by other means (for example, by outsourcing), then profitability drops, and the firm is left with the high costs of luxurious buildings populated by expensive lawyers who are no longer required. The base of the pyramid must shrink.

⁸² MENEGHETTI/CHANT, *United Kingdom*, pp. 256-257.

⁸³ DEAN, *Legal Process Outsourcing*.

⁸⁴ WIND/STAMBACH, *Switzerland*, p. 245.

⁸⁵ BENOÎT CHAPPUIS précise en revanche qu'il est courant que des études délèguent une partie de leurs tâches techniques, telles que la comptabilité et l'informatique, à des spécialistes externes. Comme il n'existe aucune réglementation spécifique que les avocats devraient respecter, il suggère de s'inspirer de la réglementation bancaire, en particulier la Circulaire 2008/7 de la FINMA « Outsourcing – banques » qui pose les principes de prudence à respecter par les banques lorsqu'elles externalisent des services (CHAPPUIS, *La profession d'avocat Tome I*, p. 181).

⁸⁶ CCBE, Lignes directrices du CCBE sur l'externalisation juridique, le 24 juin 2010, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/FR_Lignes_directrice2_1277906265.pdf.

Some new-look law firms will soon spring up, streamlined, free of high fixed costs, and designed to work easily with outsourcing providers »⁸⁷.

En résumé, il faut être conscient que l'externalisation ne se limite plus à la fabrication de produits bon marché dans des marchés émergents, mais touche désormais également à des prestations de services qui sont effectuées par des avocats situés à l'autre bout du monde.

Si les processus que nous avons décrits ci-dessus semblent converger et être, en quelque sorte, interconnectés, ces derniers seraient probablement inexistant sans une demande et des attentes particulières.

V. Les attentes de la « génération Y »

Il y a une quinzaine d'années déjà, le Tribunal fédéral avait explicitement reconnu qu'il existe pour le public un besoin de pouvoir obtenir des conseils juridiques rapidement et sans rendez-vous ou autres formalités⁸⁸. Aujourd'hui, une grande partie du public est habituée à accomplir de nombreuses activités en ligne, que cela soit pour effectuer des achats, utiliser des services bancaires ou encore pour remplir sa déclaration d'impôts⁸⁹.

D'après STEPHEN MAYSON, « [t]here is a growing generation (Generation Y) of consumers out there who do not visit shops and stores and service providers. They do it virtually. They do it at any time of the day or night, at their convenience »⁹⁰. Cette génération – qui se réfère au groupe de personnes nées entre la fin des années 1970, ou le début des années 1980, et le début des années 2000 – s'attend ainsi à une expérience plus technologique, à distance et virtuelle, plutôt qu'à une rencontre face à face, à laquelle les avocats sont généralement habitués.

Dès lors, pourquoi est-ce que ce même public, qui est habitué à effectuer de nombreuses activités en ligne, se détournerait d'Internet lorsqu'il a besoin d'obtenir une assistance et des conseils juridiques ? Certaines sociétés, comme LegalZoom aux États-Unis, l'ont bien compris et connaissent un véritable succès. En dix ans d'existence, LegalZoom a annoncé avoir servi deux millions d'utilisateurs et, pour la seule année 2011, la société déclare avoir reçu 490'000

⁸⁷ SUSSKIND, *Rio Tinto*.

⁸⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 28 août 1998, publié in : RDAF 1999 I p. 503, p. 507.

⁸⁹ KIMBRO, *Online Legal Services*, p. 5.

⁹⁰ MAYSON, *Quality, Values and Standards*, p. 9.

commandes⁹¹. D'après une étude citée par RICHARD GRANAT en 2008, il y a un marché latent aux États-Unis pour des services juridiques – lequel représente approximativement 20 milliards de dollars par année – qui n'est pas servi par la profession juridique⁹². En Suisse, plusieurs sites proposent désormais aux couples de régler leur séparation ou leur divorce en ligne, sur la base d'un tarif forfaitaire⁹³.

Que ce soit aux États-Unis, en Suisse ou ailleurs, il existe aujourd'hui un véritable besoin du public d'obtenir des services juridiques en ligne, à plus forte raison si ces derniers peuvent être obtenus rapidement et sans rendez-vous ou autres formalités.

Ce qui précède est, selon nous, largement sous-estimé par la profession. Pourtant, si ces attentes ne sont pas comblées par les avocats ou si la réglementation pose des barrières empêchant ces derniers de proposer ces services (il suffit de songer, par exemple, à l'interdiction de fournir des services juridiques en ligne)⁹⁴, un autre acteur sur le marché – qui n'est pas un avocat – se chargera de combler ces attentes⁹⁵.

Un dernier aspect, souvent ignoré, est l'influence de la crise économique sur la pratique du droit dans certains pays et, en particulier, le rôle joué par la Commission européenne, la Banque centrale européenne et le Fonds monétaire international (ci-après : FMI).

⁹¹ KIMBRO, *Online Legal Services*, p. 4.

⁹² GRANAT, *eLawyering*, p. 1.

⁹³ www.divorce.ch ; www.easydivorce.ch ; www.click-divorce.ch. Il est intéressant d'observer, à cet égard, que depuis quelques années déjà, certains avocats, en Suisse, proposent également à leurs clients de régler leur divorce selon un tarif forfaitaire. Il est dès lors permis de se demander si ces nouveaux entrants sur le marché – en admettant qu'il s'agisse de concurrents directs – auraient pu inciter ou encourager certains avocats à adopter une tarification forfaitaire également.

⁹⁴ Pour la question de la conciliation des nouvelles technologies avec les règles professionnelles de l'avocat pour la fourniture de services juridiques en ligne, voir p. ex. GURTNER, *Les études d'avocats virtuelles*, p. 333 ss.

⁹⁵ De manière intéressante, WICKERS relève « [...] qu'une profession qui revendique, dans l'intérêt du public, l'établissement d'une réglementation lui réservant les activités judiciaires et juridiques, doit être capable, en contrepartie, de répondre à la totalité des besoins du marché » (N 275).

VI. L'influence de la crise économique

Un développement significatif récent a été l'influence de la Commission européenne, de la Banque centrale européenne et du FMI (également appelés la « Troïka ») sur la réglementation des professions judiciaires dans certains pays, notamment en Grèce, en Irlande et au Portugal⁹⁶.

Le CCBE et l'*American Bar Association* (ci-après : ABA) ont fait front commun en adressant une lettre conjointe à la directrice du FMI, CHRISTINE LAGARDE, le 21 décembre 2011, pour lui faire part de leurs inquiétudes à propos des pays qui bénéficient d'un programme d'aide financière et qui sont tenus d'entreprendre, en contrepartie, une réforme radicale de leurs professions judiciaires, laquelle s'apparente à une forme de libéralisation⁹⁷. Il était, en particulier, relevé ce qui suit :

« We have followed with great concern over the past year the developments that have taken place in a number of European countries - Greece, Ireland and Portugal - where the economic crisis and the intervention of the Troika have led Governments to propose radical reforms of the legal profession.

We are aware of the difficult times that countries are facing, and also of the need for reforms. Bars and Law Societies around the world have always been open to reform: they follow very closely societal, economic and any other changes within their own countries and worldwide, evaluate the impact of these changes on the profession and take the necessary steps to adapt. The current developments, however, go beyond what we would consider proportionate and necessary reforms, and they also raise fundamental questions of compliance with international norms. The proposed reforms are plainly inconsistent with the Core Principles of the Legal Profession - as reflected in the CCBE Charter of Core Principles and as adopted by the ABA House of Delegates in 2006 - that commits the legal profession to 'An independent legal profession, without which there is no rule of law or freedom for the people' [...] »⁹⁸.

L'objet des critiques du CCBE et de l'ABA concernait, en particulier, un projet de réglementation des professions judiciaires en Irlande préparé en réponse aux demandes de la Troïka. Fin 2010, le Gouvernement irlandais avait, en effet, signé une lettre d'intention avec le FMI en s'engageant à mettre en place un régulateur indépendant et à appliquer les recommandations de l'Autorité de la

⁹⁶ TERRY, *Transnational Legal Practice (International)*, p. 487.

⁹⁷ FLOOD, *PI(D)GS Might Fly!*.

⁹⁸ Lettre du CCBE et de l'ABA du 21 décembre 2011 adressée à Christine Lagarde, directrice du FMI, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/CCBE_and_ABA_letter_1_1325686329.pdf.

concurrence irlandaise⁹⁹. Plus précisément, la nouvelle réglementation prévoit la mise en place d'un régulateur indépendant composé de onze membres nommés par le gouvernement : sept non-avocats, deux représentants du *Bar Council* et deux représentants de la *Law Society of Ireland*¹⁰⁰.

Le projet ne s'arrête toutefois pas en si bon chemin, puisqu'il propose une forme de libéralisation comparable à ce qui a été prévu en Angleterre et au Pays de Galles avec le *Legal Services Act 2007*¹⁰¹.

Dans une lettre du 31 janvier 2012 adressée au FMI, le gouvernement irlandais prenait position en ces termes :

*« Such reform is clearly in the public interest as well as that of consumers and the legal professions and the Bill sets out to achieve a more modern balance of these interests in support of national recovery. As is clear from the EU/IMF/ECB Programme of Financial Support for Ireland, barriers to such reform, growth and competitiveness in the provision of legal services in the State are a burden we can no longer afford to carry. [...] »*¹⁰².

Le 3 février 2012, le FMI répondait au CCBE et à l'ABA en indiquant, en substance, que bien que la mise en place d'un « régulateur indépendant » pour les professions judiciaires fasse partie des mesures de réforme incluses dans le programme de réforme économique financé par le FMI, *« there is no intention on the part of the IMF that the independence of the legal profession be undermined by any of the measures discussed in the program documents »*¹⁰³.

À l'heure actuelle, le projet de réglementation irlandais est toujours en discussion¹⁰⁴.

⁹⁹ International Monetary Fund, Letter of Intent, Memorandum of Economic and Financial Policies, and Technical Memorandum of Understanding, 3 décembre 2010, p. 27, disponible sur : <http://www.imf.org/external/np/loi/2010/irl/120310.pdf>. Study of the Legal Professions, Competition and Consumer Protection Commission, disponible sur : <http://www.ccpc.ie/study-legal-professions>.

¹⁰⁰ Legal Services Regulatory Bill 2011, partie 2, article 8.

¹⁰¹ FLOOD, *Tesco (Ireland) Law?*.

¹⁰² Lettre du gouvernement irlandais adressée au FMI du 31 janvier 2012.

¹⁰³ Lettre du FMI adressée au CCBE et à l'ABA du 3 février 2012.

¹⁰⁴ Legal Services Regulation Bill 2011, Houses of the Oireachtas, disponible sur : <http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?DocID=19208&&CatID=59>. D'après EVA MASSA, déléguée à l'information pour l'Irlande au sein du CCBE, ce projet de loi est vigoureusement contesté à la fois par le *Bar Council* et la *Law Society of Ireland* (courriel du 12 septembre 2014).

Par ailleurs, bien que ne faisant pas partie d'un programme de réforme économique financé par le FMI, l'Italie a aussi essuyé les critiques du CCBE. Par courrier du 24 janvier 2012 adressé à MARIO MONTI, le CCBE s'inquiétait de la nouvelle loi sur la stabilité (loi n° 183/2011), qui prévoyait un certain nombre de changements pour la profession du droit, en particulier la mise en place d'ABS. La missive relevait, notamment, ce qui suit¹⁰⁵ :

« Please be assured that the CCBE is aware of the difficult times that countries are facing, including Italy, and also of the need for economic and financial reforms. The CCBE has however difficulties in understanding the link that governments, including the Italian, make between the lawyers' profession and the economic crisis in their countries. Lawyers are included within financial and economic reforms despite their having nothing to do with their country's economic plight and public debt. Furthermore, many of the governmental reforms which affect the lawyers' profession - including those now in Italy - are based on a purely economic approach, without taking into account the role of lawyers within society and the administration of justice, which are essential to any democratic society, and without analysing thoroughly the impact of such proposals on the administration of justice ».

Comme l'analyse JOHNATHAN GOLDSMITH, les changements, souvent très controversés, qui auraient été discutés et négociés au niveau européen et national, sont, sous couvert de la crise économique, mis en œuvre avec célérité et peu de controverse¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Lettre du CCBE adressée à Mario Monti du 24 janvier 2012, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/240112_Mario_Montip1_1327482433.pdf. Voir aussi, ccbe-info n° 30/2012, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/newsletter_30_frpdf2_1347517429.pdf. D'après GAIA PANDOLFI, déléguée à l'information pour l'Italie au sein du CCBE, la loi en question est entrée en vigueur. Toutefois, une nouvelle loi réglementant la profession juridique a été adoptée par le Parlement italien à un stade ultérieur, à la fin de l'année 2012 (courriel du 22 juin 2014), disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/6218TestoUfficialeLe6_1392628738.pdf.

¹⁰⁶ GOLDSMITH, *Troika forces ABSs on Italy*.

Chapitre 2 : La remise en question du modèle traditionnel de l'étude d'avocats

La profession d'avocat, compte tenu de sa longue tradition, est tiraillée dans un conflit entre les modernes et les anciens. Cette situation a un impact sur les possibilités d'organisation des cabinets d'avocats.

Le modèle traditionnel de l'étude d'avocats, caractérisé par un exercice individuel de la profession, est aujourd'hui remis en question. Le nouveau modèle tend ainsi à se libérer de certains de ses interdits traditionnels, allant parfois jusqu'à revendiquer les mêmes possibilités d'organisation que n'importe quel autre acteur économique du marché, ce qui aurait été inimaginable il y a encore quelques années.

À notre avis, le modèle traditionnel est remis en question d'un point de vue dogmatique (I), d'un point de vue juridique et de l'analyse économique du droit (II) et d'un point de vue économique (III).

I. D'un point de vue dogmatique

Comme l'a relevé MICHAEL HÜPPI, « [a]ufgrund des enorm gewachsenen Wettbewerbsdrucks kann es sich kein Anwalt, keine Einzelkanzlei und auch keine Law Firm leisten, sich dem Drang der Kommerzialisierung zu entziehen »¹⁰⁷. Malgré ce constat, implacable et pragmatique, deux visions diamétralement opposées coexistent aujourd'hui.

Il existe, d'une part, une vision traditionnelle selon laquelle le métier d'avocat est une profession qui doit être, en quelque sorte, épargnée ou, à tout le moins, préservée des pressions commerciales et, d'autre part, une vision plus libérale, d'après laquelle les avocats exercent une activité commerciale qui est en tout

¹⁰⁷ HÜPPI, *Trends und Zukunft*, p. 960, N 5.

point similaire à une autre. LAUREL S. TERRY estime, par exemple, que les avocats ne sont plus vus comme une profession unique et séparée, mais comme un fournisseur de services comme un autre¹⁰⁸.

Il est important de garder à l'esprit que le modèle traditionnel de l'étude d'avocats, respectivement du métier d'avocat, est profondément ancré dans l'histoire. Dans un rapport concernant les efforts des États membres pour renforcer la concurrence dans le secteur des professions libérales, la Commission européenne soulignait qu'« [i]l ne faut pas sous-estimer le poids de la tradition dans le rythme des changements et dans de nombreux pays, les organismes de réglementation ne voient pas comment on pourrait procéder différemment »¹⁰⁹. Le poids de la tradition est, en effet, considérable.

En France, dans un ouvrage intitulé « Lettres sur la Profession d'avocat », publié pour la première fois en 1772, ARMAND-GASTON CAMUS écrivait ce qui suit :

« L'exercice de la profession d'Avocat doit mener à l'honneur, non à la fortune ; et dans l'ordre des idées que je me suis faites sur cette profession, un premier titre pour mériter, à celui qui l'embrasse, la considération des gens sensés, c'est de voir qu'il méprise les professions lucratives, la plupart moins pénibles et moins laborieuses, pour se dévouer à des fonctions qui ne promettent que de l'honneur à ceux qui les exercent avec le plus de succès »¹¹⁰.

S'agissant des honoraires, ils étaient envisagés en ces termes :

« Les honoraires sont un présent par lequel un client reconnaît les peines que l'on a prises à l'examen de son affaire ; il n'est pas extraordinaire de manquer à le recevoir, parce qu'il n'est pas extraordinaire qu'il se rencontre un client sans reconnaissance ; dans quelque cas que ce soit, jamais ils ne sont exigés. Une pareille demande serait incompatible avec la profession d'Avocat ; et au moment où on la formerait, il faudrait renoncer à son état »¹¹¹.

¹⁰⁸ TERRY, *The Future Regulation of the Legal Profession*. Voir aussi THERY, *Rapport de synthèse*, p. 16. Pour un article intéressant concernant cette question, voir WEIL, *Le cabinet d'avocats*.

¹⁰⁹ Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Services professionnels – Poursuivre la réforme, COM (2005) 405 final, p. 11, N 25, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0405:FIN:FR:PDF>.

¹¹⁰ CAMUS, *Lettres sur la profession d'avocat*, p. 4.

¹¹¹ *Idem*, pp. 10-11.

Aux États-Unis, JULIUS HENRY COHEN est l'un des premiers auteurs à avoir examiné la question du droit en tant que commerce ou profession dans un ouvrage publié en 1916 intitulé « *The Law: Business or Profession ?* ». Il relevait déjà, à cette époque, que l'idée que la pratique du droit est une profession et non pas un commerce est une tradition qui est ancrée dans le droit de nombreux pays¹¹². En particulier, il se demandait si l'avocat pouvait faire de la publicité, en vantant ses qualités, de la même manière que le marchand vante ses produits¹¹³. D'après lui, les objectifs de la publicité étaient intrinsèquement, fondamentalement et inextricablement en conflit avec les devoirs de l'avocat qui sont d'une loyauté indivisible¹¹⁴.

Un jugement de la Cour suprême du Tennessee, daté de 1906, prenait position comme suit :

*« We cannot agree that in these latter years a spirit of commercialism has lowered the standard of the legal profession. We cannot agree that the practice of law has become a "business", instead of a "profession", and that it is now allowable to resort to the practices and devices of business men to bring in business by personal solicitations, under the facts shown in this case [...]. We cannot, we dare not, lower the standard of the legal profession to that of a mere business, in which fleetness of foot, or the celerity of the automobile, determines who shall be employed »*¹¹⁵.

Dans un jugement daté de 1910, un juge de l'État de New York relevait que la pratique du droit n'est pas une entreprise ouverte à tous, mais un droit personnel, limité à quelques personnes de bonne moralité¹¹⁶. D'après NORMAN BOWIE, la principale caractéristique qui distingue une entreprise d'une profession est la motivation des hommes d'affaires : ils sont égoïstes ; leur principale motivation, selon la théorie économique, est de maximiser leur propre intérêt¹¹⁷.

En Suisse, on a longtemps estimé, dans la conception classique, que les professions libérales n'exerçaient pas une activité commerciale, de sorte que la forme de la société en nom collectif, que requiert une telle activité, ne leur était pas destinée¹¹⁸. Le Tribunal fédéral a toutefois reconnu, plus tard, que « les "professions libérales" exercent aussi une activité commerciale lorsque leur but économique prédomine sur les rapports personnels avec la clientèle, en ce sens

¹¹² COHEN, p. 99.

¹¹³ *Idem*, p. 173.

¹¹⁴ *Idem*, p. 173.

¹¹⁵ *Ingersoll v. Coal Creek Coal Co.*, 117 Tenn. 263 ; 98 S. W. 178 ; 119 Am. St. Rep. 1003 ; 9 L. R. A. (N. S.) 282.

¹¹⁶ *In re Cooperative Law Co* 198 NY 479, 483, 92 N.E. 15, 16 (1910).

¹¹⁷ BOWIE, *The Law*, p. 745.

¹¹⁸ VONZUN, p. 448 ss ; SCHILLER, N 1251-1252.

qu'une rentabilité maximale est recherchée, qu'une attention particulière est apportée aux questions d'organisation, aux problèmes de financement, à une publicité efficace, etc. »¹¹⁹.

Au Grand-Duché de Luxembourg, la loi du 16 décembre 2011, qui autorise l'exercice de la profession d'avocat sous la forme d'une personne morale, met bien en évidence cette ambivalence. Le législateur luxembourgeois a pris soin de préciser que « par dérogation à l'article 3, alinéa 3 de la loi concernant les sociétés commerciales, les sociétés d'avocats admises au tableau d'un Ordre ont une nature civile malgré l'adoption de la forme d'une société commerciale »¹²⁰. Ainsi, une société constituée en vue de l'exercice de la profession d'avocat sera commerciale du jour de sa constitution jusqu'au jour où le conseil de l'Ordre fait droit à la demande d'admission au tableau¹²¹.

Au niveau européen, c'est l'affaire Wouters qui a conduit à l'idée que les avocats exercent une activité économique et, partant, constituent des entreprises au sens du droit communautaire de la concurrence¹²².

CHRISTINE PARKER considère, quant à elle, qu'il serait urgent, concernant ce débat, de remettre l'église au milieu du village :

*« The real issue with ethics in law firm practice that must be urgently addressed is the historic failure of law firm leaders, professional associations, independent regulators and academic ethicists to adequately recognise that law is both a business and a profession and that it is carried on by commercial firms, not just professionally qualified individuals »*¹²³.

Même si les idées ont naturellement évolué au fil du temps, avec des particularités d'une juridiction à l'autre, la pratique du droit reste aujourd'hui encore largement imprégnée par le modèle traditionnel.

¹¹⁹ ATF 124 III 363, consid. 2b, JdT 1999 I 402. Pourtant, la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich relevait dans sa décision du 5 octobre 2006 (KF060026/U), en se référant aux sociétés de capitaux d'avocats : « *Sie soll nicht zuletzt wegen der Gefahr der Kommerzialisierung dem liberalen Berufsbild des freien und unabhängigen Anwaltes widersprechen* » (chap. III, consid. 2.3).

¹²⁰ Article 34-2(3) de la loi du 16 décembre 2011 concernant l'exercice de la profession d'avocat sous forme d'une personne morale.

¹²¹ THEWES, p. 2.

¹²² CJCE, 19.2.2002, Wouters, aff. C-309/99. Pour un commentaire de l'arrêt, voir DARCET-FELGEN, *Pluridisciplinarité et concurrence*. Voir BESSY, *L'organisation des activités d'avocats*, p. 15. Voir aussi *infra*, p. 322 ss.

¹²³ PARKER, *Peering Over the Ethical Precipice*, p. 29.

En Australie et au Royaume-Uni, on assiste, cependant, à des développements sans précédent qui s'inscrivent, d'après nous, en totale rupture avec le modèle traditionnel. Qui aurait, en effet, imaginé il y a quelques années qu'une étude d'avocats ferait son entrée en bourse¹²⁴, que certains cabinets d'avocats feraient de l'*outsourcing* juridique à l'étranger¹²⁵ ou encore que des boutiques de droit pourraient ouvrir leurs portes dans des supermarchés ou des centres commerciaux¹²⁶ ?

En Angleterre et au Pays de Galles, dans un rapport qui posera les bases du *Legal Services Act*, DAVID CLEMENTI avait relevé ce qui suit :

« [C]ertain lawyers dislike being described as part of an industry. They see a conflict between lawyers as professionals and lawyers as business people. The idea that there is a major conflict is in my view misplaced. Access to justice requires not only that the legal advice given is sound, but also the presence of the business skills necessary to provide a cost-effective service in a consumer-friendly way »¹²⁷.

La rupture que nous évoquons prend tout son sens lorsque le rapport Darrois sur les professions juridiques compare l'exercice du droit en France et au Royaume-Uni en ces termes :

« Le Royaume-Uni, quant à lui, a choisi de considérer l'exercice du droit comme une activité ordinaire, comme un « business », et depuis la fin des années 1970 conteste que les prestations juridiques aient une quelconque spécificité. Les juristes anglais se sont lancés à la conquête de marchés extérieurs, aux États-Unis, et en Europe continentale grâce au principe de liberté d'établissement et bientôt de la Directive Services. Le *Legal Services Act* 2007 tend à déréguler leur profession et permet de créer des structures juridiques nouvelles autorisant le regroupement des praticiens de différentes disciplines et l'appel à des capitaux extérieurs. Sur le plan économique, le résultat est éloquent : en 2003 l'activité juridique représentait pour l'Angleterre, avec un volume d'activité de 19 milliards de Livres, 1,73 % du Produit Intérieur Brut, de 1991 à 2006 l'exportation des prestations juridiques a été multipliée par six, passant de 445 à 2.612 millions de Livres.

En France, les choses sont bien différentes. Notre pays se caractérise par cette conviction que le droit libère l'individu, et que sa règle est faite pour protéger son épanouissement, instaurer un équilibre, assurer une répartition équitable des moyens et des richesses. [...].

¹²⁴ Slater & Gordon Limited, disponible sur : <http://www.slatergordon.com.au>.

¹²⁵ KRISHNAN. Voir aussi *supra*, p. 18 ss.

¹²⁶ Depuis l'adoption au Royaume-Uni du *Legal Services Act* 2007, également appelé « *Tesco Law* » en référence à la chaîne de supermarchés Tesco, il est en effet possible pour des supermarchés ou des sociétés financières d'offrir des services juridiques à leurs clients.

¹²⁷ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, pp. 5-6.

Parce que les missions du droit ne sont pas forcément celles du marché, cette conception traditionnelle est éloignée de l'idée de « Legal Business » ou de marché du droit. Pour nous, le droit n'est pas un simple produit commercial, banal et interchangeable.

Le recours par certains cabinets anglo-saxons, pour réduire leurs coûts, à la sous-traitance de leurs missions à des juristes des pays émergents reliés à eux par des systèmes informatiques, est difficilement concevable [...] »¹²⁸.

Ces exemples démontrent qu'il existe aujourd'hui deux visions radicalement différentes de la pratique du droit¹²⁹. Il est toutefois difficile, à ce stade, de dire laquelle va s'imposer, dans la mesure où l'évolution des idées peut parfois sembler rapide et radicale.

Lorsque le Professeur Nobel traita de la question de l'admission de la création de personnes morales pour la pratique du barreau lors de la journée de la Fédération suisse des avocats en 1998, son intervention semblait relever de la futurologie d'après BENOIT CHAPPUIS¹³⁰, alors qu'il s'agit aujourd'hui d'une réalité. Pourtant, la cause des sociétés de capitaux d'avocats était bien loin d'être acquise. HERBERT BRUNNER soulignait, en 1977, que pour les avocats plus âgés cette idée était tellement absconse qu'il était tout simplement inutile de l'examiner. Pour les autres, la profession d'avocat était trop caractérisée par la relation de confiance réciproque entre l'avocat et son client pour que plusieurs avocats puissent exercer leur métier ensemble sous la forme d'une société de capitaux¹³¹.

En résumé, la remise en question du modèle traditionnel est essentiellement liée à une évolution des idées. Il est dès lors possible que certains développements, qui semblent aujourd'hui dans certains ordres juridiques impensables, voire peut-être abscons, s'imposent à l'avenir comme une évidence. La remise en question du modèle traditionnel peut aussi s'expliquer d'un point de vue juridique et de l'analyse économique du droit.

¹²⁸ Rapport sur les professions du droit élaboré par la mission présidée par Maître Jean-Michel Darrois, mars 2009, pp. 7-8, disponible sur : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rap_com_darrois_20090408.pdf.

¹²⁹ TERRY, *Transnational Legal Practice*, p. 501.

¹³⁰ CHAPPUIS, *Droit de la concurrence*, p. 578.

¹³¹ BRUNNER, *Die Anwaltsgemeinschaft*, p. 448. Il est intéressant de souligner que cet argument est aussi avancé aux États-Unis pour justifier la « *corporate practice of law doctrine* », voir *infra*, p. 155 ss.

II. D'un point de vue juridique et de l'analyse économique du droit

S'agissant de l'organisation des études d'avocats, il existe des différences entre les ordres juridiques. On peut toutefois observer certaines similitudes.

La principale caractéristique de l'avocat est son activité en tant qu'indépendant. L'exercice individuel, qui reste aujourd'hui encore largement répandu, est la forme traditionnelle de la pratique du métier d'avocat¹³². Sous l'angle du statut professionnel, exercer en tant que praticien individuel démontrait – comme nous l'avons vu¹³³ – que le droit était une profession et non un commerce, comme on aurait pu le suggérer si la pratique avait été exercée sous la forme d'une association d'affaires telle qu'un *partnership*¹³⁴. La pratique du droit était dès lors considérée en tant que produit du travail de l'avocat, dans un sens très personnel¹³⁵.

Les juridictions de *common law* ont introduit la possibilité d'une pratique en groupe pour la profession d'avocat bien avant le reste de l'Europe, dès la fin du 19^e siècle déjà (*Partnership Act 1890*)¹³⁶. En particulier, les cabinets d'avocats, qui se distinguent d'un exercice individuel, sont apparus en premier aux États-Unis avant la Guerre de Sécession (1861-1865) et seulement après en Angleterre pour les *solicitors*¹³⁷. La première brèche a été ouverte en France bien plus tard, dès 1966, avec l'autorisation pour la profession de se regrouper sous la forme de sociétés civiles professionnelles¹³⁸. Pour beaucoup d'avocats, l'image que projette la profession demeure celle de l'exercice individuel ou d'un petit cabinet de praticiens, bien que la réalité change¹³⁹. L'évolution a cependant été beaucoup plus rapide dans les pays de *common law*, comme le soulignent HAZARD et DONDI¹⁴⁰. Alors qu'en 1960 l'exercice individuel représentait 64 % des praticiens privés aux États-Unis, plus de la moitié de ces derniers étaient engagés dans une étude en 2000¹⁴¹.

¹³² SCHILLER, N 1233.

¹³³ Voir *supra*, p. 27 ss.

¹³⁴ HAZARD/DONDI, *Legal Ethics*, p. 39.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ NASCIBENE, *The Legal Profession in the European Union*, p. 239.

¹³⁷ HAZARD/DONDI, *Legal Ethics*, p. 37.

¹³⁸ NASCIBENE, *The Legal Profession in the European Union*, p. 106.

¹³⁹ HAZARD/DONDI, *Legal Ethics*, p. 40.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 41.

¹⁴¹ FLOOD, *What Do Lawyers Do?*, p. 4.

Dans les pays anglo-saxons, lorsqu'un avocat souhaite se regrouper avec un autre avocat, ou d'autres avocats, il se tourne traditionnellement vers une forme juridique de type *partnership*¹⁴². Au Royaume-Uni, jusqu'en 1967, la possibilité de créer un *partnership* était limitée à vingt associés. À cette époque, on estimait en effet qu'au-delà de ce nombre, l'entité n'était plus gérable et qu'il fallait créer une société. Toutefois, dès 1968, les avocats ont pu bénéficier d'une exception à cette règle et ont pu continuer à se développer sous la forme d'un *partnership*¹⁴³. En Australie, les formes d'organisation étaient limitées à une pratique individuelle ou à un *partnership* ; les barreaux, afin de maintenir le contrôle sur les praticiens individuels, n'auraient, en effet, jamais autorisé la création d'une entité indépendante¹⁴⁴.

En Suisse, la forme juridique classique du cabinet d'avocats est la société simple (art. 530 ss CO), même si, en réalité, la forme juridique de la société en nom collectif semble s'imposer à la plupart des cabinets d'avocats¹⁴⁵, malgré l'absence d'inscription au Registre du commerce (art. 553 CO *a contrario*).

En Allemagne, la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* est la forme typique d'association entre avocats : quand un client entre en relation avec la société, tous les partenaires sont parties au contrat, prennent les décisions à l'unanimité et sont conjointement et solidairement responsables, sans limitation sur leur fortune personnelle, pour toutes les fautes commises par un employé ou un praticien du cabinet¹⁴⁶.

D'après LAURA EMPSON, la propriété collective et la responsabilité personnelle illimitée sont inscrites dans les gènes de la profession d'avocat et représentent les fondations sur lesquelles l'ethos du *partnership* est construit¹⁴⁷. CARR et MATHEWSON estiment qu'une structure en partenariat, en présence d'asymétrie

¹⁴² En Angleterre et au Pays de Galles, les *solicitors* opèrent traditionnellement sous la forme d'un *partnership*, alors que les *barristers* sont organisés en chambres. Voir *infra*, p. 121 ss. Black's Law Dictionary (4^e éd.) donne la définition suivante du *partnership* : « A voluntary contract between two or more competent persons to place their money, effects, labor, and skill, [...] in lawful commerce or business, with the understanding that there shall be a proportional sharing of the profits and losses between them ». Concernant le *Partnership Act 1890*, voir aussi GOULD, *The Law of Legal Services*, N 13.64.

¹⁴³ MAYSON, *Quality, Values and Standards*, p. 8. MAYSON considère que c'est cette exception qui a mené le modèle traditionnel au Royaume-Uni à un point de rupture.

¹⁴⁴ LAMB/LITTRICH, p. 117.

¹⁴⁵ ATF 124 III 363, JdT 1999 I 402, consid. 2. Voir aussi l'arrêt du *Obergericht* de Zurich du 15 mai 2001 dans la cause n° LB000 068/U concernant une étude de petite dimension.

¹⁴⁶ NASCIMBENE, *The Legal Profession in the European Union*, p. 113.

¹⁴⁷ EMPSON, pp. 19-20.

d'information, peut constituer un moyen de contrôler l'action individuelle des avocats afin de préserver la réputation de la structure¹⁴⁸.

D'après FAMA et JENSEN, une structure en partenariat, accompagnée d'une responsabilité illimitée, représente une solution au problème posé par l'asymétrie d'information¹⁴⁹. La volonté d'un professionnel de risquer sa fortune en entrant dans un tel partenariat avec d'autres professionnels signale aux clients la fiabilité des membres du partenariat et fournit une garantie qu'il y aura une surveillance réciproque entre les partenaires.

Ce qui précède permettrait d'expliquer pourquoi de nombreuses juridictions ont traditionnellement restreint les formes d'organisation pour les avocats¹⁵⁰. CARR et MATHEWSON sont toutefois d'un avis différent et estiment que l'obligation de maintenir une responsabilité illimitée serait la conséquence naturelle de la recherche de rente, dans la mesure où elle augmenterait le coût du capital et créerait de petites études d'avocats inefficaces¹⁵¹.

Par ailleurs, concernant la hiérarchie et la structure, il est intéressant de mentionner les propos d'un avocat, cités par LAURA EMPSON, qui caractérisent bien, de manière assez caricaturale, certes, les différences entre une société et une structure en partenariat :

*« In a normal corporate hierarchy where, in theory at least, there is no questioning of authority – he's my boss, he can tell me what to do whether I like or not, I've got to do it or I can get fired – I'm assuming that's the basic corporate premise, right? – but in a partnership it's, "I don't like what you're telling me and I'm not going to do it so you can just bugger off" »*¹⁵².

Certains avocats considèrent qu'une structure en partenariat, en tant que forme de gouvernance, est supérieure à d'autres formes de société¹⁵³.

La situation ne semble pas différente en Suisse, lorsque BENOIT CHAPPUIS souligne que « les avocats sont généralement animés par l'esprit des professions libérales et, en conséquence, rétifs à l'idée d'une hiérarchie et d'une structure

¹⁴⁸ CARR/MATHEWSON, *The Economics of Law Firms*, p. 314 ss.

¹⁴⁹ FAMA/JENSEN, *Separation of Ownership and Control*; FAMA/JENSEN, *Agency Problems and Residual Claims*.

¹⁵⁰ STEPHEN et al., *Regulation of the legal profession*, p. 665.

¹⁵¹ CARR/MATHEWSON, *Unlimited Liability as a Barrier to Entry*, p. 778 ss.

¹⁵² EMPSON, p. 27.

¹⁵³ *Idem*, p. 23.

qui les limite dans leur liberté de mouvement »¹⁵⁴. À Genève, par exemple, chaque étude compte en moyenne trois avocats en son sein¹⁵⁵. La profession semble toujours pratiquée sous une forme traditionnelle, d'après CAROLINE BYDZOVSKY, qui relève ainsi que la majorité des avocats genevois privilégient encore leur indépendance à une amélioration de leur rendement, laquelle se concrétiserait par une synergie de compétences et un partage de leurs frais.

Malgré cela, on constate dans plusieurs pays une tendance des avocats à se détourner de structures telles que la société simple en droit suisse (voire, le cas échéant, la société en nom collectif) ou le *partnership* des systèmes juridiques de *common law*, au profit d'autres structures¹⁵⁶. Comme l'ont relevé MARK et al., « [t]oday we are seeing an emergence of a range of different types of business structures that, like external ownership by non-lawyers are far removed from the traditional common law partnership model. We are also seeing a corresponding change in the nature of legal regulation to keep up with these new structures »¹⁵⁷.

Suite à l'acquisition du cabinet d'avocats Russell Jones & Walker au Royaume-Uni par Slater & Gordon, le directeur général du cabinet australien affirmait, dans un article, ce qui suit :

« *The partnership model is dead, everyone is looking for something to replace it with. We're on a more corporatised model. The thing is to be transparent* »¹⁵⁸.

D'après JENS DROLSHAMMER, il y a un consensus selon lequel les entreprises de services professionnelles doivent être gérées aujourd'hui d'une manière similaire aux groupes de sociétés, c'est-à-dire qu'une intervention centrale doit être possible selon les besoins du moment¹⁵⁹.

En Suisse, on s'accorde à dire que le futur sera dominé par les sociétés d'avocats¹⁶⁰. Les raisons de ces changements sont multiples. On peut relever, notamment, la volonté pour les avocats de limiter leur responsabilité, mais aussi des

¹⁵⁴ CHAPPUIS, *La profession d'avocat Tome II*, p. 38. Dans ce sens également, STEWENS/DROLSHAMMER, *Managing the International Law Firm*, p. 500.

¹⁵⁵ BYDZOVSKY, *L'ordre des avocats de Genève*, p. 12.

¹⁵⁶ JOHNSON, p. 85 ss.

¹⁵⁷ MARK et al., *Preserving the Ethics*, p. 14.

¹⁵⁸ DOWELL, *Russel Jones & Walker*.

¹⁵⁹ DROLSHAMMER, *The Future Legal Structure*, p. 459.

¹⁶⁰ PFEIFER, *Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft*, p. 323; STAEHELIN, *Der Rechtsanwalt im Wandel der Zeit*, pp. 439-442.

considérations liées à la garantie de la pérennité de l'étude, à la protection de la raison sociale, ainsi qu'au souhait de transférer celle-ci¹⁶¹.

En résumé, la remise en question du modèle traditionnel est liée au fait que certains praticiens souhaitent aujourd'hui pouvoir bénéficier des mêmes possibilités d'organisation que n'importe quel autre acteur du marché. Certains auteurs vont même plus loin et estiment que la structure traditionnelle des études d'avocats ne satisfait plus les besoins de nombreux praticiens, ni de leurs clients¹⁶².

La remise en question du modèle traditionnel du cabinet d'avocats peut aussi s'expliquer d'un point de vue économique.

III. D'un point de vue économique

Selon STEPHEN MAYSON, le modèle économique traditionnel de l'étude d'avocats est voué à l'échec. D'après cet auteur, l'avenir de la profession a besoin d'un nouveau modèle économique qui se focalise sur quatre aspects essentiels : la création de valeur (A), les ressources (B), la participation et le financement (C), et les rétributions (D).

A. La création de valeur

À l'avenir, la profession ne pourra pas s'appuyer sur un modèle économique qui facture selon un tarif horaire, où les revenus et les bénéfices sont fondés sur le coût de l'apport, plutôt que sur la valeur du service¹⁶³. D'après STEPHEN MAYSON, les clients n'achètent pas plus les heures d'un avocat que des clients achèteraient les heures qui ont été passées à construire une voiture : ils achètent des solutions à des problèmes juridiques¹⁶⁴. D'une manière provocatrice, mais

¹⁶¹ DU PASQUIER/FISCHER, *La responsabilité civile de l'avocat*, p. 550.

¹⁶² SUSSKIND, *Transforming the Law*, p. 61 ss; MAYSON, *Legal services reforms*, p. 4 ss.

¹⁶³ MAYSON, *Restoring a future for law*, p. 4.

¹⁶⁴ Voir également l'interview de MARC BONNANT du 17 mars 2014, selon qui les tarifs horaires d'un avocat n'ont « aucun sens » et « sont d'une vulgarité contingente absolument répulsive » car « la rémunération de l'intelligence est toujours symbolique ». Il serait ainsi « infiniment loyal » de « faire porter le poids prépondérant d'une rémunération sur le résultat ». Disponible sur : <http://www.rts.ch/video/emissions/ttc/5697798-interview-sans-concession-de-marc-bonnant-sur-les-honoraires-d-avocats.html>.

néanmoins pertinente, il a été relevé que d'après le modèle traditionnel, qui consiste à facturer selon un tarif horaire, l'efficacité détruit les revenus¹⁶⁵. Or, si l'on veut créer de la valeur pour ceux qui payent, un tel modèle est fondamentalement imparfait.

Le modèle économique du futur, selon STEPHEN MAYSON, doit se concentrer sur la création de valeur pour les clients. La valeur est créée par des personnes et leur expertise, leur expérience et leurs relations, aux moyens de processus et de technologie, par l'innovation et différentes combinaisons¹⁶⁶. Il pourrait s'agir, par exemple, de la création d'une solution juridique innovante, laquelle combinerait différents services ou produits dans une offre multidisciplinaire prenant en charge le problème du client et coordonnant une solution intégrée¹⁶⁷.

D'après STEPHEN MAYSON, pour conserver leur avantage concurrentiel, les avocats devront se poser les questions suivantes : que vendons-nous, à qui le vendons-nous, pourquoi le vendons-nous et, finalement, est-ce que cela en vaut la peine¹⁶⁸ ?

Force est d'admettre que très peu de cabinets d'avocats sont aujourd'hui préoccupés par ces questions, créant ainsi pour les clients des attentes qui sont parfois déçues.

B. Les ressources

Disposer des bonnes ressources est un prérequis indispensable pour être en mesure de créer de la valeur pour les clients et des bénéfices pour les propriétaires du cabinet¹⁶⁹.

Selon STEPHEN MAYSON, du point de vue de l'utilisation des ressources, la critique la plus fondamentale du modèle traditionnel est qu'il y a un sureffectif d'avocats qualifiés dans les cabinets d'avocats. L'effet de levier, qui consiste en un *ratio* entre les collaborateurs et les associés, devrait être repensé, car il

¹⁶⁵ The Case Against Clones : A Lawsuit Could Lead to More Competition and More Choice, The Economist, le 2 février 2013, disponible sur : <http://www.economist.com/news/business/21571132-lawsuit-could-lead-more-competition-and-more-choice-case-against-clones>.

¹⁶⁶ MAYSON, *Restoring a future for law*, p. 4.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ MAYSON, *Quality, Values, and Standards*, p. 9.

appartient désormais au passé¹⁷⁰. Plus particulièrement, il s'agirait de repenser le *ratio* entre les collaborateurs non-avocats et les collaborateurs avocats, entre les êtres humains et la technologie¹⁷¹.

Il faudrait également abandonner l'idée selon laquelle toutes les études d'avocats sont fondées sur de la virtuosité, ce qui n'est bien souvent pas le cas, et ce s'agissant de nombreux services¹⁷². En réalité, il y a une conséquence insidieuse à croire que les avocats sont les meilleurs et la seule et unique ressource pour toutes les tâches : cela minimise et dévalorise l'apport des non-avocats, qu'il s'agisse d'une autre personne, de la technologie, d'un processus ou de la gestion¹⁷³. Dans les grands cabinets d'avocats, il n'est pas rare aujourd'hui que des non-avocats occupent des fonctions dans des départements comme la technologie de l'information et les finances, avec des spécialistes à la tête de ces fonctions¹⁷⁴.

Dans un article intitulé « *Are Law Firms Manageable?* », DAVID MAISTER relevait ce qui suit :

*« In a room full of lawyers, any idea, no matter how brilliant, will be instantly attacked. Lawyers are expert loophole finders, trained to find counterexamples of or exceptions to any proposition. Accordingly, within a short time, most ideas, no matter who initiates them, will be destroyed, dismissed, or postponed for future examination »*¹⁷⁵.

PETER KURER a également mis en évidence certaines différences notables entre les avocats et les entrepreneurs¹⁷⁶. Dans ce contexte, il est permis de se demander, pour des raisons d'efficacité, s'il ne serait pas opportun, notamment pour les sociétés qui intègrent la dimension du management (en instituant un organe de haute direction par exemple), de pouvoir confier une telle fonction à un non-avocat qui serait spécialisé, par exemple, dans la gestion d'entreprise ou les ressources humaines. C'est dans tous les cas ce qu'estiment MANUEL BIANCHI DELLA PORTA et BLAISE LAMBELET, selon lesquels la présence d'un non-avocat

¹⁷⁰ MAYSON, *Quality, Values, and Standards*, p. 9.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ MAYSON, *Restoring a future for law*, p. 5.

¹⁷⁴ STEWENS/DROLHAMMER, *Managing the International Law Firm*, p. 513.

¹⁷⁵ DAVID MAISTER, *Are Law Firms Manageable?*, 2006, disponible sur : <http://davidmaister.com/articles/are-law-firms-manageable>.

¹⁷⁶ KURER, pp. 1-7.

au sein du management est une valeur ajoutée, qui garantit un « regard extérieur » sur l'étude, perçue avant tout comme une entreprise¹⁷⁷.

Le modèle économique du futur devrait ainsi avoir une vision claire concernant la manière de créer de la valeur pour les clients et doter ensuite le cabinet d'installations et de technologies appropriées, des personnes (avocats et non-avocats), des éléments organisationnels, des processus, de la culture et du profil du marché¹⁷⁸.

Relevons, enfin, que l'avis de RICHARD SUSSKIND est beaucoup plus tranché sur la question des ressources. Ce dernier estime, en effet, que « [t]he market [...] will determinate that the legal world is inefficiently resourced [...]; it will increasingly drive out excesses and unnecessary friction and, in turn, we will indeed witness the end of outdated legal practice and the end of outdated lawyers »¹⁷⁹.

C. La participation et le financement

D'après STEPHEN MAYSON, la restriction selon laquelle seul un avocat peut détenir une participation dans une étude d'avocats ou investir dans une étude d'avocats ne résiste pas à l'examen.

Il relève, en particulier, ce qui suit :

« In part, this restriction on "non-lawyer" ownership and investment in law firms is a further playing out of the insulting and demeaning attitude referred earlier. It is justified on the grounds that only lawyers can be relied on and trusted to provide high-quality, impartial and ethical advice: "non-lawyer" would inevitably interfere with this, resulting in detriment to clients. They must therefore be protected by prohibiting "non-lawyers" from ever being able to contemplate ownership or investment. Such a mass insult to the 99.5% of the population who did not qualify as lawyers is breath-taking – especially since many of the firm's own staff and clients will fall into this "inherently untrustworthy" group! »¹⁸⁰.

Les fondements de cette restriction sont, d'après lui, basés sur les trois prémisses suivantes¹⁸¹ :

1. Les avocats doivent être protégés des personnes extérieures ;

¹⁷⁷ BIANCHI DELLA PORTA/LAMBELET, *Étude d'avocats et gouvernance (Partie I)*, p. 428.

¹⁷⁸ MAYSON, *Restoring a future for law*, p. 5.

¹⁷⁹ SUSSKIND, *The End of Lawyers*, p. 3.

¹⁸⁰ MAYSON, *Restoring a future for law*, p. 5.

¹⁸¹ MAYSON, *External ownership*.

2. Les clients doivent être protégés du comportement non professionnel ou non éthique des cabinets d'avocats ;
3. Les non-avocats exerceront sur les avocats des pressions non professionnelles ou économiques indues.

STEPHEN MAYSON estime qu'il ne faut pas manquer d'aplomb pour suggérer que le 99,5% de la population, appelés les « non-avocats », auront inévitablement un comportement contraire à l'éthique s'ils acquièrent une participation dans une étude d'avocats. Il n'y a, en effet, pas le moindre élément de preuve pour étayer une telle supposition. En réalité, il ne s'agit même pas d'un fait, mais d'une simple hypothèse, laquelle est, au surplus, contestable.

Dans les juridictions où une participation dans un cabinet d'avocats par des personnes extérieures à la profession est autorisée, comme en Nouvelle-Galles du Sud, ainsi qu'en Angleterre et au Pays de Galles, il n'y a aucun élément qui suggère qu'un comportement contraire à l'éthique s'ensuive¹⁸².

L'éthique est avant tout un état d'esprit (« *a state of mind* ») et non pas une question de participation (« *a state of ownership* »)¹⁸³. Pour s'en convaincre, il suffit de relever qu'il y a des avocats qui respectent l'éthique et d'autres qui ne la respectent pas, de la même manière qu'il y aura des non-avocats qui respecteront l'éthique et d'autres qui ne la respecteront pas.

STEPHEN MAYSON considère également que la détention d'un cabinet d'avocats par un non-avocat ne devrait pas être synonyme de détention extérieure¹⁸⁴. D'après lui, toutes les personnes qui travaillent dans un cabinet d'avocats et qui apportent quotidiennement leur aide pour créer de la valeur pour les clients et les propriétaires de l'étude devraient être considérées comme internes au cabinet et non pas externes. Sur quelle base – autre que reposant sur le fait qu'ils ne sont pas avocats – pourrait-on suggérer que ces derniers soient exclus d'une participation dans l'entreprise pour laquelle ils travaillent ? En admettant les fondements d'une telle restriction, comment se fait-il que ces mêmes personnes – les non-avocats – travaillent encore dans des études d'avocats ? En réalité, d'après STEPHEN MAYSON, l'opposition à une participation extérieure n'est pas fondée sur des arguments sécuritaires.

Il estime qu'il serait plus pertinent de reconnaître les risques et de relever les véritables défis :

¹⁸² MAYSON, *External ownership*.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

« Of course there is a risk that "non-lawyers" will behave badly – just as there is a risk that lawyers will, too. If the risk of unethical behaviour exists, let us address the risk: otherwise, the principle that the possibility of unethical behaviour must exclude certain people from ownership should, logically, in the interests of fairness and non-discrimination, exclude lawyers as well »¹⁸⁵.

Il n'y a, en effet, aucune inévitabilité à propos de n'importe quel comportement, seulement une probabilité et un risque¹⁸⁶. Il serait dès lors plus judicieux de reconnaître les risques et de prendre des mesures pour les minimiser et les atténuer¹⁸⁷.

D'après THOMAS R. ANDREWS, ceux qui sont opposés à des investissements extérieurs n'ont pas réussi à démontrer, en termes d'indépendance professionnelle, qu'un contrôle par des non-avocats serait plus pernicieux ou plus efficace que le contrôle d'un employeur avocat¹⁸⁸.

Le modèle économique du futur devrait ainsi être ouvert à plus de possibilités pour la participation et l'investissement dans des cabinets d'avocats. Une interdiction générale, enfin, ne remplit pas le critère de l'intérêt public ; il ne s'agit pas non plus d'une approche fondée sur les risques, proportionnée ou appropriée, de la réglementation d'une activité économique¹⁸⁹.

D. Les rétributions

Le dernier aspect du modèle économique concerne les rétributions. D'après STEPHEN MAYSON, le modèle actuel rétribue trop d'argent, trop rapidement, en tant que revenus, aux mauvaises personnes et pour faire les mauvaises choses¹⁹⁰.

Le modèle actuel ne permet pas de faire une évaluation pertinente quant à savoir qui a créé la richesse de l'entreprise, en tenant compte du revenu et de la croissance du capital. Il consiste, en réalité, en une extraction à court terme d'un revenu qui bénéficie à quelques personnes, de manière disproportionnée et inappropriée¹⁹¹. Le principe consistant à distribuer aux associés ce qui peut l'être et de n'y laisser que ce que la loi et le minimum de prévoyance exigent s'explique probablement par le fait qu'historiquement l'étude d'avocats était un instrument

¹⁸⁵ MAYSON, *External ownership*.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ ANDREWS, *Nonlawyers in the Business of Law*, p. 594.

¹⁸⁹ MAYSON, *Restoring a future for law*, pp. 5-6.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 6.

¹⁹¹ *Ibid.*

qui permettait aux associés de gagner leur vie, non une structure avec ses besoins propres¹⁹².

Le modèle économique du futur devrait ainsi pouvoir bénéficier d'une vue d'ensemble permettant de déterminer qui doit être rétribué pour des apports définis et reconnus de types très différents¹⁹³.

Il établira des distinctions – comme d'autres types d'entreprises le font – entre les rétributions à court et à long terme, et entre les rétributions par le revenu et le capital¹⁹⁴.

L'introduction en bourse de Slater & Gordon a permis, par exemple, de mettre en place des plans d'intéressement pour les employés. D'après le prospectus de cette société, ils servent à la fois de récompenses pour les efforts consentis et d'encouragement – pour les employés clés – à rester au sein du cabinet¹⁹⁵.

Dans ledit prospectus, on peut relever ce qui suit :

*« As a service provider, Slater & Gordon is heavily reliant on its ability to attract new key personnel and retain existing key personnel. The market for high quality lawyers is very competitive, and the Company may experience difficulty in hiring employees with appropriate qualifications and experience. Further, the Company relies heavily on existing key personnel to maintain business and client relationships. If Slater & Gordon is unable to attract, retain and motivate these key employees, the Company's profitability could be harmed »*¹⁹⁶.

Lorsque l'on sait que la ressource la plus importante d'un cabinet d'avocats réside dans son capital humain et social¹⁹⁷, la possibilité de disposer de mécanismes pour retenir certains employés clés semble vitale.

¹⁹² BIANCHI DELLA PORTA/LAMBELET, *Étude d'avocats et gouvernance (Partie I)*, p. 425.

¹⁹³ Voir *supra*, lettres B et C.

¹⁹⁴ MAYSON, *Restoring a future for law*, p. 6.

¹⁹⁵ Slater & Gordon, prospectus du 13 avril 2007, p. 24, disponible sur : <https://media.slatergordon.com.au/prospectus.pdf>.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 12.

¹⁹⁷ LAZEGA, *Analyse de réseaux d'une organisation collégiale*, p. 565.

IV. *Excursus : le modèle d'Axiom*

À notre avis, il faudra s'attendre à l'avenir sur le marché des services juridiques en Suisse et ailleurs à l'arrivée de structures avec des modèles d'affaires toujours plus complexes, qui seront très éloignés des modèles traditionnels que nous connaissons aujourd'hui. Axiom illustre, d'après nous, un tel modèle.

Axiom Law est une entreprise qui se définit comme une interprétation moderne d'un cabinet d'avocats, mais rejette expressément être un cabinet d'avocats¹⁹⁸.

Elle est similaire à une société de conseils qui fournit des analyses détaillées et des propositions aux clients sur la façon de gérer leurs travaux juridiques, mais va toutefois plus loin en offrant des options d'internalisation et d'externalisation des services dans le cadre d'une solution complète pour le client¹⁹⁹.

La société propose de réunir une équipe d'avocats et de non-avocats, qui sont des employés d'Axiom, et de les déployer au sein d'une société cliente pour travailler sur un projet ou pour une période de temps déterminée²⁰⁰, selon un accord de détachement²⁰¹. Alternativement, les avocats peuvent également travailler sur un site distant, comme un autre cabinet d'avocats, selon des conditions établies par Axiom et le client²⁰². Dans une troisième variante, les avocats engagés par Axiom ont la possibilité de travailler directement depuis leur domicile par le biais de l'Intranet de la société²⁰³. Axiom propose, enfin, des services d'externalisation aux entreprises²⁰⁴.

¹⁹⁸ DZIENKOWSKI, *The Future of Big Law*, p. 3008. D'après le site Internet de la société, « Axiom® is not a law firm and does not provide legal representation or advice to clients. Axiom attorneys are independent and do not constitute a law firm among themselves » (*Disclaimer*, Axiom, <http://www.axiowlaw.com/credits-and-disclaimer>).

¹⁹⁹ DZIENKOWSKI, *The Future of Big Law*, p. 3008.

²⁰⁰ *Insourcing*, Axiom, <http://www.axiowlaw.com/what-we-do/service/insourcing>.

²⁰¹ DZIENKOWSKI, *The Future of Big Law*, p. 3009, explique que le détachement intervient lorsqu'un cabinet d'avocats détache un ou plusieurs avocats ou non-avocats employés auprès d'un client pour une certaine période. Axiom ne se considère pas comme une entreprise de travail temporaire à cause de la durée des rapports et des bénéfices offerts à ses employés. Toutefois, DZIENKOWSKI souligne que la société est enregistrée à Singapour comme une agence de placement. Voir *Singapore Office*, Axiom, <http://www.axiowlaw.com/contact-us/singapore>.

²⁰² DZIENKOWSKI, *The Future of Big Law*, p. 3009.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.* Axiom précise toutefois que ses services sont plus sophistiqués que ceux des sociétés offrant des services d'externalisation qui se concentrent sur le travail de routine (<http://www.axiowlaw.com/what-were-not>).

Par ailleurs, les membres d'une équipe n'ont pas de relations formelles les uns avec les autres, bien qu'ils soient choisis, en réalité, en fonction de leurs compétences complémentaires. Chaque affaire est analysée et dégroupée afin de déterminer qui, de manière efficace et compétente, doit effectuer chaque aspect du travail²⁰⁵. Autrement dit, Axiom aide ses clients à décider quelle est la meilleure manière d'effectuer le travail juridique.

L'avantage principal de ne pas être une étude d'avocats est qu'Axiom peut être détenue et gérée par des non-avocats. Récemment, la société a bénéficié de l'apport de fonds de capital-investissement d'un montant de 28 millions de dollars²⁰⁶, ce qui laisse bien présumer qu'il ne s'agit pas d'un cabinet d'avocats.

Pourtant, comme le souligne STEPHEN GILLERS, « [t]o an outsider, Axiom looks like a law firm, and it does not seek to dispel that impression »²⁰⁷.

La société a, en quelque sorte, le meilleur des deux mondes, relève STEPHEN GILLERS :

*« It manages to present itself as a law firm – now with a staff of 700 in eleven offices globally – while also enjoying the capital formation options available to for-profit enterprises »*²⁰⁸.

Dans une interview récente, le CEO d'Axiom, MARK HARRIS, a indiqué qu'il n'était pas exclu que la société décide d'entrer en bourse à l'avenir²⁰⁹.

D'après RICHARD GRANAT, Axiom poursuit l'objectif suivant :

*« One likely impact of these developments is to destabilize the business model of the Big Law firms by sucking out the more routine work from big law firms which results in decreasing overall profitability. As the Axiom's of the world expand their services and their reach, there will be less work for the large law firms resulting in a shrinkage of the market share of traditional law firms (real law firms!) »*²¹⁰.

²⁰⁵ DZIENKOWSKI, *The Future of Big Law*, p. 3015.

²⁰⁶ <http://blogs.wsj.com/law/2013/02/06/axiom-scores-28-million-round-of-funding>.

²⁰⁷ GILLERS, *A Profession, If You Can Keep It*, p. 136.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ JOE PATRICE, *Axiom's Place in the New Legal Landscape, Above the Law*, le 18 juillet 2013, disponible sur : <http://abovethelaw.com/2013/07/axioms-place-in-the-new-legal-landscape>.

²¹⁰ RICHARD GRANAT, *Is Axiom Law a Law Firm?*, eLawyering Blog, le 8 avril 2013, disponible sur : <http://www.elawyeringredux.com/2013/04/articles/legal-ethics-1/is-axiom-law-a-law-firm>.

Il faut admettre que ce modèle a de quoi interpellé, d'autant plus que la société indique sur son site Internet qu'elle possède désormais des bureaux à Zurich²¹¹.

Axiom illustre probablement ce à quoi il faudra s'attendre sur le marché des services juridiques à l'avenir en Suisse. Le défi consistera à déterminer si une telle entité peut être qualifiée de société d'avocats et, partant, engager des avocats qui seront inscrits au barreau.

Pour y parvenir, il serait souhaitable, à notre avis, que la réglementation examine de manière plus approfondie la structure qui regroupe les praticiens – et non pas uniquement les praticiens individuels, comme elle le fait actuellement – afin de déterminer si ce type d'entité peut être jugé acceptable ou non pour la pratique du barreau.

V. Remarques conclusives

À notre avis, si la profession d'avocat s'inscrit, certes, dans un marché et que le cabinet d'avocats peut être perçu comme une entreprise comme une autre, gagnant des clients sur un marché concurrentiel, réalisant un chiffre d'affaires et faisant des bénéfices, il ne faut pas perdre de vue que l'avocat joue un rôle fondamental dans nos sociétés. Il est, en effet, un auxiliaire de la justice et un pilier de l'État de droit. Sans ce pilier l'édifice s'écroulerait, comme l'a relevé à juste titre HEINZ WEIL²¹².

Le cabinet d'avocats est dès lors, certes, une entreprise comme une autre, mais une entreprise d'un genre particulier. Nous partageons ainsi l'avis de HEINZ WEIL, qui estime que, d'une part, toute réglementation ayant une finalité corporatiste est à bannir, mais aussi, d'autre part, que toute dérégulation mettant en danger le rôle de l'avocat dans l'État de droit est à éviter²¹³. Il s'agit, selon nous, d'un équilibre délicat, mais atteignable.

Par ailleurs, si les avocats entendent rester compétitifs et maintenir leur rôle dans nos sociétés – ce qui serait souhaitable –, une remise en question du modèle traditionnel du cabinet d'avocats est indispensable. Comparé à d'autres secteurs, comme celui de l'industrie automobile, l'offre de services juridiques par

²¹¹ Zurich Office, Axiom, <http://www.axiomlaw.com/contact-us/zurich>.

²¹² WEIL, *Le cabinet d'avocats*, p. 36.

²¹³ *Ibid.*

les études d'avocats n'a pas évolué de manière spectaculaire ces soixantes dernières années²¹⁴. Le schéma reste le même : on installe un avocat dans un bureau, on lui donne un stylo, un bloc-notes, et on ferme la porte.

Cette absence d'innovation s'explique, d'après nous, par la tradition, la formation (apprentissage du métier par mimétisme) et la réglementation (y compris le monopole des avocats)²¹⁵.

Cependant, avec l'arrivée de nouveaux fournisseurs – on pense notamment aux cabinets d'avocats détenus ou gérés par des non-avocats, aux études d'avocats cotées en bourse, aux services juridiques en ligne ou à d'autres formes innovantes de services –, les études d'avocats traditionnelles devront innover, se réinventer ou disparaître²¹⁶.

²¹⁴ Dans ce sens également, FURLONG, *The New World of Legal Work*, p. 18. D'après WICKERS, N 218, au-delà des outils et des techniques permettant d'améliorer l'exercice professionnel, la forme de l'offre de droit proposée par les avocats n'a jamais évolué.

²¹⁵ Dans ce sens également, HADFIELD, *Legal Barriers to Innovation*, qui estime que l'absence d'innovation est essentiellement liée aux restrictions concernant les formes d'organisation des études d'avocats.

²¹⁶ Pour des prédictions concernant l'évolution possible, voir *infra*, p. 81.

Chapitre 3 : Les tendances récentes de la réglementation

Dans ce chapitre, nous allons présenter plusieurs aspects de la réglementation de la profession d'avocat qui ont récemment été examinés par certaines juridictions. Les questions seront abordées dans l'ordre suivant : qui, quoi, quand, où, comment et pourquoi ? Lorsque plusieurs juridictions sont examinées, cette structure est très utile, car elle permet de mieux délimiter les questions.

Nous allons présenter les tendances récentes de la réglementation concernant les sujets suivants : l'autorité ou l'organisme compétent chargé de réguler les avocats (qui ?) (I), le sujet et l'étendue de la réglementation (quoi ?) (II), le moment de la réglementation (quand ?) (III), le lieu de la réglementation (où ?) (IV), le mode de réglementation (comment ?) (V) et, enfin, les objectifs de la réglementation (pourquoi ?) (VI).

Pour le législateur, il s'agit de pistes de réflexion intéressantes, dans la mesure où certaines approches – innovantes – seraient susceptibles d'apporter des améliorations substantielles pour la réglementation de la profession d'avocat et des sociétés d'avocats.

I. L'autorité ou l'organisme chargé de la réglementation

Ces dernières années ont été marquées par des changements considérables en ce qui concerne la question de savoir qui réglemente la profession d'avocat. Ce sujet est de plus en plus discuté, même dans les pays qui n'ont pas changé leur réglementation. D'après LAUREL TERRY, ce qui précède s'explique en raison du rôle toujours plus important des organisations internationales intergouvernementales telles que l'Organisation mondiale du commerce (ci-après : l'OMC) ou le Groupe d'action financière (ci-après : le GAFI) dont les actions peuvent affecter la réglementation des avocats²¹⁷.

²¹⁷ TERRY, *Legal Profession Efforts* ; TERRY, *From GATS to APEC* ; TERRY, *The Future Regulation of the Legal Profession*.

Il est généralement opéré une distinction entre autoréglementation (A) et coréglementation (B). La question d'une réglementation supranationale et l'échange d'informations entre les régulateurs seront également abordés (C).

A. L'autoréglementation

La profession d'avocat est décrite comme une profession autoréglementée²¹⁸. DINGWALL et FENN définissent l'autoréglementation comme un contrat social passé entre la société et la profession concernée, afin d'atténuer les problèmes posés par l'asymétrie d'information²¹⁹. L'intérêt public justifiant une autoréglementation est fondé sur trois conditions : premièrement, le marché est affecté par une défaillance (par exemple l'asymétrie d'information) ; deuxièmement, les instruments de droit privé sont inadéquats ou trop coûteux pour corriger la défaillance ; et, troisièmement, l'autoréglementation est une meilleure méthode (moins chère) pour résoudre le problème qu'une réglementation publique conventionnelle²²⁰.

Par ailleurs, la notion d'autoréglementation peut être source de confusion, car elle n'a pas la même signification pour tout le monde²²¹. Les avocats américains, par exemple, considèrent qu'ils sont autoréglementés parce que c'est le pouvoir judiciaire, plutôt que le pouvoir exécutif ou législatif, qui les réglemente²²². Comme l'expliquent TERRY et al., un certain nombre d'avocats européens estimeront, quant à eux, qu'ils sont autoréglementés, à condition qu'ils le soient par leurs barreaux respectifs²²³. Contrairement aux avocats américains, les avocats européens ont historiquement été sujets à plus de contrôle et de régulation par l'État²²⁴.

En Suisse, les avocats sont régulés par des lois étatiques et les Ordres des avocats n'ont pas de pouvoir d'autorégulation à proprement parler²²⁵. La FSA a édicté un Code suisse de déontologie qui reprend, dans une certaine mesure, les obligations liées à la profession figurant dans la LLCA²²⁶ et y a ajouté d'autres

²¹⁸ TERRY et al., *Trends and Challenges*, pp. 2668-2669 et les réf. cit.

²¹⁹ DINGWALL/FENN, *A Respectable Profession?*

²²⁰ OGUS, *Rethinking Self-Regulation*, p. 97.

²²¹ TERRY et al., *Trends and Challenges*, p. 2669.

²²² *Idem*, p. 2669.

²²³ *Idem*, p. 2670.

²²⁴ BOLOCAN, *Professional Legal Ethics*, p. 7.

²²⁵ SCHUPP, *L'autorégulation de la profession d'avocat - Situation en Suisse*.

²²⁶ RS 935.61.

règles sur la collaboration entre avocats et les rapports avec la magistrature²²⁷. Les Ordres disposent généralement d'un organe qui statue en cas de violation du Code. Les sanctions ne peuvent toutefois aller que jusqu'à l'exclusion de l'Ordre, la radiation du registre des avocats étant de la compétence de l'autorité de surveillance²²⁸.

L'autorité de surveillance, quant à elle, est organisée de façon très différente d'un canton à l'autre. Elle n'est composée, dans certains cantons, que de magistrats, alors que dans d'autres cantons un ou plusieurs représentants du barreau sont également membres de l'autorité de surveillance²²⁹.

Dans de nombreux pays européens, la profession d'avocat est caractérisée par une autoréglementation partielle²³⁰. D'après MICHEL BENICHOU, « [a]ucun pays ne dispose d'une autoréglementation totale ou illimitée, c'est-à-dire la capacité pour une profession, quand elle y a été habilitée, de poser elle-même et pour ses membres, la ou les règles régissant leur activité professionnelle »²³¹.

Les avantages et les inconvénients de l'autoréglementation sont très souvent discutés. Dans un rapport daté de 2007, l'OCDE a relevé les avantages suivants de l'autoréglementation²³² :

- les membres d'une profession possèdent des avantages significatifs en termes d'information, ce qui réduit à leur minimum les coûts d'acquisition de l'information nécessaire à la définition et à l'interprétation des normes de qualité ;
- les coûts d'application de l'autoréglementation sont susceptibles d'être inférieurs aux coûts d'application de la réglementation imposée par les pouvoirs publics ;
- elle offre plus de souplesse que l'intervention réglementaire des pouvoirs publics, du fait qu'elle est moins administrative et qu'il est possible de la définir et de la modifier plus rapidement.

²²⁷ SCHUPP, *L'autorégulation de la profession d'avocat - Situation en Suisse*.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ BENICHOU, *L'Europe, les avocats & la concurrence*, p. 42 ; CHASERANT/HARNAY, *Déréglementer la profession d'avocat en France ?*, p. 172. Selon le CCBE, il existe un degré important d'autoréglementation dans tous les pays européens membres du Conseil (CCBE, *Soumission économique du CCBE sur le suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, 2006, p. 7).

²³¹ BENICHOU, *L'Europe, les avocats & la concurrence*, p. 42. Dans ce sens également, TERRY et al., *Trends and Challenges*, p. 2669.

²³² OCDE, *Policy Roundtables, Competitive Restrictions in Legal Profession*, 2007, p. 86.

S'agissant des inconvénients, le rapport de l'OCDE indique, en particulier, qu'« [i]l n'est pas nécessairement justifié que les membres d'une profession puissent adopter des règles relatives à l'entrée sur le marché et à la conduite des entreprises sans être soumis à une quelconque forme de contrôle par des parlements démocratiquement élus »²³³. De plus, l'absence réelle de participation de non-spécialistes ou de consommateurs au processus décisionnel ne fait qu'ajouter à l'acuité du problème²³⁴. Enfin, pour que les avantages de l'autoréglementation décrits ci-dessus se concrétisent, il ne faut pas que les instances d'autoréglementation utilisent leurs pouvoirs de manière abusive, à savoir à des fins de restriction de la concurrence²³⁵.

D'une manière générale, la position des économistes à l'égard de l'autoréglementation de la profession d'avocat est souvent très critique : ils estiment qu'elle a potentiellement les effets d'un cartel²³⁶. Toutefois, même si l'autorégulation de la profession semble faciliter la production d'une réglementation favorable aux intérêts professionnels privés, il s'agit d'un mode régulateur qui ne saurait être écarté, car il comporte également certains avantages, comme l'indiquent CHASERANT et HARNAY²³⁷.

Le commentaire du CCBE sur les principes essentiels de l'avocat européen met en évidence, à propos de l'autoréglementation, ce qui suit :

« C'est un des traits des sociétés non démocratiques que l'État, soit ouvertement, soit de manière cachée, contrôle la profession et les activités des avocats. Il y a essentiellement deux manières possibles de réglementer la profession : la réglementation par l'État et l'autorégulation par la profession. Dans de nombreux cas, l'État, reconnaissant l'importance des principes essentiels, utilise la législation pour les étayer, par exemple en fournissant un soutien législatif au secret professionnel ou en octroyant aux barreaux le pouvoir légal de rédiger les règles professionnelles. Le CCBE est convaincu que seul un degré fort d'autorégulation peut garantir l'indépendance professionnelle des avocats à l'égard de l'État ; sans garantie d'indépendance, les avocats ne peuvent pas remplir leur mission professionnelle et légale »²³⁸.

²³³ OCDE, Policy Roundtables, Competitive Restrictions in Legal Profession, 2007, p. 87.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ STEPHEN et al., *Regulation of the legal profession*, p. 648 et les réf. cit.

²³⁷ CHASERANT/HARNAY, *Déréglementer la profession d'avocat en France ?*, p. 172.

²³⁸ CCBE, Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens, p. 11, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/FR_CCBE_CoC-pdf2_1382973057.pdf.

Dans une prise de position datée de 2005 sur les fonctions de réglementation et de représentation des barreaux, le CCBE a relevé que l'autoréglementation est un corollaire de la valeur fondamentale qu'est l'indépendance. Une réglementation exclusive par l'État, sans que la profession ait un rôle prépondérant dans l'établissement et la mise en œuvre des normes de conduite et de prestations de service, est incompatible avec une profession d'avocat indépendante²³⁹. Le CCBE précisait que dans la plupart des États européens démocratiques, c'est une tradition que le barreau représente les intérêts de la profession d'avocat et se voie confier par l'État un rôle prépondérant dans la réglementation de la profession, y compris la mise en œuvre de règles déontologiques dans l'intérêt du public²⁴⁰. Le CCBE ne voit aucun conflit d'intérêts entre ces deux rôles. Il a récemment confirmé cette position en relevant que le principe de l'autorégulation est une garantie d'indépendance qui est fondamentale pour la profession d'avocat, sans laquelle il est impossible de remplir son rôle²⁴¹. L'avocat doit ainsi être libre de toute influence, que cela soit vis-à-vis de ses propres intérêts ou vis-à-vis de toute pression extérieure, notamment gouvernementale²⁴².

La Commission européenne estime, quant à elle, que c'est à l'État membre de décider s'il souhaite réglementer les professions directement par voie de règlements nationaux ou s'il permet l'autoréglementation par des organismes professionnels. La bonne gouvernance exige, toutefois, que l'État membre surveille la portée de l'autoréglementation nationale, afin d'éviter qu'elle ne devienne trop restrictive et ne porte atteinte aux intérêts du consommateur²⁴³. Comme l'Ordre, dans sa fonction de représentation, défend logiquement les intérêts de la profession, il est légitime dès lors de se demander s'il ne fait pas de même dans sa fonction de réglementation, laquelle constitue une mission d'intérêt général, relèvent CHASERANT et HARNAY²⁴⁴.

²³⁹ CCBE Position on Regulatory and Representative Functions of Bars, disponible sur : http://www.ccbe.org/fileadmin/user_upload/NTCdocument/ccbe_position_on_reg1_1182254709.pdf.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ Lette jointe du CCBE et de l'ABA adressée au FMI le 21 décembre 2011, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/CCBE_and_ABA_letter_1_1325686329.pdf.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Services professionnels – Poursuivre la réforme, COM (2005) 405 final, p. 11, N 26, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0405:FIN:FR:PDF>.

²⁴⁴ CHASERANT/HARNAY, *Déréglementer la profession d'avocat en France ?*, p. 175.

B. La coréglementation

La coréglementation combine à la fois l'autoréglementation et l'intervention d'une autorité indépendante. Il existe, en effet, une tendance pour que la déontologie soit définie par des organismes extérieurs à la profession, des autorités administratives qualifiées d'indépendantes supérieures aux instances nationales et aux ordres, chargées de réglementer, contrôler et surveiller²⁴⁵. Cette approche a été retenue en Angleterre et au Pays de Galles dans le *Legal Services Act*.

Auparavant, les organisations des *solicitors* et des *barristers* bénéficiaient d'une large autonomie à l'égard de l'État et fixaient elles-mêmes les règles d'exercice professionnel²⁴⁶. La nouvelle législation a introduit d'importants changements. Elle interdit désormais formellement aux ordres professionnels (*Front Line Regulators*) toute interférence entre leur fonction représentative et les réglementations adoptées, sous peine de sanctions financières. La gouvernance se fait ainsi à deux niveaux : le *Legal Services Board* (ci-après : LSB), autorité indépendante, supervise les organes de régulation professionnelle et peut déléguer ses pouvoirs aux organismes de second niveau, les *Front Line Regulators* (ci-après : FLR), sur lesquels il exerce un contrôle *ex ante* et *ex post*²⁴⁷. Le LSB est majoritairement composé de non-avocats et obligatoirement dirigé par un non-avocat²⁴⁸. En plus de délivrer l'autorisation d'exercer à un FLR et, si nécessaire, révoquer son autorisation, le LSB peut aussi ordonner une intervention réglementaire, modifier les règles qu'ils adoptent et même s'y opposer²⁴⁹. Un panel de consommateurs chargé de faire des propositions et d'émettre des avis est mis en place sur demande du LSB.

En outre, la promotion d'une concurrence réglementaire entre les différents FLR a été envisagée comme une solution au problème du monopole réglementaire discuté ci-dessus²⁵⁰. Avec plus d'un régulateur, les consommateurs et les fournisseurs auront le choix. D'une part, les fournisseurs pourront choisir le régulateur qui convient le mieux à leurs besoins en termes d'activités commerciales et de rapport qualité/prix ; d'autre part, les consommateurs de services juridiques auront le choix entre différentes formes de services et de rapport qualité/prix.

²⁴⁵ BENICHO, *L'Europe, les avocats & la concurrence*, p. 43.

²⁴⁶ WEIL, *Le cabinet d'avocats*, p. 33.

²⁴⁷ CHASERANT/HARNAY, *Déréglementer la profession d'avocat en France ?*, pp. 175-176.

²⁴⁸ Voir *Legal Services Act 2007*, art. 2 et schedule 1.

²⁴⁹ CHASERANT/HARNAY, *Déréglementer la profession d'avocat en France ?*, p. 176.

²⁵⁰ STEPHEN, *Lawyers, Markets and Regulation*, p. 116 ss.

Ce qui est intéressant à observer, c'est que la perte de l'autoréglementation en Angleterre et au Pays de Galles ou même en Australie ne résulte pas de la détentation de cabinets d'avocats par des non-avocats, elle l'a en réalité précédée, comme l'indique JORDAN FURLONG²⁵¹.

Il est toutefois probable que si les études d'avocats ne sont plus constituées uniquement d'avocats, il sera plus difficile de résister à l'argument selon lequel les avocats devraient être l'objet d'une réglementation par des non-avocats également, plutôt que par des membres de la profession uniquement.

Enfin, cette approche n'est pas dénuée de critiques. En effet, comme l'a relevé HEINZ WEIL, ce qui frappe c'est, d'une part, que le pouvoir exécutif de l'État est investi de pouvoirs accrus dans la réglementation de la profession d'avocat, puisqu'il appartient au gouvernement de nommer les membres du LSB et, d'autre part, que les autorités de réglementation de premier et de deuxième niveau sont composées majoritairement de personnes extérieures aux professions dont ces nouvelles instances fixent les règles²⁵².

C. La question d'une réglementation supranationale et l'échange d'informations entre les régulateurs

D'après JENS DROLSHAMMER, il est évident que les besoins croissants de centraliser la gestion et de partager les bénéfices sont susceptibles d'entraîner des niveaux d'interférence élevés avec les autorités de réglementation, en particulier si la tendance d'une direction intégrée pour les cabinets d'avocats internationaux s'accroît²⁵³. Pourtant, cet auteur observe qu'il n'existe aujourd'hui aucun développement allant dans le sens de la création d'un organisme de réglementation principal ou d'une alliance de régulateurs importants coordonnant leurs activités pour la réglementation de cabinets d'avocats internationaux²⁵⁴.

²⁵¹ JORDAN FURLONG, Who should have the right to own a law firm ?, Law21, le 17 février 2012, disponible sur :

<http://www.law21.ca/2012/02/who-should-have-the-right-to-own-a-law-firm>.

²⁵² WEIL, *Le cabinet d'avocats*, p. 33. L'auteur a lui-même d'ailleurs pu le constater lors de l'*International Conference of Legal Regulators* qui s'est tenue à Londres les 8 et 9 juillet. De nombreuses personnes qui occupent des postes clés au sein de ces organismes de régulation sont issus d'horizons très divers et il ne s'agit pas forcément d'avocats ou de juristes.

²⁵³ DROLSHAMMER, *The Future Legal Structure*, p. 503.

²⁵⁴ *Ibid.*

Il est intéressant de noter que les régulateurs échangent de plus en plus leurs idées et bonnes pratiques, surtout dans les pays de *common law*²⁵⁵, ce qui paraît indispensable dans un environnement mondialisé et le plus souvent interconnecté. La coopération et l'échange d'informations entre les régulateurs sont des sujets très importants, car nombreux sont les pays qui comptent la présence sur leur territoire de cabinets d'avocats étrangers²⁵⁶.

D'une manière générale, on peut distinguer l'échange d'informations au stade de l'enquête (concertation concernant la manière d'enquêter, collaboration lors de la collecte des preuves, assistance des tiers dans leurs enquêtes et enquête commune) et après l'enquête (preuves d'infraction dans un pays offrant les preuves d'infraction dans un autre pays, transmission du registre des sanctions, procédures disciplinaires conjointes et suspension ou radiation par un pays imposée dans un autre)²⁵⁷.

Les avantages de la coopération sont indéniables. On peut notamment relever l'augmentation de l'efficacité, de la crédibilité et de la confiance du public, la réduction de la charge des témoignages, de l'injustice et de la double incrimination, ainsi que les risques de résultats contradictoires²⁵⁸. Des progrès doivent encore être réalisés dans ce domaine²⁵⁹.

²⁵⁵ L'*International Conference of Legal Regulators* qui a lieu chaque année depuis 2012 réunit une trentaine de régulateurs du monde entier, dont la majorité sont issus de juridictions de *common law*, disponible sur : <http://www.international-conference-of-legal-regulators.org>.

²⁵⁶ Voir IBA Global Regulation and Trade in Legal Services Report 2014, p. 3. Voir aussi la Résolution du CCBE en faveur de la coopération entre les organes disciplinaires américains et européens, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Resolution_in_Suppor2_1241608006.pdf.

²⁵⁷ DEBORAH ARMOUR, Chief Legal Officer, Law Society of British Columbia, présentation lors de l'*International Conference of Legal Regulators*, 27-28 juillet 2015, Toronto.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Lors de la conférence à Toronto, un participant a mentionné un exemple concret de problème de coopération. Il s'agissait d'une procédure disciplinaire impliquant un avocat belge qui était également qualifié en tant que solicitor. Les autorités belges avaient informé la SRA que l'avocat en question avait été radié du barreau en Belgique. En revanche, pour des raisons de confidentialité, elles avaient refusé d'indiquer à la SRA les raisons ayant donné lieu à une telle radiation, se bornant à relever qu'une radiation n'intervenait que pour des motifs sérieux. Or, le système anglais ne permet pas d'imposer une sanction réciproque sans en comprendre les raisons, dans la mesure où un avocat pourrait avoir été radié dans un autre pays pour un motif qui n'est pas considéré comme une infraction au Royaume-Uni.

En résumé, la question de savoir qui réglemente la profession d'avocat est un sujet très complexe qui est susceptible, d'après nous, d'avoir un impact considérable sur la profession d'avocat et de remodeler le paysage des services juridiques.

II. Le sujet de la réglementation et l'étendue du monopole

A. Le sujet de la réglementation

Une autre question qui intéresse les régulateurs est de déterminer qui doit être le sujet de la réglementation. S'agit-il du praticien individuel, de l'entité elle-même, ou alors des deux à la fois ?

En Suisse, la LLCA n'a pas été pensée dans le sens d'une réglementation de la société et c'est l'avocat lui-même qui est le sujet de la réglementation. Cela ressort d'ailleurs clairement de l'article 2 alinéa 1 LLCA, qui précise que la loi s'applique aux titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse.

TED SCHNEYER a été le premier, en 1991, à suggérer une réglementation des études d'avocats²⁶⁰. Il estime que la possibilité de sanctions à l'encontre des études est nécessaire pour les grands cabinets, afin d'encourager les associés à s'investir dans la gestion du cabinet et à créer des mécanismes de contrôle, tels que des comités d'éthique et de conflits d'intérêts²⁶¹. Il recommande ainsi la mise en place d'une « infrastructure déontologique » qu'il définit comme les politiques, méthodes et structures qui garantissent que les avocats d'un cabinet respectent leurs obligations déontologiques et que les non-avocats associés au cabinet se comportent d'une façon qui respecte les obligations des avocats²⁶².

L'idée de réglementer les études d'avocats (en plus de la réglementation des praticiens eux-mêmes) a été introduite en Angleterre et au Pays de Galles, ainsi qu'en Australie. Il s'agit de systèmes proactifs (et non réactifs) de réglementation des avocats et des études d'avocats. Le but d'une telle réglementation est d'augmenter la protection du client et du public, de même que la responsabilité des études d'avocats qui ont des actionnaires, des associés ou des gérants qui

²⁶⁰ SCHNEYER, *Professional Discipline for Law Firms?*, p. 11.

²⁶¹ *Idem*, p. 17.

²⁶² SCHNEYER, *On Further Reflection*, p. 585.

ne sont pas des avocats, des pratiques multidisciplinaires ou des actionnaires publics (par exemple, en Australie)²⁶³.

Aux États-Unis, à l'exception des États de New York et du New Jersey, les juridictions réglementent l'exercice du métier d'avocat de manière individuelle, et non les entités elles-mêmes²⁶⁴. D'après MICHELE DESTEFANO, ces règles ont avant tout été envisagées pour l'avocat qui pratique de manière individuelle ou dans une étude organisée selon un modèle classique de type *partnership*, alors qu'une grande partie des avocats américains travaillent dans des cabinets d'avocats larges et diffus, avec une structure organisationnelle complexe²⁶⁵. Selon lui, « [t]hese rules are essentially a manuel written for a knight working alone to slay a dragon, rather than an army of varied professionals working together to do the same »²⁶⁶.

D'après CHRISTINE PARKER, l'avocat a été vu traditionnellement comme le seul ou le principal objet de la responsabilité éthique et de la réglementation. Cette conception est toutefois difficilement soutenable dans un monde où les études et les équipes de travail dans les études influencent de manière significative les jugements et les comportements éthiques individuels²⁶⁷. Selon elle, les avocats ne devraient pas être livrés à eux-mêmes pour gérer les pressions ordinaires du commerce et il n'a pas encore été fait assez pour identifier quelles sont ces pressions et comment les gérer d'un point de vue déontologique²⁶⁸.

ROBERT LEE estime, quant à lui, que l'objet de la réglementation devrait être le cabinet d'avocats lui-même plutôt que le praticien individuel et qu'une telle étape permettrait, notamment, une plus grande libéralisation du marché des services juridiques²⁶⁹.

La réglementation de l'entité combinée avec la mise en place d'une « infrastructure déontologique » peut améliorer la relation entre le régulé et le régulateur, car ce dernier concentre alors ses efforts sur la pratique dans son ensemble et la réduction des plaintes, tout en ne mettant plus l'accent exclusivement sur la discipline individuelle. Elle pourrait aussi supprimer le risque d'injustice en

²⁶³ SCHNEYER, *On Further Reflection*, p. 585.

²⁶⁴ ABA Commission on Ethics 20/20, Preliminary Issues Outline, 19 novembre 2009, p. 6, disponible sur : http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/ethics_2020/preliminary_issues_outline.authcheckdam.pdf.

²⁶⁵ DESTEFANO, *Nonlawyers Influencing Lawyers*, pp. 2813-2814.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ PARKER, *Peering Over the Ethical Precipice*, p. 29.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ LEE, *Liberalisation of legal services in Europe*. Voir aussi *infra*, Chiffre IV.

tenant un avocat d'une étude responsable des défaillances des systèmes mis en place par le cabinet, alors que d'autres personnes au sein du cabinet, ou l'étude elle-même, pourraient tout aussi bien être responsables. La réglementation de l'entité permet également de surmonter un problème dans le traitement des plaintes, à savoir l'identification de l'avocat à qui la faute alléguée est imputable. Les clients seront ainsi libérés de l'obligation de désigner un avocat responsable. La réglementation de l'entité signifie également que toutes les personnes au sein du cabinet d'avocats (qu'elles soient avocates ou non) ont intérêt à ce que l'entité se conforme aux règles applicables.

La plus grande difficulté réside sans doute dans le fait que la réglementation de l'entité est une nouvelle approche qui nécessite un changement de mentalité, dans la mesure où les avocats ont traditionnellement été réglementés de manière individuelle.

Il est intéressant de relever que d'après une enquête menée en France en 2014, les avocats s'identifient de plus en plus à leur cabinet et non plus simplement à leur profession²⁷⁰. CHRISTIAN BESSY observe ainsi que l'organisation entrepreneuriale se superpose en quelque sorte à la méta-organisation que constitue la profession et risque de la remettre en cause, car elle ne constitue plus le principal vecteur d'identité des avocats²⁷¹. En admettant que ce constat soit transposable en Suisse, il serait opportun que le cabinet d'avocats lui-même soit inclus en tant que sujet de la réglementation. Dans ce contexte, la promulgation de règles de bonne conduite pour les personnes travaillant au sein du cabinet prend tout son sens selon nous.

Au-delà de la question de la réglementation du praticien individuel ou de l'entité, une autre problématique beaucoup plus controversée est celle qui consiste à déterminer si un tiers non-avocat est autorisé à s'associer avec la personne réglementée.

²⁷⁰ BESSY, *L'organisation des activités des avocats*, p. 22, qui cite une enquête CSA/CNB, *Quels avocats pour quels marchés demain ?*, étude n° 1400436.

²⁷¹ BESSY, *L'organisation des activités des avocats*, p. 22.

B. L'étendue du monopole

L'étendue du monopole de l'avocat varie énormément d'un pays à l'autre et est parfois peu claire²⁷².

En Finlande, aucune activité n'est exclusivement réservée aux avocats, seule l'utilisation du titre est protégée²⁷³.

En Allemagne, les avocats disposent des droits exclusifs de représenter des clients devant les tribunaux et de fournir des conseils juridiques²⁷⁴.

En France, les avocats disposent du monopole d'assistance et de représentation des parties²⁷⁵. Ils ne disposent en revanche d'aucun monopole pour donner des consultations juridiques²⁷⁶.

En Angleterre et au Pays de Galles, certaines activités délimitées par le *Legal Services Act 2007* sont réservées à des professionnels possédant un titre faisant l'objet d'une réglementation²⁷⁷.

La situation aux États-Unis et au Canada, bien qu'elle varie d'un État et d'une Province à l'autre, est assez similaire, en ce sens que la majorité des activités juridiques est réservée aux avocats²⁷⁸.

En Suisse, les cantons et la Confédération réservent aux avocats tout ou partie de la représentation – professionnelle à tout le moins – en justice devant les tribunaux²⁷⁹. Les cantons ne prévoient pas de monopole s'agissant de l'aide et

²⁷² TERRY, *Putting the Legal Profession's Monopoly on the Practice of Law in a Global Context*, p. 2907 ss, citant l'exemple des États-Unis, de l'Inde et du Japon.

²⁷³ IBA Global Regulation and Trade in Legal Services Report 2014, p. 186.

²⁷⁴ *Idem*, p. 201.

²⁷⁵ *Idem*, p. 190.

²⁷⁶ L'art. 54 du titre II de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 définit les conditions auxquelles toute personne, directement ou par personne interposée, peut, à titre habituel ou rémunéré, donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé pour autrui.

²⁷⁷ IBA Global Regulation and Trade in Legal Services Report 2014, p. 479.

²⁷⁸ MALCOLM MERCER, *Benchers*, Law Society of Upper Canada, présentation lors de l'*International Conference of Legal Regulators*, 27-28 juillet 2015, Toronto. Voir aussi IBA Global Regulation and Trade in Legal Services Report 2014.

²⁷⁹ BOHNET/MARTENET, N 913 ss. Voir aussi IBA Global Regulation and Trade in Legal Services Report 2014, p. 435.

du conseil juridique lorsque ceux-ci ne sont pas liés à une procédure judiciaire²⁸⁰.

D'après LAUREL TERRY, qui s'appuie sur le rapport 2014 de l'IBA, c'est une idée reçue de penser que dans la plupart des pays le monopole des avocats est limité à la représentation devant les tribunaux et n'inclut pas les conseils juridiques. En effet, dans de nombreux pays les activités réservées aux avocats comprennent également les conseils juridiques²⁸¹.

III. Le moment de la réglementation

Dans la plupart des juridictions, l'approche traditionnelle de la réglementation de la profession d'avocat et de sa mise en œuvre consiste à attendre qu'un avocat viole une disposition et à lui imposer ensuite une sanction²⁸². On parle, dans ce cas, d'une approche de la réglementation dite *ex post*.

Afin de prévenir la faute des avocats, de plus en plus de régulateurs se tournent vers une réglementation de type *ex ante*²⁸³. L'exemple le plus marquant est très certainement celui de la Nouvelle-Galles du Sud, en Australie, qui sera étudié plus en détail dans la deuxième partie de notre travail²⁸⁴.

Comme nous le verrons, le passage d'une réglementation de type *ex post* à une réglementation de type *ex ante* a produit en Nouvelle-Galles du Sud des résultats impressionnants en termes de réduction du nombre de plaintes de clients à l'encontre des avocats.

IV. Le lieu de la réglementation

Historiquement, les avocats pratiquaient dans une région géographique et les régulateurs compétents pour réglementer ces derniers étaient localisés dans la même région²⁸⁵. Si la situation est aujourd'hui similaire, la pratique du métier

²⁸⁰ BOHNET/MARTENET, N 981 ss et les réf. cit.

²⁸¹ TERRY, *Putting the Legal Profession's Monopoly on the Practice of Law in a Global Context*, p. 2924.

²⁸² ABA, Model Rules For Lawyer Disciplinary Enforcement (2002), Rule 9(1) ; CCBE, Summary of disciplinary proceedings and contacts points in the EU and EEA member states.

²⁸³ TERRY, *Trends in Global and Canadian Lawyer Regulation*, p. 169.

²⁸⁴ Voir *infra*, p. 101 ss.

²⁸⁵ TERRY, *Trends in Global and Canadian Lawyer Regulation*, p. 172.

d'avocat est devenue, dans certains cas, virtuelle, transnationale et sans frontière²⁸⁶.

D'après LAUREL S. TERRY, les questions qui se posent sont nombreuses et souvent complexes :

*« If a lawyer is physically located in one jurisdiction but operates online and deals with clients in another jurisdiction, where is the lawyer subject to regulation? If a lawyer operates a website, is that website and that lawyer subject to regulation in all jurisdictions from which the website may be viewed? May the lawyer's home jurisdiction regulate the lawyer for conduct that occurs when the lawyer physically leaves the geographical boundaries of the jurisdiction in which the lawyer was licensed? »*²⁸⁷.

S'il est vrai que ces questions se posent avec beaucoup d'acuité aux États-Unis, compte tenu du fait que chaque État est compétent pour réglementer la profession d'avocat à l'intérieur de ses frontières, elles se posent également aux régulateurs du monde entier, à cause de la mondialisation et du développement des technologies de l'information et de la communication²⁸⁸. Ces changements, qui vont devenir toujours plus importants, prédit STEPHEN GILLERS, signifient que nous avons besoin d'un nouveau principe directeur (ou complémentaire) allant au-delà de la géographie²⁸⁹.

Par ailleurs, la question du lieu de la réglementation est également susceptible de poser des problèmes de double déontologie. Dans l'Union européenne, la soumission des avocats communautaires aux règles professionnelles de l'État d'origine combinées à celles du barreau de l'État d'accueil, comme le prévoit l'article 4 de la Directive 77/249/CEE²⁹⁰ concernant « Les activités relatives à la représentation et à la défense d'un client en justice ou devant des autorités publiques », peut soulever des difficultés. Ce problème est illustré par le rapport du Comité chargé du projet de réforme en Angleterre et au Pays de Galles concernant les ABS et qui indiquait ce qui suit :

« [...] [W]e were particularly concerned by the written evidence we received from the Bundesrechtsanwaltskammer (the German Federal Bar which is set up in statute as the self-regulatory body of the German legal profession). They told us of "certain obstacles which Alternative Business Structures would encounter in Germany". They told us that ABS firms which had shareholders from outside the profession and whose management

²⁸⁶ Voir *supra*, p. 10 ss.

²⁸⁷ TERRY, *Trends in Global and Canadian Lawyer Regulation*, pp. 172-173.

²⁸⁸ Voir *supra*, p. 10 ss.

²⁸⁹ GILLERS, *A Profession, If You Can Keep It*, p. 110.

²⁹⁰ Directive 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats.

would not necessarily be in the hands of a majority of lawyers would be "inconsistent with the requirements of German law". They are of the opinion that "German Rechtsanwälte as well as solicitors and barristers established in Germany would infringe German professional rules if they became a member of such type of an ABS" »²⁹¹.

D'après ROBERT LEE, qui estime que les problèmes de double déontologie risquent de prendre une proportion plus importante à l'avenir avec la libéralisation des services juridiques, la radiation des associés d'un cabinet d'avocats inscrits en Allemagne en raison de la structure légalement adoptée par leurs associés inscrits en Angleterre semble être la conséquence la plus extrême de double déontologie²⁹².

En l'absence d'harmonisation des procédures et des règles professionnelles, ROBERT LEE estime qu'une réglementation du cabinet d'avocats, plutôt que de l'avocat lui-même, offrirait de meilleures options de réglementation et entraverait moins les activités transfrontalières que le modèle traditionnel du contrôle par l'État d'accueil²⁹³.

V. Le mode et le type de réglementation

Certains auteurs doutent de l'opportunité d'une réglementation unique, indépendante de la taille de l'étude d'avocats et des connaissances des clients²⁹⁴. Cet avis est partagé par la Commission européenne qui se prononce, à ce sujet, en ces termes :

« La conclusion principale est que les utilisateurs occasionnels, généralement des particuliers et des ménages, peuvent avoir besoin d'une protection mieux ciblée. Par contre, les principaux utilisateurs des services professionnels – les entreprises et le secteur public – peuvent davantage se passer de protection réglementaire, car ils sont mieux à même de choisir les fournisseurs répondant à leurs besoins »²⁹⁵.

²⁹¹ House of Lords, House of Commons, Joint Committee on the Draft Legal Services Bill – First report, Session 2005-06, disponible sur : <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtlegal/232/23202.htm>.

²⁹² LEE, *Liberalisation of legal services in Europe*, p. 190.

²⁹³ *Idem*, p. 204 ss.

²⁹⁴ TERRY, *Trends in Global and Canadian Lawyer Regulation*, p. 178.

²⁹⁵ Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Services professionnels – Poursuivre la réforme, COM (2005) 405 final, p. 6, N 13, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0405:FIN:FR:PDF>.

Si la fonction des règles professionnelles peut être vue comme une compensation de l'incapacité des clients à évaluer la performance des avocats²⁹⁶, certains estiment que ce raisonnement n'est pas applicable pour n'importe quel type de client. Les besoins de protection, en termes de réglementation, ne sont ainsi probablement pas les mêmes pour un grand cabinet d'avocats qui représente des clients institutionnels et pour un praticien individuel qui représente des clients privés²⁹⁷.

Cette approche est contestée par le CCBE qui estime, en substance, que les avocats font l'objet d'une réglementation dans l'intérêt général²⁹⁸. Le CCBE relevait, à ce propos, ce qui suit :

« Dans les récents scandales financiers qui ont secoué le monde des affaires américains (Enron, Worldcom), les utilisateurs de services des professions libérales pouvaient s'être montrés des utilisateurs fréquents très sophistiqués, mais les victimes des crimes commis étaient des gens ordinaires comme des actionnaires, des employés et des pensionnés, souvent par milliers. Ces victimes ont essuyé de lourdes pertes financières qui ont ruiné leur vie. Les avocats dans les affaires commerciales importantes ne sont pas réglementés de manière à protéger les directeurs d'entreprises sophistiquées qui les emploient (bien qu'ils en aient également besoin) mais dans l'intérêt général, ce qui inclut des personnes susceptibles d'avoir un intérêt direct ou indirect dans l'issue de la transaction, même s'ils ne constituent pas des clients en soi »²⁹⁹.

Le CCBE a ainsi refusé d'opérer une distinction pour les clients ou consommateurs avertis (*sophisticated clients*).

Par ailleurs, une autre question concerne le type de réglementation. Il est souvent opéré une distinction entre une réglementation basée sur des règles détaillées et une réglementation basée sur des résultats ou des principes³⁰⁰.

L'Australie a adopté dans les années 1990 une approche basée sur des résultats (également appelée *outcomes-based regulation*) dans le cadre de la mise en œuvre de sa réglementation autorisant les *Incorporated Legal Practice* (ci-

²⁹⁶ HADFIELD, *The Price of Law*, p. 25.

²⁹⁷ Dans ce sens également, LEE, *Liberalisation of legal services in Europe*, p. 202.

²⁹⁸ CCBE, Commentaires du CCBE sur le suivi du rapport de la Commission sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, le 19 novembre 2005, pp. 5-6, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/CCBE_response_fol-low2_1182254403.pdf.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ TERRY et al., *Trends and Challenges*, p. 2681.

après, ILP). Cette approche a été incluse en tant que caractéristique principale du système de réglementation des ILP en Nouvelle-Galles du Sud³⁰¹.

L'Angleterre et le Pays de Galles se sont également tournés vers une réglementation basée sur des résultats³⁰². La *Solicitors Regulation Authority* (ci-après : SRA) a adopté de nouvelles règles pour les *solicitors* qui sont entrées en vigueur le 6 octobre 2011 et se fondent sur une telle approche³⁰³.

VI. Les objectifs de la réglementation

Selon un rapport de l'OCDE intitulé « Principes directeurs pour la qualité et la performance de la réglementation », une réglementation de qualité devrait, notamment, « répondre à des objectifs clairement définis et être efficace pour la réalisation de ces objectifs »³⁰⁴.

Le fait de savoir ou de comprendre pourquoi les avocats sont réglementés est capital d'après nous. Pourtant, force est de constater que l'absence d'objectifs clairs dans les réglementations semble être la règle, plutôt que l'exception³⁰⁵.

Comme dans de nombreux ordres juridiques, la LLCA est muette à cet égard. En revanche, en Angleterre et au Pays de Galles, comme nous le verrons, la Partie 1 du *Legal Services Act* énonce les objectifs qui sont poursuivis par la réglementation³⁰⁶.

Si le fait de mentionner les objectifs poursuivis par la réglementation ne va pas régler des questions précises, telles que la participation d'un non-avocat dans une étude d'avocats ou encore d'autres problématiques, cela permet néanmoins d'apporter des avantages substantiels, aussi bien lors de l'adoption de la loi que lors de son application³⁰⁷. D'après TERRY et al., « [i]t is certainly possible that when lawyers debate the regulations to which they will be subject and which will affect their livelihoods, they will lack the objectivity that they would have if

³⁰¹ *Legal Profession Act 2004* (NSW). Voir *infra*, p. 101.

³⁰² TERRY et al., *Trends and Challenges*, p. 2682.

³⁰³ STILL, *Outcomes Focused Regulation*, p. 85.

³⁰⁴ Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation, 2005, p. 3, disponible sur : <http://www.oecd.org/regreform/34978350.pdf>.

³⁰⁵ TERRY et al., *Adopting Regulatory Objectives*, p. 2697.

³⁰⁶ Voir *infra*, p. 136 ss.

³⁰⁷ TERRY et al., *Adopting Regulatory Objectives*, p. 2727.

they were not personally affected by the legislation »³⁰⁸. Mentionner les objectifs lors de l'adoption de la loi pourrait ainsi permettre d'atténuer ce manque d'objectivité.

L'adoption d'objectifs poursuivis par la réglementation permet ainsi de définir des paramètres pour un débat acceptable, et ce peu importe si des avocats sont secrètement motivés par des intérêts personnels³⁰⁹. Ces objectifs servent alors de guide pour assister ceux qui réglementent la profession et ceux qui sont réglementés³¹⁰. Par exemple, un objectif pourrait être de protéger les clients et un autre que les mesures prises soient proportionnées.

³⁰⁸ TERRY et al., *Adopting Regulatory Objectives*, p. 2727.

³⁰⁹ *Idem*, p. 2727.

³¹⁰ *Idem*, p. 2687.

Chapitre 4 : La pluralité des modes réglementaires et le niveau de la réglementation

Nous allons, dans un premier temps, discuter des différents modes réglementaires qui existent sur le marché des services juridiques et des tensions que leur coexistence engendre (I). Celles-ci seront illustrées par les divergences qui existent entre la Commission européenne et le CCBE à propos de la réglementation de la profession d'avocat. Dans un deuxième temps, nous nous intéresserons aux conséquences du niveau de la réglementation dans l'Union européenne, où ces différences sont susceptibles de remettre en question la liberté d'établissement (II).

I. La pluralité des modes réglementaires

A. Les trois modes réglementaires

Plusieurs modes réglementaires s'articulent sur le marché des services juridiques³¹¹ :

- une première forme de régulation professionnelle découle des règles de droit produites par les autorités publiques, et en particulier des textes législatifs ;
- une deuxième forme de régulation professionnelle se fait par autorégulation³¹² ;
- la régulation marchande constitue la troisième forme de régulation.

SOPHIE HARNAY explique que c'est la coexistence et l'articulation de cette pluralité de modes de régulation qui crée des tensions³¹³.

Ces tensions sont également accentuées par le fait qu'il existe, depuis le début des années 2000, une tendance motivée par une approche économique, qui vise

³¹¹ HARNAY et al., *Régulations professionnelles*, pp. 2-3.

³¹² Voir *supra*, p. 50 ss.

³¹³ HARNAY et al., *Régulations professionnelles*, p. 3.

à promouvoir une régulation marchande par des recommandations de libéralisation du marché des services juridiques au détriment d'autres modes régulatoires.

À cet égard, CHRISTOPHE JAMIN est d'avis que « [...] dans la formidable bataille des idées qui sous-tendra les évolutions politico-juridiques à venir, il ne suffira plus de se draper dans la défense d'une quelconque tradition juridique ou d'invoquer de manière générale la défense des libertés ou la promotion de la sécurité juridique pour tenter de légitimer telle ou telle règle professionnelle – voire telle profession réglementée. Les arguments relevant de l'analyse économique du droit devraient y jouer une place centrale [...] »³¹⁴. Ainsi, le *statu quo*, c'est-à-dire le maintien de ce qui a toujours été fait jusqu'à présent, de manière traditionnelle, devient de plus en plus difficile à justifier.

D'un côté, on crie au démantèlement, du moins partiel, des réglementations professionnelles (qu'il s'agisse par exemple de la fixation des honoraires, de la régulation à l'entrée, de la publicité et du démarchage, et de la structuration du capital). On critique ainsi avec véhémence une analyse des réglementations à l'aune d'une économie industrielle standard qui, « sans tenir compte de l'éventuelle spécificité du marché des services juridiques, confond les différents ordres professionnels avec de simples cartels dont l'objectif serait uniquement de réduire la concurrence entre ses membres au détriment des intérêts du public »³¹⁵. D'un autre côté, on estime que les services professionnels devraient, en premier lieu, être soumis au droit général de la concurrence, de manière à ce que les régulateurs doivent ensuite justifier leurs mesures interventionnistes³¹⁶.

Les tensions entre la Commission européenne et le CCBE illustrent bien ce qui précède.

B. Les tensions entre la Commission européenne et le CCBE

1. La position de la Commission européenne

Le 21 mars 2003, la Commission européenne a lancé un exercice d'évaluation des professions libérales, à Berlin, lors d'un discours du Commissaire européen

³¹⁴ JAMIN, *Services juridiques : la fin des professions ?*, p. 46.

³¹⁵ *Idem*, p. 36.

³¹⁶ STEPHEN, *The Market Failure*, pp. 143-153.

MARIO MONTI devant la *Bundesanwaltskammer* allemande (ci-après : la « BRAK »).

Le Commissaire MARIO MONTI avait alors expliqué le but de cette évaluation :

« The present level of rules and regulation of liberal professions owe some debt to historical convention. How many are still needed in the modern world? Do they hinder or favour the development of the sector? Let me be provocative: Do they protect the consumers or the professionals? »

I propose to assess whether existing rules and regulations, which, remember, were devised and enacted in a very different economic context to that which exists today, continue to serve the legitimate purposes of the protection of the public interest. I would also like to assess whether they are the most efficient mechanisms available in the current market situation »³¹⁷.

Dans son rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales daté de 2004, la Commission a analysé cinq services professionnels, y compris le secteur juridique³¹⁸. Elle est arrivée à la conclusion qu'une déréglementation était nécessaire pour certaines catégories clés de la réglementation concernant la fixation des prix (à la fois les prix imposés et les prix recommandés), la publicité, les conditions d'accès et les règles régissant la structure des entreprises et les pratiques multidisciplinaires. Sur tous ces points, le rapport recommande d'alléger, voire de supprimer, la réglementation, au motif qu'un faible niveau de réglementation est « un avantage pour la création de richesse », puisque « les pays qui connaissent un faible niveau de réglementation enregistrent un plus grand nombre de professions libérales, qui enregistrent un chiffre d'affaires global supérieur »³¹⁹.

En ce qui concerne les règles relatives à la structure des entreprises, la Commission s'est opposée à certaines restrictions en précisant ce qui suit :

« Les règles relatives à la structure des entreprises peuvent avoir une incidence économique négative si elles empêchent les prestataires de mettre en place de nouveaux services ou des modèles d'entreprises efficaces par rapport aux coûts. Elles peuvent notamment empêcher les juristes et les comptables d'offrir un conseil juridique et comptable global pour des problèmes de fiscalité ou empêcher la création de guichets uniques pour les professions libérales dans les zones rurales. Certaines règles relatives à la propriété,

³¹⁷ MARIO MONTI, European Commissioner in charge of Competition Policy, *Competition in Professional Services: New Light and New Challenges*, Bundesanwaltskammer Berlin, le 21 mars 2003, disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-03-149_en.pdf.

³¹⁸ Communication de la Commission, Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, COM (2004) 83 final/2.

³¹⁹ *Idem*, N 14.

comme l'interdiction de constituer des sociétés, risquent par ailleurs de réduire l'accès de ce secteur au capital, de faire obstacle aux nouveaux arrivants et de limiter l'expansion »³²⁰.

Dans les conclusions de son rapport daté du 5 septembre 2005, la Commission posait le constat suivant :

« Il ne faut pas sous-estimer le poids de la tradition dans le rythme des changements et dans de nombreux pays, les organismes de réglementation ne voient pas comment on pourrait procéder différemment. Par ailleurs, les professions elles-mêmes n'ont en général pas soutenu activement le processus. La situation actuelle pourrait aussi indiquer que certains pays n'exercent qu'une faible surveillance réglementaire sur les professions, ce qui peut s'expliquer par le phénomène économique du détournement de la réglementation, assez fréquent dans les secteurs soumis à l'autoréglementation.

La Commission admet que c'est à l'État membre de décider s'il souhaite réglementer les professions directement par voie de règlements nationaux ou s'il permet l'autoréglementation par les organismes professionnels. Toutefois, la bonne gouvernance demande que l'État membre surveille la portée de l'autoréglementation nationale afin d'éviter qu'elle ne devienne trop restrictive et ne porte atteinte aux intérêts du consommateur »³²¹.

Dans sa marche à suivre, la Commission invitait les pays membres de l'Union européenne à engager la modernisation indispensable des services professionnels auprès de tous les principaux acteurs³²².

2. La position du CCBE

Le CCBE a vigoureusement critiqué l'initiative de la Commission européenne dans différentes prises de position.

D'après ce dernier, la Commission ne donne que très peu d'informations sur le cadre juridique des réformes prévues, préférant promouvoir le principe « moins réglementer, mieux réglementer », indépendamment du fait de savoir si ce principe, ou une obligation de le promouvoir, existe dans le traité CE ou dans les règles de concurrence communautaires et, toujours selon le CCBE, sans une connaissance suffisante du fonctionnement de ces marchés³²³. Des révisions de

³²⁰ Communication de la Commission, Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, COM (2004) 83 final/2, N 60.

³²¹ Communication de la Commission, Services professionnels – Poursuivre la réforme, Suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, COM(2005) 405 final, N 25-26.

³²² *Idem*, N 32.

³²³ CCBE comments on Commission progress report on competition in professional services, le 19 novembre 2005, p. 3, disponible sur :

la réglementation – si elles étaient jugées nécessaires – devraient être effectuées par les autorités et les organismes compétents. Ces derniers sont, en effet, dans une meilleure position pour évaluer les implications et les conséquences des changements de l'ordre juridique national et, en particulier, de l'administration et de l'accès à la justice.

Le CCBE relève aussi qu'une approche plus appropriée aurait été de faire une distinction entre les différentes professions libérales concernées. Enfin, les valeurs dans le secteur de la profession juridique ne sont pas seulement d'ordre économique. Il est faux et simpliste, d'après le CCBE, de fonder un examen de la profession d'avocat uniquement en termes économiques.

Le CCBE critique également le rapport de la Commission en se référant à l'arrêt Wouters³²⁴. Il relève, à cet égard, que la CJCE a en effet reconnu que les effets anticoncurrentiels possibles de la réglementation peuvent être justifiés par des considérations d'intérêt public, les valeurs fondamentales de la profession pouvant être qualifiées d'intérêt public. Un trait particulier de l'arrêt Wouters, d'après le CCBE, est la reconnaissance par la Cour d'une marge d'appréciation permettant à un ordre professionnel de décider ce qu'il juge approprié et nécessaire pour protéger le bon exercice de la profession, étant précisé que ces mesures ne doivent pas nécessairement être les moins restrictives.

Le CCBE souligne, par ailleurs, qu'une analyse économique montre que moins de réglementation peut avoir des effets négatifs importants pour la société³²⁵.

En mars 2006, le CCBE a adressé à la Commission une nouvelle prise de position³²⁶, accompagnée d'un rapport de la société de conseil *Copenhagen Economics* mandatée par le barreau danois³²⁷. Ce rapport arrivait, notamment, à la

http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/CCBE_response_follow1_1182254403.pdf.

³²⁴ CJCE, 19.2.2002, Wouters, aff. C-309/99. Voir aussi *infra*, p. 322 ss.

³²⁵ CCBE comments on Commission progress report on competition in professional services, le 19 novembre 2005, p. 6, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/CCBE_response_follow1_1182254403.pdf.

³²⁶ CCBE, Soumission économique de CCBE sur le suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, le 31 mars 2006, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/ccbe_economic_submission2_1182239202.pdf.

³²⁷ Copenhagen Economics, The Legal Profession, Competition and liberalisation, janvier 2006, disponible sur :

conclusion qu'une déréglementation de la profession ne générerait pas d'avantages économiques susceptibles de contrebalancer les impacts négatifs importants pour les clients, la société et l'accès à la justice. Il sera examiné plus en détail dans la deuxième partie de notre travail lorsque nous nous pencherons sur la réglementation au Danemark³²⁸. Comme nous le verrons, la réglementation en vigueur dans ce pays autorise désormais un dixième des employés d'une société d'avocats à détenir des actions de la société dans laquelle ils travaillent.

En résumé, cette pluralité de modes régulatoires ne peut pas exister, ou plutôt coexister, sans créer les tensions qui ont été illustrées ici. Elle est également susceptible, d'après nous, d'engendrer plus facilement des niveaux de réglementation différents d'une juridiction à l'autre, en fonction de l'approche qui est privilégiée. Or, des différences de niveau de réglementation peuvent avoir un impact important, en particulier sur le marché de l'Union européenne, comme nous allons le voir.

II. Le niveau de la réglementation

A. En tant que barrières à la liberté d'établissement

1. Un cadre juridique très libéral

La directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 « visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise » permet à un avocat ressortissant d'un État membre de l'UE d'exercer à titre permanent, dans tout autre État membre, sous son titre d'origine (art. 2 de la directive 98/5/CE).

Concrètement, la procédure est la suivante : l'avocat est tenu de s'inscrire auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'accueil (art. 3 § 1 de la directive 98/5/CE) qui procédera à l'inscription au vu de l'attestation d'inscription de l'avocat auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'origine (art. 3 § 2 de la directive 98/5/CE).

Une fois l'avocat inscrit, ce dernier peut donner des consultations juridiques dans le droit de son État membre d'origine, en droit communautaire, en droit

http://www.ccbe.org/fileadmin/user_upload/NTCdocument/The_legal_profession1_1195120689.pdf.

³²⁸ Voir *infra*, p. 199 ss.

international et dans le droit de l'État membre d'accueil dans lequel il est établi (art. 5 § 1 de la directive 98/5/CE). En ce qui concerne les activités relatives à la représentation et à la défense d'un client en justice, l'avocat devra agir de concert avec un avocat de l'État membre d'accueil exerçant auprès de la juridiction saisie, dans la mesure où le droit de cet État leur réserve ces activités (art. 5 § 3 de la directive 98/5/CE). Au terme d'une activité effective et régulière d'au moins trois ans dans l'État membre d'accueil, et dans le droit de cet État, y compris le droit communautaire, l'avocat exerçant sous son titre professionnel d'origine peut demander son assimilation aux avocats de l'État membre d'accueil, en étant dispensé de l'épreuve d'aptitude ou du stage que prévoit la directive 2005/36/CE (art. 10 § 1 de la directive 98/5/CE).

Le système qui a été mis en place est très libéral. Certains avaient d'ailleurs prédit un désastre au moment de son introduction, mais rien de tel ne s'est produit³²⁹. Au contraire, il s'agit d'un véritable succès³³⁰.

Comme l'avocat est également membre d'un cabinet, la directive prévoit des règles particulières permettant à un ou plusieurs avocats exerçant sous leur titre professionnel d'origine dans un État membre d'accueil et membres d'un même groupe dans l'État membre d'origine de pratiquer leurs activités professionnelles dans le cadre d'une succursale ou d'une agence de leur groupe dans l'État membre d'accueil (art. 11 de la directive 98/5/CE).

2. Le risque de réintroduire des barrières

Aussi longtemps que tous les États membres disposent de règles similaires, tout est très simple. En effet, si tous les États considèrent que les cabinets d'avocats doivent être détenus exclusivement par des avocats, il est très aisé d'appliquer l'article 11 de la directive et d'établir une succursale ou une agence dans un autre État membre. Si les États membres commencent à expérimenter, comme c'est le cas, par exemple, en Angleterre et au Pays de Galles avec les ABS, un problème survient³³¹. Lorsque le cadre de la directive a été négocié, il était clair, à ce stade déjà, qu'une telle situation allait tôt ou tard se produire³³².

³²⁹ KONSTANTINOS TOMARAS, adjoint au chef de l'unité « Libre circulation des professions » au sein de la Direction générale Marché intérieur et services de la Commission européenne, présentation lors de l'*International Conference of Legal Regulators*, 8-9 juillet 2014, Londres.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*

Par dérogation au principe de l'exercice en groupe, l'État membre d'accueil, dans la mesure où il interdit aux avocats exerçant sous leur propre titre professionnel approprié l'exercice de la profession d'avocat au sein d'un groupe comportant des personnes extérieures à la profession, peut refuser à un avocat inscrit sous son titre professionnel d'origine d'exercer sur son territoire en qualité de membre de son groupe (art. 11 § 1 point 5 de la directive 98/5/CE).

Les dérogations mentionnées par la directive sont, notamment, celles, d'une part, où le pouvoir de décision du groupe est exercé, en fait ou en droit, par des personnes n'ayant pas la qualité d'avocat au sens de la directive et, d'autre part, où le capital du groupe est détenu en tout ou en partie par des personnes n'ayant pas la qualité d'avocat au sens de la directive.

Or, il existe un certain nombre de modèles « d'ouverture » en Europe : en Angleterre et au Pays de Galles, il y a les ABS ; en France, il y a une possibilité pour des pratiques multidisciplinaires (MDP) et en Espagne, le capital d'un cabinet d'avocats peut être détenu jusqu'à 49 % par des non-avocats³³³.

La question qui se pose est dès lors la suivante : est-ce que nous sommes en train de réintroduire des barrières simplement parce que certains États ont décidé de libéraliser leur réglementation et d'expérimenter ?

3. Les questions à résoudre

Il y a, tout d'abord, une question de clarté à résoudre. L'État membre d'origine peut, en effet, utiliser le même terme que celui de l'État membre d'accueil, quand bien même la signification serait différente. Il s'agit, dès lors, d'identifier clairement les différents modèles qui existent et de regarder si les restrictions peuvent être jugées acceptables ou non pour chacun des États³³⁴.

Ensuite, pour les États membres qui n'autorisent pas les ABS, une autre question consiste à déterminer s'ils doivent traiter toutes ces structures de la même manière³³⁵. En effet, il peut y avoir, d'un côté, une ABS au sein de laquelle le seul non-avocat sera le directeur de la structure et, d'un autre côté, une ABS qui sera contrôlée par une banque. Est-ce que l'État membre d'accueil doit accepter

³³³ KONSTANTINOS TOMARAS, adjoint au chef de l'unité « Libre circulation des professions » au sein de la Direction générale Marché intérieur et services de la Commission européenne, présentation lors de l'*International Conference of Legal Regulators*, 8-9 juillet 2014, Londres.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Ibid.*

ces deux entités de la même manière ou opérer des distinctions ? Dans la pratique, il convient de relever que la liberté de l'État membre d'accueil n'est pas totale. Une telle interprétation serait contraire aux principes dégagés par la CJCE dans son arrêt du 30 novembre 1995³³⁶, qui impose le test de proportionnalité en toutes matières³³⁷.

En admettant, par ailleurs, qu'un État membre d'accueil accepte une telle structure, est-ce que cette dernière doit être autorisée seulement pour les avocats étrangers ou est-ce qu'il faut la créer dans le propre système juridique de l'État membre d'accueil ? KONSTANTINOS TOMARAS cite, à cet égard, l'exemple d'un avocat local qui deviendrait associé au sein d'une ABS et un avocat associé d'un cabinet local qui ne pourrait pas bénéficier des mêmes possibilités, notamment en termes d'apports en capitaux extérieurs³³⁸. Le cabinet d'avocats local se trouverait ainsi discriminé par rapport au cabinet d'avocats étranger³³⁹.

Une question particulière – en admettant toujours que de telles structures soient admises – concerne le superviseur ou le régulateur en charge de surveiller et de réguler une telle entité³⁴⁰. Il y a, en effet, comme cela a été évoqué, différents modèles comportant différents profils de risque. La question que l'État membre d'accueil devra dès lors se poser, d'après KONSTANTINOS TOMARAS, est la suivante : est-ce que l'interdiction de l'entité n'est pas économiquement plus efficace pour le régulateur que la mise en place d'une nouvelle structure pour réglementer celle-ci³⁴¹ ?

Par ailleurs, une autre interrogation selon KONSTANTINOS TOMARAS est de savoir jusqu'à quel point l'État membre d'accueil peut dépendre, dépendra-t-il ou sera-t-il prêt à dépendre d'un régulateur étranger³⁴² ?

³³⁶ CJCE, 30.11.1995, Reinhard Gebhard, aff. C-55/94.

³³⁷ WICKERS, N 144 et 145, mentionne l'exemple de la France qui permet à un avocat de conserver après son départ à la retraite des parts dans le capital de la société. Confrontés à des demandes d'inscription de sociétés d'avocats dont une partie du capital serait détenu par des anciens associés, cet auteur explique que les pays dans lesquels cette possibilité n'existe pas devront s'interroger, au cas par cas, sur l'incidence effective de la situation et ne refuser l'inscription que s'ils estiment qu'il s'agit là d'une réponse proportionnée.

³³⁸ KONSTANTINOS TOMARAS, adjoint au chef de l'unité « Libre circulation des professions » au sein de la Direction générale Marché intérieur et services de la Commission européenne, présentation lors de l'*International Conference of Legal Regulators*, 8-9 juillet 2014, Londres.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Ibid.*

Enfin, en cas d'éventuels problèmes ou de manquements constatés par un régulateur concernant une ABS, est-ce que le régulateur en question sera tenu d'informer tous les régulateurs des juridictions dans lesquelles l'ABS dispose d'un établissement³⁴³ ?

En résumé, il y a de nombreuses questions à traiter concernant les ABS et d'autres structures similaires dans un marché très ouvert, lequel est toujours basé sur des différenciations entre chacun des États membres. La manière de répondre à ces questions, d'après KONSTANTINOS TOMARAS, permettra de déterminer comment continuer à avoir un marché très ouvert, pour les ABS et les structures similaires également³⁴⁴.

4. Quelques exemples concrets et développements récents

Si les règles fondamentales de l'État membre d'accueil sont incompatibles avec celles de l'État membre d'origine, ce sont les règles de l'État membre d'accueil qui prévalent. Un exemple est celui des formes juridiques. En France, les avocats peuvent choisir parmi un certain nombre de formes juridiques pour créer leur société. Une SEL offre une responsabilité limitée, mais seulement pour les dettes sociales, car les avocats seront soumis à un régime leur imposant une responsabilité professionnelle illimitée. Ainsi, si une société à responsabilité limitée étrangère souhaite s'établir en France et limiter la responsabilité professionnelle de ses avocats, il y aura un conflit avec la règle fondamentale française et c'est cette dernière qui s'appliquera³⁴⁵.

Par ailleurs, si un État membre d'accueil interdit à ses propres avocats de s'associer au sein d'une société lorsque le capital est détenu en tout ou en partie par des personnes extérieures à la profession ou que le pouvoir de décision y est exercé, en fait ou en droit, par ces dernières, l'État membre d'accueil peut interdire l'établissement d'un groupement étranger autorisant une telle forme.

Une autre question importante est celle qui consiste à déterminer quelles sont les activités réservées aux avocats. En effet, il ne faut pas perdre de vue qu'une activité non réservée aux avocats est susceptible d'être fournie par n'importe

³⁴³ KONSTANTINOS TOMARAS, adjoint au chef de l'unité « Libre circulation des professions » au sein de la Direction générale Marché intérieur et services de la Commission européenne, présentation lors de l'*International Conference of Legal Regulators*, 8-9 juillet 2014, Londres.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ KONSTANTINOS TOMARAS, adjoint au chef de l'unité « Libre circulation des professions » au sein de la Direction générale Marché intérieur et services de la Commission européenne, présentation lors de l'*International Conference of Legal Regulators*, 27-28 juillet 2015, Toronto.

quelle société, peu importe sa forme juridique et qui détient le capital de cette société.

D'une manière générale, KONSTANTINOS TOMARAS constate qu'il existe des blocages parmi les États membres, mais qu'il y a également certains mouvements intéressants. Il cite l'exemple d'un État membre autorisant l'association entre avocats et notaires, alors qu'elle est prohibée dans un autre État membre. Que se passe-t-il dès lors lorsqu'une structure établie dans l'État membre autorisant une telle association souhaite s'établir dans l'État membre qui la prohibe ?

Dans ce cas précis, une solution a été trouvée par le régulateur de l'État membre d'accueil qui a autorisé l'établissement d'une succursale, à la condition que cette dernière se limite à la fourniture de services juridiques excluant toute activité notariale³⁴⁶.

Enfin, il est intéressant de noter une certaine évolution dans l'approche adoptée par les États membres. En effet, en comparant les avis de la profession, des barreaux et des associations de barreau d'il y a cinq ans à ceux d'aujourd'hui, KONSTANTINOS TOMARAS observe une certaine évolution entre ce qui n'était pas acceptable il y a cinq ans et ce qui l'est aujourd'hui³⁴⁷. Il y a cinq ans, l'idée même du test de proportionnalité et d'une évaluation expliquant les raisons d'un refus n'était pas acceptable, alors qu'il s'agit aujourd'hui d'une pratique acceptable. En d'autres termes, les choses évoluent sans une intervention législative, car même si les difficultés existent, les États membres doivent cohabiter ensemble et de manière sensée.

B. L'analyse d'un point de vue économique

La question du niveau de la réglementation s'annonce passionnante ces prochaines années. Est-ce que la plupart des pays vont adopter une réglementation plus libérale afin de garantir à leurs études un *level playing field*³⁴⁸ ? Est-ce que certaines juridictions décideront de résister à ce mouvement de libéralisation et, le cas échéant, quelles en seront les conséquences ?

³⁴⁶ KONSTANTINOS TOMARAS, adjoint au chef de l'unité « Libre circulation des professions » au sein de la Direction générale Marché intérieur et services de la Commission européenne, présentation lors de l'*International Conference of Legal Regulators*, 27-28 juillet 2015, Toronto.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Voir *supra*, p. 16 ss.

ROBERT LEE, qui s'est penché sur le marché des services juridiques en Europe, estime que des réponses disparates concernant le niveau de la réglementation aboutiront inévitablement à des difficultés pour les cabinets d'avocats qui cherchent à pénétrer des marchés non domestiques³⁴⁹. Cette situation nous paraît, en effet, préoccupante, dans la mesure où elle est susceptible de compromettre l'exercice en groupe, au sens de la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise.

Sous l'angle de l'économie, il est intéressant de mentionner l'analyse de FRANK STEPHEN, qui compare les opportunités pour la fourniture de services juridiques transfrontaliers entre une juridiction A, dans laquelle le marché pour des services juridiques est fortement réglementé (que cela soit au niveau des prix, de la publicité et de l'entrée), et une juridiction B, dans laquelle le marché est relativement compétitif³⁵⁰.

D'après FRANK STEPHEN, d'un point de vue économique, les marchés qui sont relativement fermés offrent des rentes plus importantes et sont plus attractifs pour ceux qui peuvent exploiter les droits d'une pratique transfrontalière³⁵¹. Il y aura, certes, des coûts liés à l'établissement sur ces marchés, mais ceux qui seront les mieux placés et avec l'incitation la plus forte pour y entrer seront les cabinets des marchés relativement ouverts. Les cabinets établis sur des marchés plus compétitifs ont, en effet, déjà appris à innover en utilisant différents processus afin de diminuer le coût des services juridiques. En revanche, les cabinets d'avocats des marchés relativement fermés auront peu d'incitation à entrer sur les marchés plus ouverts, car ils ne pourront pas être suffisamment compétitifs.

L'analyse de FRANK STEPHEN est intéressante. Elle suggère, contrairement à ce que l'on pourrait penser, qu'une juridiction dans laquelle le marché est relativement fermé pourrait s'avérer particulièrement attractive pour des concurrents qui seraient présents dans une autre juridiction où le marché serait plus ouvert et, partant, plus compétitif.

En résumé, la décision d'une juridiction de fermer son marché, afin d'éviter ou, à tout le moins, de limiter une concurrence extérieure pourrait, en quelque sorte,

³⁴⁹ LEE, *Liberalisation of legal services in Europe*, p. 201.

³⁵⁰ STEPHEN, *The European single market*.

³⁵¹ *Idem*, p. 119.

s'avérer contre-productive, puisque le résultat obtenu, en se fondant sur l'analyse de FRANK STEPHEN, serait l'inverse de celui escompté : le marché en question deviendrait particulièrement attractif.

Chapitre 5 : Prédiction concernant l'évolution possible

D'après JAMES MOLITERNO, la réglementation de la pratique du droit a besoin des talents de ceux qui peuvent voir le chemin à parcourir³⁵². Nous partageons cette analyse. Il est, en effet, impossible et imprudent de marcher le long d'une route sans jamais regarder où cela mène. Il est dès lors primordial, à notre sens, de comprendre et d'essayer d'anticiper les nouvelles dynamiques du marché dans un horizon, si possible, à moyen et à long terme.

Or les analystes qui se risquent à anticiper les développements du marché des services juridiques dans un horizon de cinq à dix ans sont peu nombreux et ceux qui sont les plus souvent cités sont d'origine anglo-saxonne³⁵³. À notre avis, de telles analyses doivent bien évidemment être prises avec précaution, puisque personne ne peut prédire l'avenir avec certitude.

Il faut dès lors bien être conscient que le marché pourrait évoluer d'une manière différente et/ou à un rythme différent. Il s'agit, en effet, uniquement de suppositions. Nous partons toutefois de l'idée que même si seul un faible pourcentage de ces hypothèses pouvait s'avérer, à l'avenir, correct, ces dernières méritent déjà d'être mentionnées.

Nous allons présenter l'analyse de JORDAN FURLONG, conseiller stratégique et analyste qui prédit l'évolution du marché des services juridiques pour les avocats.

Ce dernier anticipe une évolution du marché en cinq étapes. La première étape est le marché fermé (jusqu'en 2008) (I), alors que la deuxième étape voit l'ouverture d'une brèche dans le marché (2008-2016) (II). Il s'ensuit le marché totalement ouvert (2016-2024) (III), le marché en expansion (2020 et plus) (IV)

³⁵² MOLITERNO, *The Trouble with Lawyer Regulation*, p. 890.

³⁵³ Voir p. ex. SUSSKIND, *The End of Lawyers* ; SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers* ; SUSSKIND, *Transforming the Law* ; FURLONG, *Evolutionary Road*.

et le marché multidimensionnel (V). Nous terminerons par quelques remarques personnelles concernant l'évolution possible (VI).

I. Le marché fermé (jusqu'en 2008)

JORDAN FURLONG décrit cette étape – qu'il considère comme l'étape n° 1 – en ces termes :

« In Stage 1, we lawyers run the show, and we run it to our liking. Not only do we own the only saloon in town, we're also the local sheriff, keeping the peace by prohibiting anyone from opening up a competing tavern »³⁵⁴.

Les avocats, selon JORDAN FURLONG, profitent du luxe d'exercer leur métier à leur guise, avec la certitude que leurs collègues concurrents au sein de la profession ne vont pas créer une pression perturbatrice importante sur les prix ou par des innovations dans la manière de fournir les services juridiques³⁵⁵. Cette situation rend également les avocats vulnérables à la possibilité que des concurrents choisissent d'appliquer des règles du jeu différentes³⁵⁶.

Le point de rupture, d'après JORDAN FURLONG, a eu lieu en 2008 avec l'éclatement de la crise financière et l'adoption du *Legal Services Act* par l'Angleterre et le Pays de Galles, ce qui a mis un terme à une longue période d'un marché juridique centré sur l'avocat³⁵⁷.

II. L'ouverture d'une brèche dans le marché (2008-2016)

Il s'agit de la période dans laquelle nous nous trouvons actuellement.

La fin de la croissance économique et l'éclatement de la bulle (entre 1985 et 2008 environ) ont créé une longue période de désendettement et un taux de croissance économique faible, forçant les clients à réduire leurs dépenses pour des services juridiques et leur donnant également l'occasion et les munitions pour renégocier les termes de leurs arrangements avec leurs fournisseurs de services juridiques³⁵⁸. En même temps, les progrès technologiques rapides (en particulier en ligne) ont réduit les barrières et créé de nombreux points d'entrée sur

³⁵⁴ FURLONG, *Evolutionary Road*, p. 4.

³⁵⁵ *Idem*, pp. 3-4.

³⁵⁶ Voir à ce propos *supra*, p. 16 concernant le *level playing field*.

³⁵⁷ FURLONG, *Evolutionary Road*, p. 6.

³⁵⁸ *Idem*, p. 8.

le marché pour des fournisseurs qui étaient auparavant incapables d'accéder aux consommateurs de services juridiques³⁵⁹.

Ces deux facteurs se combinent et réduisent la demande pour les services fournis par des avocats. JORDAN FURLONG prévient toutefois qu'il ne s'agit pas d'un processus monolithique : certains domaines du droit sont à peine touchés durant cette période alors que d'autres le sont de plein fouet. Le changement survient également à des moments différents, dans des pays différents, accroissant la difficulté de discerner les grandes tendances des événements isolés³⁶⁰.

Le développement le plus important de cette période est l'arrivée en 2012 des ABS en Angleterre et au Pays de Galles (en s'appuyant sur les efforts précurseurs de l'Australie dix ans plus tôt), qui marque le début de la détention et du capital extérieurs à la profession³⁶¹. La présomption de longue date qu'il peut seulement être fait confiance aux avocats pour fournir des services juridiques est remise en question et les responsables d'autres juridictions commencent à étudier de plus près les possibilités de réforme de la réglementation pour ouvrir le marché³⁶².

Une conséquence importante de cette situation est qu'une partie du travail que de nombreux avocats effectuaient est transféré à d'autres fournisseurs, à moindre coût ou avec plus d'efficacité³⁶³.

JORDAN FURLONG estime, en effet, que le secteur juridique a traditionnellement connu un mauvais alignement entre la tâche et la personne qui la fournit, les avocats assumant de nombreuses tâches pour lesquelles ils sont surqualifiés³⁶⁴.

III. Le marché totalement ouvert (2016-2024)

Nous avons successivement présenté le marché juridique traditionnel que nous avons connu durant plusieurs décennies (étape 1) et la perturbation du marché actuelle causée par les nouvelles technologies, une nouvelle concurrence et une nouvelle réglementation (étape 2). L'étape 3 est la suite logique des précédentes étapes.

³⁵⁹ FURLONG, *Evolutionary Road*, p. 8.

³⁶⁰ *Idem*, p. 10.

³⁶¹ *Idem*, p. 11.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ FURLONG, *Evolutionary Road*, p. 9.

Les principaux éléments moteurs de ce changement sont la réduction des barrières aux apports en capitaux par des non-avocats, une augmentation de la concurrence, ainsi que l'explosion de la technologie qui supplante ou parfois même remplace complètement les avocats³⁶⁵.

JORDAN FURLONG reconnaît qu'il y a un prix élevé à payer pour les avocats au cours de cette période de l'évolution du marché : le travail qui avait toujours été considéré par les avocats comme étant dans leur périmètre de chasse gardée est de plus en plus effectué par des fournisseurs extérieurs à la profession³⁶⁶. Il en résulte ainsi, au fil du temps, une profession juridique de plus petite taille.

À vrai dire, l'étape 3 n'est pas toute sombre pour les avocats et comporte aussi son lot d'opportunités. La pratique individuelle a longtemps été synonyme de pratique générale, alors que les praticiens individuels durant cette période se développent dans des marchés de niche et perfectionnent des compétences uniques pour servir des marchés très spécifiques dans une large zone géographique. Les petits cabinets d'avocats collaborent étroitement entre eux, souvent coordonnés par un « entrepreneur général » qui rassemble et combine des équipes de praticiens spécialisés pour collaborer sur des projets spécifiques ponctuels³⁶⁷. Quant au travail qui était autrefois dévolu aux praticiens généralistes, il est le plus souvent de la compétence de larges entités commerciales qui emploient des avocats et des non-avocats, à l'exception, notoire, de la défense pénale qui reste dans la sphère de compétence des avocats³⁶⁸.

La transition ne sera toutefois pas facile, prédit FURLONG : la surveillance des fournisseurs non-avocats connaîtra des difficultés dans ses premières années et il y aura certains scandales où des clients seront abusés par des fournisseurs sans scrupules³⁶⁹.

D'une manière générale, malgré ces incidents, la réglementation du marché des services juridiques aura franchi un nouveau cap : plus de personnes auront plus facilement accès à des services juridiques, lesquels seront alignés de manière plus appropriée aux circonstances.

³⁶⁵ FURLONG, *Evolutionary Road*, p. 14.

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ Il est intéressant de noter, à cet égard, une certaine similitude avec le modèle d'Axiom. Voir *supra*, p. 44 ss.

³⁶⁸ FURLONG, *Evolutionary Road*, p. 16.

³⁶⁹ *Idem*, p. 17.

Une fois encore, JORDAN FURLONG prévient que les dates proposées pour cette étape sont des conjectures. Plus précisément, d'après lui, la vraie question est la suivante :

« How long will lawyers be able to maintain ring-fenced protection of the legal services market from outside intervention? The longer we can hold out, the longer this process will take, and it could be delayed for several years beyond this estimated timeline. But the end result will be the same. The “non-lawyer” genie is out of the bottle and it is not going back in »³⁷⁰.

IV. Le marché en expansion (2020 et plus)

En retirant le travail qui ne nécessitait pas l'expertise des avocats, les forces perturbatrices du marché ont, d'après JORDAN FURLONG, empêché les avocats de lutter dans une catégorie qui n'était pas la leur³⁷¹. Elles ont également permis quelque chose que les avocats n'avaient jamais pu réaliser auparavant : accroître le marché des services juridiques.

Ainsi, si les étapes 2 et 3 peuvent ressembler à une histoire déprimante pour les avocats, l'étape 4 est différente :

« By the time Stage 4 comes about — and I believe parts of it could start emerging during Phase 3 — lawyers will be surprised and delighted to see a much larger and more dynamic market emerge. And in those circumstances, we won't really mind having more people digging into what will have become a much bigger pie »³⁷².

Le processus continu du jeu de la concurrence et de l'innovation a ainsi considérablement réduit le coût interne et externe de nombreux produits et services juridiques, avec pour conséquence un élargissement des marchés.

Seule une poignée de sociétés dans le monde, qui fournissent un savoir juridique, des documents et des processus, lesquels s'appuient sur une efficacité redoutable, une standardisation de la production, des prix hautement compétitifs et une livraison rapide, se font concurrence pour gagner des parts de marché³⁷³. Aucun cabinet d'avocats du 20^e siècle ne peut survivre dans ce marché et peu d'avocats du 21^e siècle veulent faire ce travail.

³⁷⁰ FURLONG, *Evolutionary Road*, p. 17.

³⁷¹ *Idem*, p. 19.

³⁷² FURLONG, *Evolutionary Road*, p. 21.

³⁷³ *Ibid.*

C'est à ce moment-là que les avocats voient leur résurrection, prédit JORDAN FURLONG. D'après le spécialiste mondial de l'innovation, CLAYTON CHRISTENSEN, alors que les innovations d'efficience – qui réduisent le coût de la production et de la distribution des produits et services – détruisent des emplois, les innovations perturbatrices – qui transforment des produits compliqués, coûteux et peu accessibles en produits simples, abordables et disponibles – créent des emplois³⁷⁴. Ainsi, alors que les étapes 2 et 3 ont apporté des innovations d'efficience pour le droit au détriment de nombreux emplois pour les avocats, les étapes 3 et 4 inaugurent l'ère de l'innovation perturbatrice, durant laquelle les perspectives d'emplois réapparaissent, plus fortes que par le passé³⁷⁵. Une pratique du droit proactive, basée sur la gestion des risques et la réduction des problèmes, redécouvre ainsi sa valeur marchande.

Comme le monde est devenu plus complexe et déroutant, le travail juridique de haut niveau, exigeant et très bien rémunéré, connaît, à cette époque, une renaissance³⁷⁶.

V. Le marché multidimensionnel

L'étape 5 de l'évolution du marché des services juridiques est la seule durant laquelle les avocats sont les propres acteurs du changement. Alors que pendant les quatre dernières étapes, ils ont été des spectateurs impuissants ou des acteurs répondant au marché, les avocats pourront déplacer leur pion en premier durant cette période, prédit JORDAN FURLONG³⁷⁷. Elle pourrait très bien se chevaucher avec l'étape 4 et il est même possible que nous puissions déjà voir quelques exemples durant l'étape 3.

Comme les avocats auront vu leurs champs d'activités traditionnelles réduits par la concurrence, ils chercheront alors de nouvelles fonctions et de nouveaux objectifs sociaux et commerciaux. L'étape 5 arrivera, en quelque sorte, lorsque les avocats se seront réinventés³⁷⁸. Ils devront se poser les questions suivantes d'après JORDAN FURLONG :

³⁷⁴ <http://techcrunch.com/2012/10/09/clayton-christensen-disruptive-innovations-create-jobs-efficiency-innovations-destroy-them>.

³⁷⁵ FURLONG, *Evolutionary Road*, p. 22.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ FURLONG, *Evolutionary Road*, p. 26.

³⁷⁸ *Ibid.*

« *Why do people turn to us? What do we bring to the table? With which traits and skills are we associated, and for which of these are we most valued? What do we offer that matters in an interconnected, unstable, and hopelessly complicated world?* »³⁷⁹.

L'étape 5 marquera la fin de l'évolution du marché des services juridiques, mais il ne s'agira, en réalité, que du début de l'évolution de la profession d'avocat³⁸⁰.

VI. Quelques remarques personnelles

Il est frappant de constater à quel point certaines professions réglementées sont aujourd'hui déstabilisées par l'arrivée de nouveaux entrants sur leur marché (on pense notamment aux chauffeurs de taxi avec la société Uber). Nous ne voyons pas pour quelle raison il devrait en aller différemment s'agissant des avocats.

Avec l'intrusion de nouveaux acteurs désireux de s'imposer sur le « marché du droit » et d'apporter de nouvelles formes innovantes de services, le marché risque d'être bousculé, engendrant une importante pression sur les prix. Pour rester compétitives, les études d'avocats devront être capables de répondre aux nouveaux besoins du marché, qui seront principalement dictés par les clients. Les avocats devront faire un choix : abandonner certains domaines d'activité moins rentables ou réduire leurs coûts, tout en augmentant leur productivité.

Si les avocats entendent rester les principaux fournisseurs de services juridiques – ce qui serait souhaitable d'après nous –, ils devront inventer de nouvelles formes d'exercice (rapprochant les clients des avocats) et privilégier une facturation selon des tarifs forfaitaires. Nous pensons que les nouvelles options d'emploi seront situées en dehors des quatre murs des études d'avocats traditionnelles³⁸¹, le plus souvent directement là où les clients auront besoin des services³⁸². En résumé, la réglementation devra être suffisamment flexible pour permettre aux avocats de rester compétitifs s'ils souhaitent innover et s'adapter à leur nouvel environnement, tout en continuant de rester un gage de sécurité pour les avocats et les clients.

³⁷⁹ FURLONG, *Evolutionary Road*, p. 26.

³⁸⁰ FURLONG, *Evolutionary Road*, p. 29. La synthèse finale de WICKERS, dans son ouvrage intitulé « La grande transformation des avocats », rejoint en quelque sorte l'analyse de FURLONG : « Les avocats appartiennent indiscutablement à l'ancien monde, celui qui est en train de disparaître. Mais ils ont leur place dans le nouveau, celui qui est en train de naître. À une condition, démontrer qu'ils la méritent, en accomplissant la tâche qui est la contrepartie de leurs privilèges, assurer l'accès de tous au droit et à la justice » (N 481).

³⁸¹ Dans ce sens également, FURLONG, *The New World of Legal Work*, p. 32.

³⁸² Pour une illustration des avantages offerts par les ABS en termes de flexibilité, voir *infra*, p. 146.

Conclusions

Nous avons examiné les changements survenus sur le marché des services juridiques ces dernières années qui ont donné lieu à une vision plus libérale et moins traditionnelle de la réglementation de la profession d'avocat, plus particulièrement sous l'angle de l'organisation des structures d'exercice.

Comme nous l'avons vu, les pressions subies par la profession sont nombreuses et multiformes : il s'agit, en particulier, de l'augmentation de la concurrence, de l'impact des technologies de l'information et de la communication (y compris la dématérialisation des cabinets d'avocats), de l'influence de la mondialisation, de l'externalisation, des attentes de la nouvelle génération et des conséquences de la crise économique.

De plus, le modèle traditionnel de l'étude d'avocats, caractérisé par un exercice individuel de la profession, est remis en question. D'une manière générale, les praticiens revendiquent aujourd'hui une liberté d'organisation qui se traduit par la possibilité d'utiliser le véhicule juridique de leur choix (peu importe qu'il s'agisse d'une entité dotée de la personnalité juridique ou non), ainsi que par la possibilité de s'associer avec des tiers qui ne sont pas des avocats. En d'autres termes, l'étude d'avocats est de plus en plus perçue comme une entreprise comme une autre.

Malgré cette tendance, il ne faut pas perdre de vue, à notre sens, que l'avocat joue un rôle fondamental dans nos sociétés. Il est, en effet, un auxiliaire de la justice et un pilier de l'État de droit. Le cabinet d'avocats est dès lors, certes, une entreprise comme une autre, *mais une entreprise d'un genre particulier*.

Ces pressions et cette remise en question du modèle traditionnel de l'étude d'avocats ont profondément bouleversé la profession d'avocat ces vingt dernières années. Ainsi, de nombreuses juridictions ont pris la décision d'examiner ou de réexaminer, sous différents angles, leur modèle de réglementation³⁸³.

Par ailleurs, nous avons également examiné la particularité d'un marché dans lequel plusieurs modes réglementaires coexistent, ce qui engendre des tensions. Or, ces tensions sont aujourd'hui exacerbées par le fait qu'une approche économique est privilégiée, celle de l'ordre marchand, au détriment de l'ordre professionnel. Cette tendance, malgré les préoccupations et les protestations des ordres professionnels – parfois légitimes – semble inéluctable et aura des conséquences pour les praticiens et les justiciables, qu'ils le veuillent ou non. En particulier, le *statu quo*, c'est-à-dire le maintien de ce qui a toujours été fait jusqu'à présent de manière traditionnelle, devient de plus en plus difficile à justifier lorsqu'il s'agit de réglementer la profession d'avocat.

Un tel environnement est susceptible d'engendrer plus facilement des niveaux de réglementation différents d'une juridiction à l'autre, suivant l'approche qui est privilégiée. Or, des différences de niveau de réglementation peuvent avoir un impact important, en particulier sur un marché comme celui de l'Union européenne, où la libre circulation des avocats a non seulement été prévue pour les praticiens, mais aussi pour l'exercice de la profession en groupe, c'est-à-dire sous la forme d'une société d'avocats.

Nous avons finalement conclu en présentant un scénario possible de l'évolution du marché des services juridiques pour les avocats ces prochaines années.

³⁸³ Lors de l'*International Conference of Legal Regulators* qui s'est tenue à Londres les 8 et 9 juillet 2014, Darrel Pink, le CEO de la *Nova Scotia Barristers Society*, relevait que la réglementation actuelle en Nouvelle-Écosse, au Canada – soumise à un processus de réexamen – est basée sur une profession juridique qui a probablement disparu il y a vingt ans. L'ancien modèle était basé sur le praticien individuel, le plus souvent un généraliste. Aujourd'hui, de nombreux avocats exercent dans des organisations très sophistiquées et sont généralement des spécialistes.

Deuxième partie :

La réglementation dans différents
ordres juridiques

Chapitre 6 : Remarques concernant l'approche choisie

Nous allons, dans un premier temps, expliquer le but de notre approche (I) et, ensuite, présenter et justifier le choix des différents ordres juridiques que nous avons retenus (II). Nous exposerons, par ailleurs, l'approche méthodologique que nous avons choisie (III). Enfin, nous aborderons brièvement la question de la réglementation de la profession d'avocat dans la perspective des différentes traditions juridiques existantes (IV).

I. Le but

Pourquoi aborder la réglementation des sociétés d'avocats sous l'angle du droit comparé ? Le droit comparé est avant tout une source d'inspiration. Comme le relèvent ZWEIGERT et KÖTZ, « [l]egislators all over the world have found that on any matters good laws cannot be produced without assistance of comparative law, whether in the form of general studies or of reports specially prepared on the topic in question »³⁸⁴.

La concurrence entre les ordres juridiques permet ainsi d'apprendre si une réglementation proposée fonctionne dans d'autres ordres juridiques ou non. Autrement dit, la diversité des systèmes juridiques est un avantage et rend l'innovation de la réglementation plus facile³⁸⁵.

Nous retenons ainsi l'approche de JAN M. SMITS qui relève, en ces termes, ce qui suit :

*« Looking at other countries' solutions to legal problems shows whether or not these solutions function well. In this way, States are indeed experimenting laboratories': an experiment elsewhere can be an enlightening or frightening example »*³⁸⁶.

³⁸⁴ ZWEIGERT/KÖTZ, *Introduction to comparative law*, p. 16.

³⁸⁵ SMITS, *Legal Engineering*, p. 55.

³⁸⁶ *Idem*, pp. 55-56.

Dans un domaine comme celui de la réglementation des sociétés d'avocats, nous pensons qu'il est indispensable d'aborder le sujet sous l'angle du droit comparé, afin de pouvoir bénéficier des expériences et de l'approche d'autres pays. En particulier, certains pays, comme l'Australie, peuvent se prévaloir d'une longue expérience de la réglementation des sociétés d'avocats, qui est naturellement riche en enseignements.

II. Les ordres juridiques choisis

Le choix des ordres juridiques est important. Il doit s'appuyer, avant tout, sur une légitimité et une cohérence, au risque de s'adonner à du tourisme juridique, ce qui doit être évité. Il peut, par exemple, être intéressant de choisir des ordres juridiques très différents comme source d'inspiration ou alors selon l'importance politique d'un État.

Dans le contexte des sociétés d'avocats, le choix des ordres juridiques anglo-saxons, avec en figures de proue l'Angleterre et les États-Unis, s'impose, d'après nous, comme une évidence. Il faut, en effet, reconnaître que c'est dans ces deux pays que l'activité juridique est la plus importante. Les professionnels du droit y jouent un rôle économique considérable et nombreux sont ceux qui s'installent à l'étranger. C'est à Londres que des cabinets de taille mondiale ont pris naissance et c'est là que se trouve aujourd'hui encore le centre décisionnel de ces cabinets présents en Allemagne, en France et dans plusieurs autres États européens³⁸⁷. Ainsi, d'après HEINZ WEIL, ce qui se passe en Angleterre est d'un intérêt certain pour le reste de l'Europe³⁸⁸. De plus, le choix de l'Australie s'impose aussi, dans la mesure où ce pays fait figure de pionnier en matière de réglementation des sociétés d'avocats.

Avec ces trois pays anglo-saxons, nous disposons d'un panel de comparaison intéressant, d'autant plus que l'Angleterre et le Pays de Galles ont récemment modifié leur réglementation en adoptant le *Legal Services Act 2007*. La comparaison entre l'Australie et l'Angleterre, d'une part, et les États-Unis, d'autre part, se révèle passionnante, puisque les deux premiers pays affichent un certain libéralisme concernant la réglementation des sociétés d'avocats, alors que l'approche aux États-Unis est encore largement traditionnelle, comme nous le verrons.

Par ailleurs, compte tenu des spécificités de notre pays, géographiquement situé au cœur de l'Europe, mais non-membre de l'Union européenne, il était aussi

³⁸⁷ WEIL, *Le cabinet d'avocats*, p. 32.

³⁸⁸ *Ibid.*

indispensable d'aborder la situation de la réglementation des sociétés d'avocats dans certains pays membres de l'Union européenne. Nous présenterons ainsi quelques développements concernant la réglementation en France, en Suède et au Danemark.

Enfin, ce travail a été l'occasion de procéder à plusieurs échanges avec des responsables des délégations des pays membres du CCBE, auxquels nous avons adressé des questions concernant la réglementation des sociétés d'avocats dans leurs pays respectifs. L'annexe 1 présente, sous la forme d'un tableau, une synthèse des différentes réponses que nous avons reçues et qui n'ont pas fait l'objet d'un développement spécifique dans le cadre de ce travail.

III. L'approche méthodologique choisie

En droit comparé, deux méthodes d'approche différentes sont envisageables : soit on réalise une étude, pays par pays, suivie d'une analyse ; soit on décide de subdiviser des questions ponctuelles, qui seront ensuite analysées sous l'angle des différents ordres juridiques que l'on compare³⁸⁹. Chacune de ces approches comporte des avantages et des inconvénients. Nous avons décidé, dans le cadre de ce travail, d'opter pour la première méthode, qui nous paraît la plus adéquate, car elle permet de mettre l'accent de manière plus pertinente sur certaines spécificités d'un ordre juridique.

Par ailleurs, il est prudent de prendre certaines précautions en étudiant un ordre juridique étranger³⁹⁰. D'une part, il y a le risque de voir beaucoup de choses d'un œil trop positif et de manière trop simplifiée, ce que certains appellent « faire du tourisme juridique » et qui doit être évité³⁹¹. D'autre part, il faut se méfier de ce que l'on appelle les « faux amis ». Il est parfois possible, en effet, de voir quelque chose qui semble similaire à notre ordre juridique, alors que les concepts sont éloignés³⁹². À cet égard, il ne faut jamais perdre de vue que nous sommes sans aucun doute marqués, de manière quasi indélébile, par notre ordre juridique d'origine et qu'il est possible qu'un problème ne se pose pas de la même manière à l'étranger³⁹³. Il s'agira d'être attentif à ce qui précède.

³⁸⁹ LUKAS HECKENDORN URSCHER, vice-directeur de l'Institut suisse de droit comparé (ISDC), présentation lors de la Journée doctorale à l'ISDC, 10 décembre 2013, Lausanne.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ *Ibid.*

IV. La réglementation de la profession d'avocat et les traditions juridiques

Il existe des différences entre les systèmes juridiques de *common law* et de droit civil à propos de la réglementation de la profession d'avocat. Nous allons mentionner ici brièvement quelques exemples afin d'illustrer certaines similitudes et différences.

Si l'on prend les États-Unis et les pays de l'Union européenne, MAYA BOLOCAN a observé les similitudes suivantes :

« [...] [T]he core values of the legal profession in the United States and European countries stem from the same roots and are based on similar central principles: professional competence, protection of the client's confidences, avoidance of conflicts of interests that would impair the impartiality of the lawyer and independent professional judgment »³⁹⁴.

L'approche adoptée aux États-Unis concernant les conflits d'intérêts est cependant différente de celle des pays européens de tradition civiliste³⁹⁵. Aux États-Unis, les codes permettent à un client de renoncer à la plupart des conflits d'intérêts qui pourraient survenir, à condition qu'il soit parfaitement informé et donne son consentement. Une telle renonciation n'est généralement pas possible dans les pays de tradition civiliste.

Par ailleurs, si l'indépendance professionnelle est un principe fondamental qui s'applique aux avocats dans tous les systèmes juridiques ou, à tout le moins, dans la plupart, ce principe a des significations différentes aux États-Unis et dans les pays européens de tradition civiliste. Alors que pour les premiers, le principe se réfère au fait qu'il est important que la profession conserve un degré d'autoréglementation par rapport aux interférences qui pourraient être causées par le législateur ou d'autres organismes gouvernementaux, les pays européens de tradition civiliste ont généralement une conception de l'indépendance professionnelle et de l'autonomie à l'égard du client³⁹⁶.

Aux États-Unis et en Europe, le secret professionnel est un élément fondamental du travail de l'avocat³⁹⁷. Dans les pays européens de tradition civiliste, un tel principe n'est généralement pas seulement considéré servir l'intérêt du client,

³⁹⁴ BOLOCAN, *Professional Legal Ethics*, p. 101.

³⁹⁵ *Idem*, p. 10.

³⁹⁶ *Idem*, pp. 10-11.

³⁹⁷ *Idem*, p. 30.

mais aussi l'intérêt public. En revanche, dans les pays de *common law*, la confidentialité est principalement considérée comme un droit du client, ce dernier pouvant ainsi libérer l'avocat du secret.

Ce qui précède s'explique par des perceptions culturelles et éthiques différentes, par des variations dans les systèmes juridiques et par des différences en ce qui concerne l'organisation de la profession juridique³⁹⁸. À ce propos, ROGER CRAMTON a constaté ce qui suit :

*« It is not surprising that the law of lawyering, even though it has common elements, is highly variable across national lines. Details of judicial process vary from state to state, and the local creation of bar norms and its later embodiment in codes of conduct grows out of historical developments that have many unique aspects [...]. Moreover, those professionals who are labeled "lawyers" perform somewhat different functions in different countries »*³⁹⁹.

De plus, il serait faux de penser que des différences existent uniquement entre les pays représentés par ces deux traditions juridiques. Les pays de droit civil sont également marqués par des différences suivant qu'ils sont issus du droit romaniste, germanique ou scandinave. Par exemple, la conception du secret professionnel est différente en France et en Allemagne. Selon la conception française, la protection du secret professionnel relève avant tout de l'intérêt public et revêt un caractère absolu⁴⁰⁰. Dans la conception germanique, elle relève avant tout de l'intérêt du client et le secret peut être levé dans certaines circonstances avec un caractère contraignant pour l'avocat⁴⁰¹.

Il existe, enfin, des particularités propres à certains pays qui ne se retrouvent nulle part ailleurs. Il suffit de songer, par exemple, à la Pologne. Dans ce pays, il existe traditionnellement deux professions pouvant représenter des clients et leur donner des conseils juridiques : les avocats (*adwokaty*) et les conseillers juridiques (*radcy prawni*)⁴⁰². Bien que ces deux professions soient aujourd'hui pratiquement identiques, il existe toujours deux ordres séparés : l'Ordre des avocats et l'Ordre des conseillers juridiques⁴⁰³.

³⁹⁸ BOLOCAN, *Professional Legal Ethics*, p. 101.

³⁹⁹ CRAMTON, *A Comparative Look*, p. 268.

⁴⁰⁰ CORBOZ, p. 759, N 2 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, ad art. 13, N 66 ss.

⁴⁰¹ CORBOZ, p. 759, N 2 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, ad art. 13, N 66 ss.

⁴⁰² Courriel du 9 juin 2014 de Me DOMINIKA STĘPIŃSKA-DUCH, cheffe de délégation pour la Pologne au sein du CCBE.

⁴⁰³ *Ibid.*

En résumé, la profession d'avocat partage des valeurs fondamentales similaires dans de nombreux ordres juridiques, mais ces dernières ont parfois des portées et des significations différentes. Le constat récent de l'IBA suite à son enquête menée auprès de plus de 90 pays confirme ce qui précède et justifie pleinement l'importance et la nécessité d'une démarche comparative :

« [A] close examination of the data suggests something that the IBA understands that as lawyers there is more that we have in common across boundaries than there is that separates us »⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ IBA Global Regulation and Trade in Legal Services Report 2014, p. 3.

Chapitre 7 : Australie

Nous allons, dans un premier temps, présenter le contexte de la réforme qui a donné naissance en Australie à l'un des systèmes les plus libéraux au monde en ce qui concerne la réglementation des sociétés d'avocats (I). Nous nous pencherons ensuite, plus spécifiquement, sur la réglementation des sociétés d'avocats en Nouvelle-Galles du Sud en vigueur jusqu'au 30 juin 2015 (II), avant de nous intéresser à la nouvelle réglementation (III). Ce sera le moment de présenter deux études d'avocats qui ont été introduites à la bourse australienne, dont l'une a cessé ses activités récemment (IV). Nous concluons, enfin, par une analyse (V).

I. Le contexte de la réforme

Traditionnellement, les avocats en Australie exerçaient seuls ou en partenariat avec d'autres avocats. Les autres formes d'organisation n'étaient pas admises et le partenariat était considéré comme la seule structure appropriée pour préserver l'indépendance de la profession⁴⁰⁵. Cette configuration a été la structure juridique dominante durant tout le 20^e siècle⁴⁰⁶.

Au cours de la dernière décennie du 20^e siècle, de nombreuses réformes ont été introduites en Australie. Elles visaient, par exemple, l'abolition des honoraires fixes, la possibilité pour les avocats de faire de la publicité, l'abolition formelle d'une profession divisée dans certains États, l'autorisation de pratiquer sous la forme d'une société et l'admission des pratiques multidisciplinaires dans certains États⁴⁰⁷.

En juillet 1994, le *Law Council of Australia* – l'association qui représente la profession juridique en Australie – a publié un rapport dans lequel était défini

⁴⁰⁵ MARK, *Regulating for Professionalism*, p. 5.

⁴⁰⁶ MARK et al., *Preserving the Ethics*, p. 3.

⁴⁰⁷ Pour une présentation complète, voir LAMB/LITTRICH, p. 116 ss.

un programme de réformes pour la profession juridique⁴⁰⁸. Ce rapport proposait plusieurs objectifs de réformes, dont le premier était de s'assurer que les principes de la politique de concurrence en vigueur en Australie s'appliquaient à la profession d'avocat⁴⁰⁹.

En 2001, le *Standing Committee of Attorney-General* (ci-après : le SCAG), dont le rôle consiste à développer des modèles de lois uniformes afin de réduire les différences entre les juridictions, a reconnu la nécessité d'une approche plus uniforme de la réglementation de la profession d'avocat et a convenu qu'un projet de loi-type soit préparé.

Après un premier projet de loi-type en 2004, le SCAG a publié une seconde édition en août 2006 (avec des corrections mineures publiées le 6 février 2007)⁴¹⁰. L'une des innovations majeures de cette loi-type est de permettre aux avocats australiens de créer des sociétés conformément au droit des sociétés australien (*Corporations Act 2001*) et sans aucune restriction concernant la détention des actions ou le type de commerce envisagé.

Entre 2004 et 2009, toutes les juridictions, à l'exception de l'Australie-Méridionale (*South Australia*), ont adapté leur législation dans le sens de la loi-type⁴¹¹. Cependant, malgré les apports précieux de la loi-type, un cadre national unique n'a pas pu être réalisé en raison des différences entre les juridictions. Pour ce motif, le *Council of Australian Governments* (ci-après : le COAG) a décidé en février 2009 de mettre en place un agenda pour une réforme. Il a désigné un groupe de travail chargé de préparer un projet de loi. Après une procédure de consultation, la version finale du projet a été présentée au COAG fin 2010.

⁴⁰⁸ Law Council of Australia, *Blueprint for the Structure of the Legal Profession: A national Market for Legal Services*, juillet 1994, disponible sur : <http://www.lawcouncil.asn.au/lawcouncil/images/LCA-PDF/a-z-docs/BLEUPRINT.pdf>.

⁴⁰⁹ *Idem*, p. 3.

⁴¹⁰ Legal profession – model laws project, *Model Bill (Model Provisions)*, 2^e éd., août 2006, disponible sur : <http://www.pcc.gov.au/uniform/pcc-legal-prof-2006-d21.pdf>.

⁴¹¹ *Legal Profession Act 2004* (NSW), entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2005 ; *Legal Profession Act 2004* (Vic), entrée en vigueur le 12 décembre 2005 ; *Legal Profession Act 2006* (ACT), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 ; *Legal Profession Act 2006* (NT), entrée en vigueur le 31 mars 2007 ; *Legal Profession Act 2007* (Qld), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007 ; *Legal Profession Act 2007* (Tas), entrée en vigueur le 9 avril 2008 ; *Legal Profession Act 2008* (WA), entrée en vigueur le 1^{er} février 2009.

Lors de l'assemblée du 13 février 2011, le COAG a donné son accord de principe pour régler la réforme des professions juridiques avant mai 2011 (à l'exception de l'Australie-Occidentale (*Western Australia*) et de l'Australie méridionale (*South Australia*))⁴¹². Plus tard, la Tasmanie (*Tasmania*) et le Territoire de la capitale australienne (*Australia Capital Territory*) ont également émis des réserves concernant le régime national. Le Queensland, enfin, a annoncé qu'il ne participerait pas au plan national⁴¹³.

Le 5 décembre 2013, les gouvernements de Nouvelle-Galles du Sud et de l'État de Victoria ont conclu un accord intergouvernemental formalisant leur participation au nouveau régime⁴¹⁴.

Depuis le 1^{er} juillet 2015, le *Legal Profession Act* 2004 (NSW) en Nouvelle-Galles du Sud et le *Legal Profession Act* 2004 (Vic) dans l'État de Victoria ont été remplacés par le *Legal Profession Uniform Law*.

Nous allons examiner plus en détail la réglementation en Nouvelle-Galles du Sud en vigueur jusqu'au 30 juin 2015 (II). Nous présenterons ensuite, dans les grandes lignes, la nouvelle réglementation en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2015 (III).

II. La réglementation en Nouvelle-Galles du Sud en vigueur jusqu'au 30 juin 2015

Après une brève introduction (A), nous exposerons les principes qui ont été prévus pour réglementer les sociétés d'avocats en Nouvelle-Galles du Sud (B). Nous terminerons en présentant un bilan de la réglementation (C).

A. Introduction

Le 1^{er} juillet 2001, lors de l'entrée en vigueur du *Legal Profession Amendment (Incorporated Legal Practices) Act* 2000, la Nouvelle-Galles du Sud est devenue la première juridiction au monde à complètement déréglementer la pratique du droit, c'est-à-dire à autoriser l'exercice du métier d'avocat en société, sans

⁴¹² COAG Meeting, le 13 février 2011, disponible sur : <https://www.coag.gov.au/node/77>.

⁴¹³ The Law Society of New South Wales, A new framework for practising law in NSW, disponible sur : <http://www.lawsociety.com.au/ForSolicitors/advocacy/nationallegalreform/index.htm>.

⁴¹⁴ Intergovernmental Agreement, disponible sur : <http://www.lawsociety.com.au/ForSolicitors/advocacy/nationallegalreform/1050973>.

aucune restriction quant à savoir qui détient des actions ou quel type de service est proposé⁴¹⁵.

Cette loi a ensuite été abrogée et a fait place au *Legal Profession Act 2004* (ci-après : LPA), entré en vigueur le 1^{er} octobre 2005. Ces réformes ont donné lieu à d'importants débats. L'autorisation d'une participation extérieure dans des sociétés d'avocats soulève, en effet, une multitude de questions. En particulier, il s'agissait de déterminer, d'une part, comment concilier les obligations professionnelles des praticiens qui s'opposent aux devoirs des actionnaires envers la société et, d'autre part, comment concilier le secret professionnel des praticiens avec les exigences de publication requises par l'*Australian Corporation Act 2001*⁴¹⁶.

La partie 2.6 LPA, reproduite à l'annexe 2, réglemente la fourniture de services juridiques par des sociétés (Division 2) et par des associations multidisciplinaires (Division 3) en Nouvelle-Galles du Sud. Nous allons présenter les principes mis en place pour réglementer la fourniture de services juridiques par des sociétés, étant précisé que ces principes sont relativement semblables à ceux qui existent pour les associations multidisciplinaires.

B. Les principes

Les principales caractéristiques de la réglementation reposent sur un devoir d'annonce au régulateur (1), la mise en place d'un *legal practitioner director* (2) et des systèmes de gestion appropriés (3). Différentes obligations sont, en outre, imposées aux non-avocats, aux membres de la société et au public (4). Le régulateur dispose, enfin, du pouvoir d'interdire à une société de fournir des services juridiques (5).

1. Devoir d'annonce

Une *incorporated legal practice* (ci-après : ILP) est définie comme suit (LPA § 134) :

« [...] *a corporation that engages in legal practice in this jurisdiction, whether or not it also provides services that are not legal services* ».

⁴¹⁵ PARKER, *Peering Over the Ethical Precipice*, p. 6 ss.; GORDON et al., *Regulating Law Firm Ethics Management*, p. 3.

⁴¹⁶ MARK/GORDON, *Innovations in Regulation*.

Un nouveau droit a été créé à la section 136(1) LPA qui autorise « *any corporation [...] [to be] eligible to be an incorporated legal practice* ».

L'ILP est tenue d'annoncer au régulateur son intention de commencer à fournir des services juridiques (LPA § 137(1)).

2. *Legal practitioner director*

Une ILP doit avoir au moins un *legal practitioner director* (LPA §140(1)). Ce dernier, qui sera responsable de la gestion des services juridiques fournis par l'ILP (LPA §140(2)), doit être un avocat au bénéfice d'une autorisation de pratiquer (LPA §133). Une ILP qui n'a pas de *legal practitioner director* durant une période de plus de sept jours commet une infraction (LPA §142(1)). STEVE MARK explique que le but de ces règles consiste à s'assurer qu'un praticien maintienne un intérêt direct et une responsabilité dans la gestion des services juridiques au sein de la société⁴¹⁷.

Par ailleurs, le *legal practitioner director* est responsable de la mise en place et du maintien des systèmes de gestion appropriés (*appropriate management systems*) pour permettre la fourniture de services juridiques, conformément aux obligations professionnelles des praticiens et aux autres obligations imposées par la loi (LPA §140(3)(a)). Dans ce cadre, il doit veiller à ce que le respect de ces obligations ne soit pas compromis par d'autres directeurs ou employés de la société (LPA §140(3)(b)). Le fait de ne pas mettre en place et de ne pas maintenir de tels systèmes est considéré comme une faute professionnelle (LPA § 140(5)).

De plus, la loi impose également au *legal practitioner director* les obligations suivantes :

« (4) *If it ought reasonably to be apparent to a legal practitioner director of an incorporated legal practice that the provision of legal services by the practice will result in breaches of the professional obligations of Australian legal practitioners or other obligations imposed by or under this Act, the regulations or the legal profession rules, the director must take all reasonable action available to the director to ensure that:*

(a) the breaches do not occur, and

(b) appropriate remedial action is taken in respect of breaches that do occur ».

⁴¹⁷ MARK, *Regulating for Professionalism*, p. 12.

Ce qui précède inclut également un devoir d'annonce au régulateur⁴¹⁸.

BENEDICT SHEEHY décrit la fonction du *legal practitioner director* en ces termes :

« *The LPD is motivated to fulfil the duties respecting appropriate management systems and professional obligations by a potential of a finding of professional misconduct against the LPD where the system is inappropriate or the breaches and their remedy not addressed appropriately* »⁴¹⁹.

Relevons, enfin, que la loi exige pour les associations multidisciplinaires que tous les avocats de l'étude – et pas seulement un *legal practitioner director* – soient responsables de la mise en place et du maintien des systèmes de gestion appropriés (LPA §168).

3. Systèmes de gestion appropriés

La loi ne dit pas ce qu'il faut entendre par « systèmes de gestion appropriés ». L'*Office of the Legal Services Commission* (ci-après : l'OLSC), dont le rôle consiste à auditer les ILP, a défini des critères essentiels afin de vérifier si une ILP a mis en place les systèmes de gestion appropriés exigés par la loi.

L'OLSC a développé une série de dix objectifs⁴²⁰ :

1. *Negligence (providing for competent work practices).*
2. *Communication (providing for effective, timely and courteous communication).*
3. *Delay (providing for timely review, delivery and follow up of legal services).*
4. *Liens/file transfers (providing for timely resolution of document/file transfers).*
5. *Cost disclosure/billing practices/termination of retainer (providing for shared understanding and appropriate documentation on commencement and termination of retainer along with appropriate billing practices during the retainer).*

⁴¹⁸ MARK/GORDON, *Innovations in Regulation*, pp. 506-507 ; GORDON et al., *Regulating Law Firm Ethics Management*, p. 7.

⁴¹⁹ SHEEHY, *From Law Firm to Stock Exchange Listed Law Practice*, p. 16.

⁴²⁰ Office of the Legal Services Commissioner, disponible sur : http://www.olsc.nsw.gov.au/Pages/lsc_practice_management/lsc_practice_management.aspx.

6. *Conflict of interests (providing for timely identification and resolution of “conflict of interests”, including when acting for both parties or acting against previous clients as well as potential conflicts which may arise in relationships with debt collectors and mercantile agencies, or conducting another business, referral fees and commissions etc).*
7. *Records management (minimising the likelihood of loss or destruction of correspondence and documents through appropriate document retention, filing, archiving etc and providing for compliance with requirements regarding registers of files, safe custody, financial interests).*
8. *Undertakings (providing for undertakings to be given, monitoring of compliance and timely compliance with notices, orders, rulings, directions or other requirements of regulatory authorities such as the OLSC, courts, costs assessors).*
9. *Supervision of practice and staff (providing for compliance with statutory obligations covering licence and practising certificate conditions, employment of persons and providing for proper quality assurance of work outputs and performance of legal, paralegal and non-legal staff involved in the delivery of legal services).*
10. *Trust account requirements (providing for compliance with Part 3.1 Division 2 of the Legal Profession Act 2004 (NSW) and proper accounting procedures).*

Un document type d'autoévaluation a été mis à la disposition des *legal practitioner directors* par l'OLSC, afin de permettre à ces derniers d'évaluer la pertinence de leurs systèmes de gestion. Ce dernier est reproduit à l'annexe 3. Le document prend notamment en compte la taille, le type de travail et la nature des opérations de différentes ILP.

Le *legal practitioner director* évalue la conformité des systèmes de gestion de l'ILP à l'aune de chacun des dix objectifs précités, soit comme étant entièrement conformes, conformes, partiellement conformes, ou non conformes. Il envoie ensuite le formulaire à l'OLSC pour examen⁴²¹.

Lorsque les objectifs sont évalués comme étant entièrement conformes et que l'OLSC donne son aval, il est procédé à la constitution de l'ILP, sans autres démarches⁴²². Lorsque l'autoévaluation indique une conformité partielle ou une non-conformité, l'OLSC entre en dialogue avec le *legal practitioner director*

⁴²¹ MARK, *Commercialisation of Legal Practice*, p. 9.

⁴²² MAUTE, *Global Continental Shifts*, p. 17.

pour l'aider à identifier et à mettre en place les mécanismes qui permettront à l'ILP d'être conforme aux objectifs⁴²³.

Le processus d'autoévaluation permet ainsi aux études d'être autonomes dans le développement d'une infrastructure éthique adaptée à leurs propres particularités⁴²⁴. Cette autonomie est d'autant plus importante que la loi autorise à la fois les études multidisciplinaires et les investissements extérieurs.

D'après STEVE MARK, « [o]ne of the most important features of this framework, aside from the fact that it promotes ethics and professionalism is that we are not only regulating lawyers per se as appropriate management systems apply to all those in ILPs, including non-lawyers, we are now regulating legal work »⁴²⁵.

Cette réglementation repose sur le principe « *education towards compliance* », comme l'explique STEVE MARK :

« We have focused on entrenching and promoting ethical behaviour and encouraging the legal profession to remain a true profession as well as operate as a business. The management systems we require ILPs to maintain act as a quasi-educative mechanism teaching practitioners best practice to achieve compliance with the requirements of the legislation and promote cultural change »⁴²⁶.

4. Obligations des non-avocats, des membres de l'ILP et du public

JOANNE STAGG-TAYLOR souligne qu'il a été relevé que le *legal practitioner director* supporte un fardeau injuste concernant la responsabilité pour des comportements contraires à l'éthique⁴²⁷. Ce dernier pourrait, en effet, subir des pressions des directeurs non-avocats.

Afin de prendre en compte cette situation, la section 164 LPA, sous le titre « *Undue influence* », a été rédigée en ces termes :

« A person (whether or not an officer or an employee of an incorporated legal practice) must not cause or induce:

(a) a legal practitioner director, or

⁴²³ MAUTE, *Global Continental Shifts*, p. 17.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ MARK, *Regulating for Professionalism*, p. 13.

⁴²⁶ *Idem*, p. 15.

⁴²⁷ STAGG-TAYLOR, *Lawyers' Business*, p. 191.

(b) another Australian legal practitioner who provides legal services on behalf of an incorporated legal practice,

to contravene this Act, the regulations, the legal profession rules or his or her professional obligations as an Australian legal practitioner.

Maximum penalty: 100 penalty units ».

La disposition précitée complète ainsi l'obligation faite au *legal practitioner director* de s'assurer que les obligations des praticiens ne soient pas compromises par d'autres directeurs ou des employés du cabinet (§140(3)(b)). D'après TAGG-TAYLOR, une telle disposition permettrait de mettre à l'abri les praticiens impliqués dans les ILP des pressions des directeurs non-avocats⁴²⁸.

D'après BENEDICT SHEEHY, le champ d'application de cette disposition est cependant beaucoup plus étendu :

« This provision, set out in s. 164, captures not only shareholders, non-practitioner directors and other officers or other members of the incorporated firm, but also the public at large, including clients. This obligation is on all to avoid causing or inducing the legal practitioner to breach the duties designed to uphold the administration of justice – but the broad public duty is limited in the applicability of its scope in this instance to those legal practitioners within the ILP »⁴²⁹.

Notons, enfin, qu'une disposition similaire a été prévue en ce qui concerne la réglementation des associations multidisciplinaires (LPA § 180).

5. Interdiction des ILP

Comme l'a relevé STAGG-TAYLOR, contrairement aux non-avocats, les avocats courent le risque de faire face à une procédure disciplinaire et de perdre leur droit d'exercer⁴³⁰. Des directeurs peu scrupuleux pourraient ainsi estimer que des amendes et des pénalités sont le prix à payer pour faire des affaires.

STAGG-TAYLOR estime toutefois que les obligations faites aux dirigeants d'agir dans l'intérêt de la société et, en Australie, de respecter les obligations légales de bonne foi, de prudence et de diligence (§ 180-1 ss *Corporations Act 2001*) imposent aux directeurs non-avocats d'encourager le respect des normes éthiques⁴³¹.

⁴²⁸ STAGG-TAYLOR, *Lawyers' Business*, p. 191.

⁴²⁹ SHEEHY, *From Law Firm to Stock Exchange Listed Law Practice*, p. 17.

⁴³⁰ STAGG-TAYLOR, *Lawyers' Business*, p. 186.

⁴³¹ *Ibid.*

À cela s'ajoute le fait qu'il peut être interdit à une ILP ou un directeur de fournir des services juridiques si l'ILP ou ses employés se comportent de manière contraire à l'éthique (LPA §153).

D'après STAGG-TAYLOR, si la gouvernance de la société est telle que les comportements contraires à l'éthique sont ignorés, tolérés ou même encouragés et que cela entraîne une interdiction des activités de la société, il est peu probable qu'une telle gouvernance soit dans l'intérêt de la société⁴³². Pour cette raison, toujours selon cet auteur, la promotion d'un comportement éthique est la meilleure façon de protéger l'activité principale de la société et de maximiser les profits à long terme.

C. Le bilan de la réglementation

La réglementation en Nouvelle-Galles du Sud a été un véritable succès d'après STEVE MARK, se référant à une étude empirique selon laquelle le nombre de plaintes, après l'adoption du processus d'autoévaluation, a été réduit de deux tiers⁴³³. L'étude a également révélé que 62 % des ILP étaient évaluées comme conformes après la première évaluation. Parmi les 38 % restantes, la moitié environ devenaient conformes, avec l'assistance de l'OLSC, trois mois après leur première évaluation⁴³⁴.

En 2010, il a été recensé plus de 1000 ILP en Nouvelle-Galles du Sud, soit environ 20 % de la profession⁴³⁵. D'après STEVE MARK, les raisons de cet engouement sont triples⁴³⁶. Premièrement, le succès des ILP repose sur le fait que la responsabilité des actionnaires est limitée à leur investissement. Deuxièmement, pratiquer sous la forme d'une ILP conférerait des avantages fiscaux. Troisièmement, la structure d'une ILP offrirait de meilleures options de gestion.

En revanche, STEVE MARK souligne que l'intérêt pour la pratique multidisciplinaire en Nouvelle-Galles du Sud a été relativement faible. Il n'a été recensé, durant cette même période, que trente structures multidisciplinaires⁴³⁷.

⁴³² STAGG-TAYLOR, *Lawyers' Business*, p. 186.

⁴³³ MARK, *Regulating for Professionalism*, p. 11.

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ MARK, *Regulating for Professionalism*, p. 9.

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ *Ibid.*

D'après JUDITH L. MAUTE, certains organismes de régulation sont convaincus des avantages d'une telle approche et examinent s'il n'y aurait pas lieu d'étendre celle-ci à toutes les études d'avocats, pas uniquement les ILP⁴³⁸.

BENEDICT SHEEHY est, quant à lui, plus nuancé. Le modèle des ILP est plus risqué que le modèle traditionnel du partenariat, dans la mesure où les systèmes de gestion appropriés concentrent les responsabilités sur une seule personne, le *legal practitioner director*⁴³⁹.

PARKER et al., enfin, estiment qu'une approche basée sur une infrastructure éthique à l'échelle de l'organisation est plus efficace pour améliorer le comportement éthique qu'une approche individuelle⁴⁴⁰.

III. La réglementation en Nouvelle-Galles du Sud en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2015

La nouvelle loi reprend certains principes qui ont fait le succès de l'ancienne réglementation, tout en apportant certaines modifications. Des extraits du *Legal Profession Uniform Law* (ci-après : LPUL) sont reproduits à l'annexe 4.

Alors que l'ancienne réglementation soumettait une ILP et une association multidisciplinaire à deux régimes juridiques distincts, la nouvelle loi s'applique, pour des raisons de simplification, à toutes les structures d'exercice⁴⁴¹.

En ce qui concerne les entités elles-mêmes, la loi prévoit différents objectifs à atteindre (LPUL §30). Il s'agit notamment d'assurer la fourniture de services juridiques par le biais de différentes structures, de faire en sorte que ces dernières ne soient pas un obstacle lorsqu'il s'agit pour le cabinet et ses avocats de se conformer aux dispositions légales applicables et, enfin, de veiller à ce que les clients soient suffisamment protégés, indépendamment de la structure utilisée pour fournir des services juridiques.

Par ailleurs, la nouvelle réglementation reprend le concept de *legal practitioner director*, sous la dénomination de *principal*. Ce dernier doit être un praticien australien (LPUL §6). Les sections 34 et 35 LPUL énoncent ses responsabilités.

⁴³⁸ MAUTE, *Global Continental Shifts*, p. 16 ss.

⁴³⁹ SHEEHY, *From Law Firm to Stock Exchange Listed Law Practice*, p. 22.

⁴⁴⁰ PARKER et al., *The Ethical Infrastructure of Legal Practice*.

⁴⁴¹ National Legal Profession Reform – Consultative Group Paper, Business structures – “law practice”, le 25 novembre 2009, p. 1, disponible sur : http://www.justice.nsw.gov.au/Documents/LPR_Documents/pdf/NationalLegalProfessionReformTaskforcePaper-BusinessStructures-December2009.pdf.

Il doit s'assurer que tous les praticiens respectent leurs obligations légales et que les services juridiques soient fournis conformément aux dispositions légales applicables. Si le cabinet d'avocats contrevient à une disposition légale qui lui est imposée, la section 35 LPUL prévoit, à certaines conditions, que le *principal* aura violé la même disposition légale que le cabinet d'avocats. La règle est posée en ces termes :

« If a law practice contravenes, whether by act or omission, any provision of this Law or the Uniform Rules imposing an obligation on the law practice, a principal of the law practice is taken to have contravened the same provision, if—

(a) the principal knowingly authorised or permitted the contravention; or

(b) the principal was in, or ought reasonably to have been in, a position to influence the conduct of the law practice in relation to its contravention of the provision and failed to take reasonable steps to prevent the contravention by the law practice ».

D'après la section 105 LPUL, le cabinet d'avocats doit avoir au moins un *principal*. Des sanctions sont prévues pour les structures qui ne respecteraient pas cette obligation (LPUL §106). L'entité, qu'il s'agisse d'une *incorporated legal practice* ou d'une *unincorporated legal practice*, doit être approuvée par une autorité (LPUL §114). Les sections 119 et 120 LPUL prévoient, en outre, la possibilité d'interdire des personnes autres que les praticiens, mais également d'interdire aux entités de fournir des services juridiques.

La nouvelle loi prévoit également la possibilité pour l'autorité compétente d'inspecter les entités (LPUL §256). La section 257 LPUL reprend le principe des systèmes de gestion appropriés, à la différence que ces derniers pourront être imposés par l'autorité à la suite d'une inspection. Il est intéressant de noter que cette approche s'applique désormais à toutes les structures, et pas seulement aux ILP et aux associations multidisciplinaires⁴⁴².

IV. L'introduction en bourse d'études d'avocats

Nous allons présenter deux sociétés d'avocats qui ont été introduites en bourse en Australie. Il s'agit de l'étude d'avocats Slater & Gordon Limited (A) et de la société Integrated Legal Holdings, qui a cessé ses activités à la fin de l'année 2014 (B).

⁴⁴² National Legal Profession Reform – Consultative Group Paper, Business structures – “law practice”, le 25 novembre 2009, p. 5, disponible sur : http://www.justice.nsw.gov.au/Documents/LPR_Documents/pdf/NationalLegalProfessionReformTaskforcePaper-BusinessStructures-December2009.pdf.

A. Slater & Gordon Limited

L'étude d'avocats Slater & Gordon Limited a fait son entrée en bourse sur le marché australien le 21 mai 2007, levant 35 millions de dollars australiens et devenant la première étude d'avocats au monde à être cotée en bourse⁴⁴³.

STEVE MARK explique qu'en Australie, le premier devoir d'un avocat est dû envers les tribunaux, puis à l'égard de ses clients – alors que le devoir d'une société est dû envers ses actionnaires⁴⁴⁴. Il peut ainsi en résulter un conflit d'intérêts entre les devoirs d'un avocat à l'égard des actionnaires de la société pour laquelle il travaille et ses obligations professionnelles⁴⁴⁵.

Conscient de cette situation, l'OLSC a travaillé avec Slater & Gordon, avant son entrée en bourse, afin de s'assurer que le prospectus d'émission, les documents constitutifs et les conventions d'actionnaires prenaient en compte ces différents conflits d'intérêts⁴⁴⁶.

Slater & Gordon ont ainsi mis en évidence dans leur prospectus et dans leurs documents constitutifs une mention très claire destinée aux futurs actionnaires qui souhaitent investir dans leur société, rendant ces derniers attentifs à ce qui suit :

« Lawyers have a primary duty to the courts and a secondary duty to their clients. These duties - including the attendant responsibilities such as client confidentiality and the rules relating to legal professional privilege – are paramount given the nature of the Company's business as an Incorporated Legal Practice. There could be circumstances in which the lawyers of Slater & Gordon are required to act in accordance with these duties and contrary to other corporate responsibilities and against the interests of Shareholders and the short-term profitability of the Company »⁴⁴⁷.

D'après STAGG-TAYLOR, les actionnaires acceptent de renoncer à une part de leurs bénéfices qui pourrait être causée par des exigences éthiques et le fait que les avocats doivent se conformer à leurs obligations professionnelles⁴⁴⁸. Les futurs investisseurs ont également été rendus attentifs au fait que la réputation de

⁴⁴³ FORTADO, Slater & Gordon Lifts Curtain on Global Law Firms Going Public, *Bloomberg*, le 12 juin 2007, disponible sur :

<http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aa5QVuS4ICbk>.

⁴⁴⁴ MARK, *The Corporatisation of Law Firms*, p. 8.

⁴⁴⁵ *Idem*, p. 1.

⁴⁴⁶ *Idem*, p. 8.

⁴⁴⁷ Slater & Gordon, prospectus du 13 avril 2007, p. 84, disponible sur : <https://media.slatergordon.com.au/prospectus.pdf>.

⁴⁴⁸ STAGG-TAYLOR, *Lawyers' Business*, pp. 182-183.

la société pourrait être altérée par sa participation à des procédures judiciaires très en vue ou impopulaires⁴⁴⁹. Slater & Gordon ont ainsi choisi de faire face au risque de conflit d'intérêts par le biais d'une publication. Une fois que la société a précisé que son premier devoir est dû envers ses clients et les tribunaux, les investisseurs et le marché peuvent décider de prendre le risque d'investir ou non⁴⁵⁰.

Par ailleurs, la réglementation australienne exige que les sociétés fassent périodiquement des rapports à leurs actionnaires ou à un régulateur (art. 286 du *Corporations Act 2001*). De telles exigences peuvent nécessiter la divulgation d'informations concernant les sources de revenus, en particulier des informations concernant les clients ou le type de travail effectué⁴⁵¹.

Ce qui précède pose évidemment des difficultés aux avocats directeurs qui doivent se conformer à la fois à des obligations de confidentialité et à des obligations de divulgation⁴⁵². Selon STAGG-TAYLOR, certaines sociétés, comme Slater & Gordon, tentent de se conformer à ces obligations en gardant le plus d'informations confidentielles possibles, tout en exigeant simultanément que leurs clients renoncent partiellement à la confidentialité⁴⁵³. Le problème avec une telle approche, c'est que le client qui n'a pas profité d'un conseil juridique indépendant pourrait ne pas être en mesure de comprendre ce à quoi il a renoncé⁴⁵⁴.

En outre, STEVE MARK explique que si Slater & Gordon devaient agir à l'encontre d'une compagnie de tabac dans une action collective (*class action*) à l'issue de laquelle il pourrait y avoir de très bonnes chances d'obtenir des indemnités pour des clients souffrant d'emphysème pulmonaire et proches de la mort, l'étude devrait agir en conformité avec la hiérarchie des devoirs mentionnés dans son prospectus et dans son acte constitutif⁴⁵⁵.

Concrètement, cela signifie que l'étude devrait renoncer aux intérêts de ses actionnaires – lesquels souhaiteraient peut-être que l'affaire soit prolongée aussi longtemps que possible, parce que des procédures longues et la possibilité d'un

⁴⁴⁹ Slater & Gordon, prospectus du 13 avril 2007, p. 83, disponible sur : <https://media.slatergordon.com.au/prospectus.pdf>.

⁴⁵⁰ MILLER, *Don't Just Check "Yes" or "No"*, pp. 338-339.

⁴⁵¹ STAGG-TAYLOR, *Lawyers' Business*, p. 183.

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ MARK, *Regulating for Professionalism*, p. 12.

procès signifieraient une plus grande valeur de l'action de la société – et régler l'affaire le plus rapidement possible dans l'intérêt de ses clients, parce que ces derniers sont mourants⁴⁵⁶. En procédant ainsi, Slater & Gordon ne risquent pas d'être poursuivis pour leur décision, parce que leur acte constitutif et leur convention d'actionnaires précisent clairement que le premier devoir du cabinet est dû envers le tribunal, le second devoir à l'égard de ses clients et le troisième devoir envers les actionnaires.

D'une manière similaire, STEVE MARK relève que si Slater & Gordon déposent une action à l'encontre d'une personne disposant de moyens financiers importants et que cette dernière décide d'acheter un nombre substantiel d'actions de l'étude pour exiger, ensuite, que la procédure à son encontre soit abandonnée, le dilemme cesse de se poser, dans la mesure où le prospectus précise que, lors d'un tel conflit, le devoir des avocats de l'étude est dû envers leurs clients⁴⁵⁷.

D'après STEVE MARK, préciser que le premier devoir d'une société d'avocats est dû envers le tribunal transforme la nature même du droit des sociétés et l'environnement de l'entreprise⁴⁵⁸. La valeur actionnariale ne peut ainsi plus être le moteur des sociétés.

STAGG-TAYLOR est toutefois d'un avis plus nuancé à ce sujet. Selon elle, il s'agit d'un domaine qui n'est pas encore assez éprouvé et des conflits d'intérêts peuvent survenir de la détention d'actions⁴⁵⁹. Un important investisseur pourrait, en effet, essayer de réduire la disponibilité des services juridiques offerts à une partie adverse en décidant, par exemple, d'acheter un certain nombre d'actions de sociétés et prétendre ensuite qu'il y a un conflit d'intérêts si un concurrent ou une partie en litige tente d'engager l'une de ces sociétés. Alternative-ment, cet investisseur pourrait aussi acheter des actions de l'étude d'avocats engagée par la partie adverse. Il serait même envisageable qu'une ILP achète suffisamment d'actions d'une autre ILP pour créer ensuite un conflit d'intérêts entre les clients existants de chaque ILP. Cet auteur relève toutefois qu'il est possible qu'une organisation minutieuse des services ou une mention dans un prospectus permette d'éviter un conflit d'intérêts. Il serait envisageable, par exemple, d'exiger qu'un actionnaire renonce à invoquer un conflit d'intérêts, de telle sorte qu'il ne puisse pas abuser de son statut.

⁴⁵⁶ MARK, *Regulating for Professionalism*, p. 12.

⁴⁵⁷ *Idem*, p. 13 ss.

⁴⁵⁸ *Idem*, p. 14.

⁴⁵⁹ STAGG-TAYLOR, *Lawyers' Business*, p. 184.

Enfin, il convient encore de mentionner qu'après l'expiration de l'offre publique d'acquisition, les actionnaires qui détenaient des actions avant l'entrée en bourse de Slater & Gordon détiendront encore 56 % des actions de la société⁴⁶⁰. Les investisseurs extérieurs auront ainsi des intérêts dans la société, mais ils ne détiendront pas la majorité des voix. De plus, la vente des actions pour les actionnaires principaux sera restreinte durant les cinq années suivant l'expiration de l'offre⁴⁶¹. En effet, comme l'a relevé ironiquement LARRY RIBSTEIN, qui voudrait bien acheter une entreprise dont la valeur principale (sous-entendu les avocats) peut se déplacer⁴⁶² ?

B. ILH Group Limited

ILH Group Limited (ci-après : ILH), anciennement Integrated Legal Holdings Limited, était une société d'avocats australienne qui est entrée en bourse le 17 août 2007⁴⁶³. Suite à des difficultés financières, ILH a cessé ses activités depuis fin 2014 et sa cotation en bourse a été suspendue. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un modèle intéressant qui mérite une attention particulière.

Le modèle d'ILH est différent de celui de Slater & Gordon. ILH a été fondée pour détenir et exploiter des cabinets d'avocats sous une seule structure.

Les buts d'ILH visaient à la fois l'achat d'études qui fusionnaient ensuite avec une étude déjà détenue par ILH, ainsi que l'acquisition de cabinets qui continuaient à opérer sous leur propre nom⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Slater & Gordon, prospectus du 13 avril 2007, p. 83, qui mentionne ce qui suit :

« *After the completion of the Offer, Existing Shareholders in the Company will own or control approximately 56% of the shares in the Company (calculated on a fully diluted basis) being 63.2% of the Shares. Three of these Existing Shareholders will be on the Board and have significant influence over the management of the Company. Additionally, 11 of the Existing Shareholders will continue as members of the Company's leadership team, the National Executive* ».

⁴⁶¹ Slater & Gordon, prospectus du 13 avril 2007, pp. 37-38, disponible sur : <https://media.slatergordon.com.au/prospectus.pdf>.

⁴⁶² RIBSTEIN LARRY E., *Want to Own a Law Firm? The American*, le 30 mai 2007, disponible sur : <http://www.american.com/archive/2007/may-0507/want-to-own-a-law-firm>.

⁴⁶³ Australian Securities Exchange (ASX), disponible sur : <http://www.asx.com.au/asx/research/companyInfo.do?by=asxCode&asxCode=ILH>.

⁴⁶⁴ MARK/GORDON, *Innovations in Regulation*, p. 516.

Le groupe travaillait sur des synergies pour que le réseau de cabinets soit capable de fournir à une clientèle nationale des services plus étendus que ceux qui pourraient être offerts par n'importe quel membre individuellement⁴⁶⁵.

À propos de l'opportunité d'investir dans ILH, BRETT DAVIS, porte-parole de la société, indiquait ce qui suit :

*« We believe that there are better ways of operating a law firm than the old partnership model [...]. Traditionally, the ultimate aim of joining a law firm was obtaining a partnership. This meant you spent a long time in one firm to eventually build up to that position. But eventually you retire with little value for your partnership interest. However, this structure is beginning to break down due to the X and Y generation's perspective. Often, they do not want that long-term tenure or the joint financial liability with the other partners. So, our business plan is transforming the structure of law firms to make them more appealing and therefore fast track growth »*⁴⁶⁶.

Avant de mettre un terme à ses activités, ILH détenait une étude d'avocats, une société proposant des documents juridiques en ligne, une société offrant des conseils aux entreprises, ainsi que deux sociétés de gestion de fortune.

L'autonomie des études par rapport à la holding est décrite dans le prospectus, en ces termes :

*« All member firms will be wholly-owned subsidiaries of Integrated (or an Incorporated Law Firm) and will be given a level of independence and responsibility for their business. Each Incorporated Law Firm will retain its day-to-day operational independence. For example, the Legal Practice Directors will manage and conduct the business of each Incorporated Law Firm. [...] »*⁴⁶⁷.

S'agissant du rôle joué par ILH, le prospectus précise que *« [t]he Managing Director and the Board will monitor the financial performance of each Incorporated Law Firm and of its management, and supervise and control the business activities of those entities such as employment issues, developing cross referral networks within the Integrated Legal Group, assisting insurance needs, accounting and general administrative functions »*⁴⁶⁸. En revanche, ni le directeur général ni le conseil d'administration n'étaient impliqués dans la fourniture

⁴⁶⁵ ILG Group Limited, prospectus du 23 mai 2007, p. 12, disponible sur : <http://www.asx.com.au/asxpdf/20070523/pdf/312lk5mjtcjggl.pdf>.

⁴⁶⁶ The Australian Investor, *ILH – Sharing lawyers' profits*, le 9 juillet 2007.

⁴⁶⁷ ILG Group Limited, prospectus du 23 mai 2007, p. 13, disponible sur : <http://www.asx.com.au/asxpdf/20070523/pdf/312lk5mjtcjggl.pdf>.

⁴⁶⁸ *Idem*, p. 35.

de services juridiques et la supervision des fournisseurs de services juridiques incombait aux directeurs de chaque ILP⁴⁶⁹.

Cette séparation des compétences, ou plutôt cette non-ingérence de la société mère dans les activités juridiques des sociétés filles, devait permettre de respecter les règles professionnelles des avocats. De plus, chaque société était autonome, de sorte qu'elle ne dévoilait aucune information soumise au secret professionnel à d'autres sociétés du groupe, y compris à ILH⁴⁷⁰.

ILH exigeait, toutefois, que ses filiales lui transmettent certains détails concernant leurs clients⁴⁷¹. Pour ce faire, les filiales demandaient à leurs clients de renoncer au secret professionnel dans la mesure requise à une telle transmission d'information. Même si beaucoup de clients acceptent une telle renonciation et que l'information partagée ne contient généralement pas de détails concernant les problèmes juridiques des clients, de tels accords créent, selon TAGG-TAYLOR, une culture où l'efficacité commerciale l'emporte systématiquement sur les normes éthiques établies de longue date⁴⁷².

En revanche, d'après TAGG-TAYLOR, si les deux sociétés maintiennent une séparation claire, les risques de conflits d'intérêts et de violation du secret professionnel sont faibles⁴⁷³. Les sociétés devront non seulement maintenir des normes éthiques, mais aussi montrer qu'elles les maintiennent, car une apparence d'irrégularité peut être difficile à éviter dans ce genre de situation.

Par ailleurs, les explications qui figurent dans le prospectus concernant l'obligation faite par le règlement de cotation de divulguer des informations et l'obligation des avocats de maintenir le secret professionnel méritent d'être relevées. Le prospectus prévoit ce qui suit :

« As a listed entity Integrated will be required to comply with the obligation to disclose information that may have a material effect on the price or value of its Shares traded on the ASX. There is a risk that if such information is subject to solicitor/client confidentiality Integrated will be unable to comply with its continuous disclosure obligations, or alternatively that any Incorporated Law Firm may not be able to comply with its professional practice obligations under the relevant legal practice legislation. Integrated considers that it will be able to provide a balance between continuous disclosure obligations and the obligations of each Incorporated Law Firm under the legal practice legislation

⁴⁶⁹ ILG Group Limited, prospectus du 23 mai 2007, p. 13, disponible sur : <http://www.asx.com.au/asxpdf/20070523/pdf/312lk5mjtcjggl.pdf>.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ STAGG-TAYLOR, *Lawyers' Business*, p. 184.

⁴⁷² *Idem*, p. 185.

⁴⁷³ *Idem*, p. 184.

by requiring each Incorporated Law Firm to include in its retainer agreement with its clients provision for limited disclosure of matters that may be material including, for example, the client's confidential because the actual work performed for the client would only be material in relation to the fees generated from the work. However, there can be no assurance that the ASX will not require further disclosure than that agreed between the Incorporated Law Firms and their respective clients »⁴⁷⁴.

Ce qui précède met bien en évidence la complexité de la situation. La société semble, en effet, coincée entre le marteau et l'enclume : soit elle viole l'obligation de divulgation imposée par l'ASX, soit elle ne respecte pas les obligations professionnelles des avocats.

Dans un sens comme dans l'autre, les conséquences seraient problématiques pour la société : soit une suspension ou un retrait du marché boursier, soit des mesures disciplinaires prises à l'encontre du *legal practitioner director*, lesquelles pourraient aller, dans certains cas, jusqu'à une interdiction pour l'ILP de fournir des services juridiques.

V. Analyse

L'Australie est le pays le plus libéral au monde en ce qui concerne la réglementation des sociétés d'avocats. En Nouvelle-Galles du Sud, comme nous l'avons vu, elles peuvent être formées avec des restrictions réglementaires minimales. Est-ce que la terre s'est arrêtée de tourner pour les avocats et les justiciables australiens ? Cela ne semble pas être le cas.

Comme le souligne STEVE MARK, « [t]he commercialisation of legal practice while presenting major challenges, has not, in Australia, at least to this point, totally eroded the profession of lawyers or the practice of law »⁴⁷⁵. Les défis posés par la commercialisation de la pratique du droit peuvent ainsi être relevés, à tout le moins en partie, par une réglementation efficace et réactive qui crée un cadre pour un comportement éthique, comprend les dynamiques du marché et maintient le professionnalisme des praticiens⁴⁷⁶. Cela signifie que le débat du profit, par opposition à l'éthique, peut être surmonté si des mesures réglementaires sont mises en œuvre pour garantir que les avocats qui souhaitent pratiquer

⁴⁷⁴ ILG Group Limited, prospectus du 23 mai 2007, p. 9, disponible sur : <http://www.asx.com.au/asxpdf/20070523/pdf/312lk5mjtqjgl.pdf>.

⁴⁷⁵ MARK, *Commercialisation of Legal Practice*, p. 3.

⁴⁷⁶ *Idem*, p. 20.

sous la forme d'une société ou entrer en bourse préservent l'éthique et l'intégrité de la profession⁴⁷⁷.

L'entrée en bourse de cabinets d'avocats en Australie ne semble pas non plus avoir créé de cataclysme, à tout le moins, à ce stade. Il convient cependant de noter que seules trois études d'avocats ont fait leur entrée en bourse à ce jour depuis l'adaptation des législations dans le sens de la loi-type entre 2004 et 2009, ce qui est relativement peu⁴⁷⁸. Il est aussi intéressant de constater qu'aucune de ces études n'était un grand cabinet d'avocats international spécialisé dans le droit commercial et que la plupart des études d'avocats australiennes de premier plan spécialisées dans ce domaine n'ont pas été constituées sous la forme d'une personne morale (*corporation*)⁴⁷⁹.

Par ailleurs, en ce qui concerne l'impact de la réforme sur la profession, l'administration de la justice et l'économie, BENEDICT SHEEHY demeure assez réservé.

S'agissant de l'impact de la réforme sur la profession, il souligne que les rapports et les études qui décrivent l'approche mise en place en Nouvelle-Galles du Sud comme un succès servent peut-être aussi un but plus important : celui de la diffusion et de la réinstitutionnalisation de cette nouvelle approche, afin de lui conférer une nouvelle légitimité⁴⁸⁰. D'après BENEDICT SHEEHY, il n'est pas possible de conclure à un effet particulier des réformes sur la profession dans son ensemble⁴⁸¹. Il note, toutefois, que les ILP ont permis une consolidation de ce secteur, créant plus de grands cabinets d'avocats, des options supplémentaires pour les praticiens qui prennent leur retraite et de nouvelles opportunités d'investissement pour les non-avocats qui souhaitent investir dans les services juridiques⁴⁸². Enfin, il semble qu'il ne puisse pas être établi un quelconque lien de cause à effet – redouté – entre faute professionnelle et ILP⁴⁸³. Au contraire, en comparaison avec d'autres entités (*unincorporated practices*), les ILP ont montré une réduction significative du nombre de plaintes, en Nouvelle-Galles du Sud et dans le Queensland⁴⁸⁴.

⁴⁷⁷ MARK et al., *Preserving the Ethics*, p. 3.

⁴⁷⁸ Slater & Gordon Limited (<http://www.slatergordon.com.au>) ; ILH Group Limited (<http://www.ilh.com.au>) ; Shine Lawyers (<http://www.shine.com.au>).

⁴⁷⁹ SHEEHY, *From Law Firm to Stock Exchange Listed Law Practice*, pp. 21-22.

⁴⁸⁰ *Idem*, p. 22.

⁴⁸¹ *Idem*, pp. 22-23.

⁴⁸² *Idem*, p. 26.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ STAGG-TAYLOR, *Lawyers' Business*, p. 189 et les réf. cit.

Concernant les effets de la réforme sur l'administration de la justice, la recherche menée par PARKER et al. indique que la mise en place des systèmes de gestion appropriés apporte des avantages, même si l'étude révèle également que la réforme ne protège pas de manière efficace les avocats des pressions économiques⁴⁸⁵. Toutefois, d'après BENEDICT SHEEHY, l'incertitude demeure quant à savoir si ces pressions sont le résultat des ILP elles-mêmes ou d'un nouvel environnement et d'une augmentation des pressions commerciales sur les praticiens dans les grands cabinets⁴⁸⁶. De plus, un aspect important, souvent négligé, est le rôle de régulateur que Slater & Gordon, financièrement renforcé, est désormais en mesure de jouer. Avec son pouvoir financier accru, complété par des bailleurs de fonds de litiges, Slater & Gordon a été en mesure d'engager des poursuites à l'encontre de grandes sociétés multinationales, de manière plus efficace⁴⁸⁷.

D'un point de vue économique, la réforme a apporté certains avantages qui, d'après BENEDICT SHEEHY, ont essentiellement profité aux sociétés multinationales, mais aussi à certaines parties qui ont été impliquées dans des sociétés cotées en bourse, à la fois comme vendeurs de cabinets ou en tant que cadres supérieurs détenant des actions de ces entreprises⁴⁸⁸.

Au-delà de ces observations, la réglementation en Nouvelle-Galles du Sud est intéressante. Les systèmes de gestion appropriés et la procédure d'autoévaluation sont des processus innovants qui méritent une attention particulière. Une approche basée sur une infrastructure éthique à l'échelle de l'organisation nous semble être une solution efficace et tournée vers l'avenir pour les sociétés d'avocats.

La complexité des services juridiques exige parfois que plusieurs avocats se penchent sur un même dossier, rendant ainsi une seule réglementation individuelle du praticien probablement insuffisante. De plus, une réglementation de la société paraît d'autant plus justifiée que le choix des clients se porte aujourd'hui de plus en plus sur un cabinet plutôt que sur un avocat en particulier⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ PARKER et al., *The Ethical Infrastructure of Legal Practice*.

⁴⁸⁶ SHEEHY, *From Law Firm to Stock Exchange Listed Law Practice*, p. 26.

⁴⁸⁷ *Idem*, p. 24.

⁴⁸⁸ *Idem*, p. 25.

⁴⁸⁹ THÉVENAZ, *Les modes d'exercice*, p. 11.

Enfin, à ce stade, notons qu'il est encore trop tôt pour pouvoir évaluer l'impact de la nouvelle réglementation entrée en vigueur en Nouvelle-Galles du Sud le 1^{er} juillet 2015.

Chapitre 8 : Angleterre et Pays de Galles

Après une introduction concernant le système juridique anglais (I), nous nous intéresserons au contexte de la réforme en Angleterre et au Pays de Galles (II). Nous examinerons les éléments clés du rapport Clementi, dont les réflexions serviront de guide à la nouvelle réglementation en Angleterre et au Pays de Galles (III). Il sera temps, ensuite, de présenter le *Legal Services Act* (IV) et de nous pencher plus en détail sur cette révolution que représentent les ABS (V). Nous terminerons par une analyse (VI).

I. Introduction

Le système juridique anglais a la particularité d'avoir une profession juridique divisée où un avocat est soit un *solicitor*, soit un *barrister*. Chaque profession a ainsi ses propres traditions, ses propres exigences en matière de formation et ses propres pratiques⁴⁹⁰.

A. *Solicitor*

SLAPPER et KELLY définissent le *solicitor* comme suit :

« *The solicitor can be characterised as a general practitioner: a lawyer who deals with clients direct and, when a particular specialism or litigation is required, will engage the services of counsel, that is, a barrister* »⁴⁹¹.

Ils précisent toutefois que définir le *solicitor* comme un praticien généraliste et le *barrister* comme un spécialiste peut s'avérer trompeur. En effet, la plupart des *solicitors*, particulièrement ceux qui travaillent dans des grands cabinets, sont des experts dans des domaines spécialisés du droit, alors que certains *barristers* peuvent avoir un large éventail d'activités.

⁴⁹⁰ SLAPPER/KELLY, *The English Legal System*, p. 677.

⁴⁹¹ *Ibid.*

Au début du 21^e siècle, le monopole des *solicitors* a été réduit, notamment en ce qui concerne les activités liées à la rédaction d'actes de transfert de propriété⁴⁹².

Par ailleurs, depuis l'entrée en vigueur du *Courts and Legal Services Act 1990*, la possibilité pour les *solicitors* de plaider devant un tribunal a été élargie⁴⁹³. Cette loi prévoit que les *barristers* et les *solicitors* ont le droit de plaider devant tous les tribunaux en relation avec toutes les procédures. SLAPPER et KELLY précisent que ce droit n'est toutefois pas inconditionnel. En effet, pour l'exercer, les *solicitors* et les *barristers* doivent respecter les règles de conduite de leurs organisations professionnelles et satisfaire aux exigences de formation prescrites. Il s'agit, notamment, d'avoir accompli un stage pour la pratique du barreau ou d'avoir obtenu la qualification nécessaire pour plaider devant des tribunaux supérieurs pour les *solicitors* qui envisagent de comparaître devant de telles autorités⁴⁹⁴.

L'organisation professionnelle à laquelle appartiennent les *solicitors* est la *Law Society*. Suite aux réformes entreprises en 2006, l'organisation a cédé ses fonctions de réglementation à la SRA et la gestion des plaintes au *Legal Complaints Service*. Le rôle actuel de la *Law Society* est d'aider, de protéger, de promouvoir, de former et de conseiller les *solicitors*⁴⁹⁵.

Les *solicitors* pratiquent généralement sous la forme d'un *partnership* ou d'une société⁴⁹⁶. La majorité des grands cabinets d'avocats dont le siège est au Royaume-Uni opère aujourd'hui sous la forme de LLP, bien que le modèle du *partnership* reste encore populaire pour les plus petites études et que l'utilisation de *limited companies* soit plus répandue⁴⁹⁷. Ces cabinets n'emploient pas seulement des *solicitors*, mais aussi du personnel administratif et des *solicitors* stagiaires. Traditionnellement, un cabinet de *solicitors* n'était pas autorisé à offrir d'autres services que des services juridiques.

Au 31 juillet 2013, la *Law Society* dénombrait en Angleterre et au Pays de Galles plus de 158'000 *solicitors* inscrits au tableau, dont plus de 127'000 avec

⁴⁹² SLAPPER/KELLY, *The English Legal System*, p. 678.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 678.

⁴⁹⁵ SLAPPER/KELLY, *The English Legal System*, p. 681.

⁴⁹⁶ HERRING, *Legal Ethics*, p. 97.

⁴⁹⁷ GOULD, *The Law of Legal Services*, N 13.07.

un certificat d'exercice⁴⁹⁸. En 2010, plus de 6'000 *solicitors* pratiquaient en dehors de leur pays d'origine, ce qui fait de l'Angleterre et du Pays de Galles, d'après JOHN FLOOD, l'un des plus importants – si ce n'est le plus important – exportateur de talents juridiques au monde⁴⁹⁹.

B. *Barrister*

SLAPPER et KELLY définissent le *barrister* comme suit :

« *The barrister is often thought of as primarily a court advocate, although many spend more time on drafting, pleadings (now called statements of case) and writing advice for solicitors. Professional barristers are technically competent to perform all advocacy for the prosecution or defense in criminal cases, and for a claimant or defendant in a civil claim* »⁵⁰⁰.

Au 14^e siècle, le barreau a été organisé en associations, membres des *Inns of Court*. Même s'il y en avait plus à l'origine, on en dénombre aujourd'hui quatre : *Lincoln's Inn*, *Gray's Inn*, *Inner* et *Middle Temples*.

Jusqu'en 1990, les *barristers* ont bénéficié d'un monopole pour plaider devant tous les tribunaux supérieurs (dans certains cas, les *solicitors* pouvaient plaider devant la Cour de la Couronne)⁵⁰¹.

Les *barristers* – organisés en chambres⁵⁰² – n'étaient pas autorisés à former des *partnerships*. La situation a changé en avril 2010, lorsque le barreau a annoncé de nouvelles règles à la suite de l'entrée en vigueur du *Legal Services Act* (ci-après : LSA)⁵⁰³. Depuis 2003, les clients peuvent bénéficier d'un accès direct aux *barristers*, ce qui n'était pas possible auparavant⁵⁰⁴.

Le *General Council of the Bar*, aussi appelé le *Bar Council*, est l'organisation professionnelle des *barristers*. Le *Bar Standards Board* (ci-après : « BSB ») a

⁴⁹⁸ Trends in the Solicitors' Profession, Annual Statistics Report 2013, The Law Society, Mars 2014.

⁴⁹⁹ FLOOD, *Legal Education*, p. 1, se référant à Trends in the Solicitors' Profession, Annual Statistical Report 2010, The Law Society.

⁵⁰⁰ SLAPPER/KELLY, *The English Legal System*, p. 687.

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² Pour des explications concernant l'organisation et la constitution des chambres, voir GOULD, *The Law of Legal Services*, N 13.25-13.51.

⁵⁰³ SLAPPER/KELLY, *The English Legal System*, pp. 689-690.

⁵⁰⁴ *Idem*, p. 690.

été créé en janvier 2006 et résulte de la séparation des fonctions réglementaires et représentatives du *Bar Council*⁵⁰⁵.

Relevons, enfin, que le nombre de *barristers* en 2010 s'élevait à plus de 15'000 en Angleterre et au Pays de Galles, d'après le *Bar Council*⁵⁰⁶.

II. Le contexte de la réforme

D'après JOHN FLOOD, la nécessité de procéder à une réforme a été influencée par la convergence de deux processus : premièrement, le nombre important de plaintes à l'encontre des avocats et, deuxièmement, une enquête menée par l'*Office of Fair Trading* (ci-après : OFT), dont l'objectif consistait à examiner si des pratiques restrictives créaient une distorsion de la concurrence⁵⁰⁷.

En mars 2001, l'OFT a identifié un certain nombre de règles des professions judiciaires jugées trop restrictives et susceptibles d'avoir des conséquences négatives pour les consommateurs. En particulier, l'OFT recommandait que ces règles soient entièrement soumises au droit de la concurrence et que les restrictions injustifiées soient éliminées⁵⁰⁸.

Le *Department for Constitutional Affairs* (ci-après : « DCA ») a procédé, en juillet 2003, à une consultation et publié un rapport intitulé *Competition and regulation in the legal services market*. Ce rapport posait le constat suivant :

« [T]he current framework is out-dated, inflexible, over-complex and insufficiently accountable or transparent »⁵⁰⁹.

Le Gouvernement a ainsi soutenu le principe que des services juridiques soient fournis par le biais d'ABS. Il a relevé, en particulier, ce qui suit :

⁵⁰⁵ SLAPPER/KELLY, *The English Legal System*, pp. 688-689.

⁵⁰⁶ Bar Standards Board, Practising barrister statistics, disponible sur : <https://www.barstandardsboard.org.uk/media-centre/research-and-statistics/statistics/practising-barrister-statistics>.

⁵⁰⁷ FLOOD, *Will There Be Fallout from Clementi?*, p. 539.

⁵⁰⁸ Competition in professions, A report by the Director General of Fair Trading, mars 2001.

⁵⁰⁹ Department for Constitutional Affairs, Government Conclusions, Competition and regulation in the legal services market, A report following the consultation "In the public interest?", CP(R2) 07/02 DCA, N. 65, juillet 2003, disponible sur : <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/consult/general/oftrep-tconc.htm>.

« *The Government supports in principle enabling legal services provided through alternative business structures. Such new structures would provide an opportunity for increased investment and therefore enhanced development and innovation, for improved efficiency and lower costs [...]. The review of the regulatory framework should advise on how best new business entities (such as multi-disciplinary practices and corporate structures) should be allowed to provide legal services [...]* »⁵¹⁰.

En juillet 2003, DAVID CLEMENTI a procédé, à la demande du DCA, à un examen indépendant du cadre de la réglementation des services juridiques en Angleterre et au Pays de Galles⁵¹¹.

Le rapport final, qui compte environ 200 pages, a été publié en décembre 2004⁵¹². Le rapport Clementi a été suivi d'un rapport intitulé *The Future of Legal Services: Putting Consumers First* (ci-après : White paper)⁵¹³, qui reprend essentiellement les recommandations du rapport Clementi.

III. Le rapport Clementi

Nous allons, dans un premier temps, présenter les objectifs et les principes du cadre de la réglementation (A) et les différentes structures qui ont été retenues dans ce rapport (B). Nous examinerons, ensuite, plus en détail la nature et le fonctionnement de ces nouvelles entités, qui seront soit des *Legal Disciplinary Practices* (C), soit des *Multi-Disciplinary Practices* (D).

⁵¹⁰ Department for Constitutional Affairs, Government Conclusions, Competition and regulation in the legal services market, A report following the consultation "In the public interest?", CP(R2) 07/02 DCA, N. 54, juillet 2003, disponible sur :

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/consult/general/oftreptconc.htm>.

⁵¹¹ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, A Consultation Paper, 7 mars 2004.

⁵¹² DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, disponible sur :

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.legal-services-review.org.uk/content/report/report-chap.pdf>.

⁵¹³ Department for Constitutional Affairs, *The Future of Legal Services: Putting Consumers First*, 2005, Cm 6679 (U.K.), disponible sur :

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/272192/6679.pdf.

A. Les objectifs et les principes du cadre de la réglementation

D'après DAVID CLEMENTI, la décision de réglementer un marché découle du constat que laisser l'activité non contrôlée pourrait entraîner des conséquences indésirables et que les avantages qui découleront de la réglementation l'emporteront sur les coûts de cette réglementation⁵¹⁴.

Le rapport a retenu, par ailleurs, les six objectifs suivants pour tout régulateur de services juridiques⁵¹⁵ :

- maintenir un État de droit ;
- améliorer l'accès à la justice ;
- protéger et promouvoir les intérêts des consommateurs ;
- promouvoir la concurrence ;
- encourager une profession juridique confiante, forte et efficace ;
- promouvoir la compréhension du public des droits du citoyen.

Les objectifs précités permettront à l'organisme de régulation de déterminer l'action réglementaire la plus appropriée et pour laquelle il sera tenu responsable.

Enfin, les principes professionnels retenus dans le rapport sont l'indépendance, l'intégrité, le devoir d'agir dans l'intérêt du client et la confidentialité⁵¹⁶. Le rapport a suggéré que ces principes soient intégrés dans des dispositions réglementaires.

B. Les différentes structures retenues

Le rapport a fait la distinction entre deux catégories de nouvelles structures : les *Legal Disciplinary Practices* (ci-après : LDP) et les *Multi-Disciplinary Practices* (ci-après : MDP)⁵¹⁷. Pour chacune de ces nouvelles entités, une différenciation entre ceux qui sont propriétaires de la structure (*owners*) et ceux qui la gèrent (*managers*) sera possible.

En résumé, les différentes possibilités identifiées dans le rapport sont :

⁵¹⁴ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 14.

⁵¹⁵ *Idem*, pp. 15-17.

⁵¹⁶ *Idem*, p. 21.

⁵¹⁷ *Idem*, p. 106.

1. une étude offrant seulement des services juridiques (LDP), détenue par ses gérants (les gérants et les propriétaires sont identiques) ;
2. une étude offrant seulement des services juridiques (LDP), non exclusivement détenue par ses gérants (les gérants et les propriétaires sont différents) ;
3. une étude offrant des services juridiques et d'autres services (MDP), détenue par ses gérants (les gérants et les propriétaires sont identiques) ;
4. une étude offrant des services juridiques et d'autres services (MDP), non exclusivement détenue par ses gérants (les gérants et les propriétaires sont différents).

C. *Legal Disciplinary Practices (LDP)*

Le rapport a défini les LDP comme suit :

« LDPs are law practices which permit lawyers from different professional bodies, for example solicitors and barristers, to work together on an equal footing to provide legal services to third parties. They may permit others (e.g. HR professionals, accountants) to be Managers, but these others are there to enhance the services of the law practice, not to provide other services to the public »⁵¹⁸.

D'après DAVID CLEMENTI, de nombreuses études d'avocats comptent sur des collaborateurs qui ne sont pas des avocats qualifiés et qui jouent pourtant un rôle déterminant dans le succès du cabinet, sans qu'il soit toutefois possible de récompenser ces derniers par un partenariat⁵¹⁹. De plus, d'après lui, *« [a]n LDP model with non-lawyer owners would broaden access to capital and lessen the need for practitioners to put in equity capital, and might enable varied work styles to suit a broader range of people wishing to work in the profession »⁵²⁰.*

Par la suite, le rapport a fait la distinction entre les LDP où les gérants et les propriétaires sont identiques (1) et les LDP où les gérants et les propriétaires sont différents (2).

⁵¹⁸ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 106.

⁵¹⁹ *Idem*, p. 109.

⁵²⁰ *Idem*, p. 110.

1. Les gérants et les propriétaires sont identiques

D'après le rapport, « *the basic principle of an LDP is that it is a law practice which brings together barristers, solicitors and other lawyers on an equal footing* »⁵²¹. Les LDP permettront d'accueillir en tant que gérants de cabinets d'avocats d'autres professionnels qui ne sont pas des avocats⁵²².

Dans ce cadre, les points qui devront être traités sont les suivants :

- la possibilité que des avocats, avec des qualifications professionnelles différentes, travaillent ensemble ;
- les attentes du régulateur concernant la gestion des LDP ;
- la possibilité qu'il y ait parmi les gérants d'une LDP des personnes qui ne sont pas avocats.

Le premier point ne pose aucune difficulté. Il suffirait, en substance, qu'il existe un code de conduite professionnelle pour la LDP, agréé par un régulateur des LDP, auquel tous les avocats seraient tenus d'adhérer.

Le deuxième point est lié à la responsabilité en matière de gestion. À cet égard, il est attendu d'une LDP, indépendamment de sa forme juridique, qu'elle adopte certaines des caractéristiques de la structure d'entreprise. Il devrait y avoir un changement d'orientation allant vers une régulation de l'unité économique, au-delà de la régulation du praticien individuel⁵²³.

De plus, le rapport a proposé la création au sein d'une LDP d'un *Head of Legal Practice* (ci-après : HOLP), nommé auprès des autorités de régulation et responsable de la conduite des affaires juridiques. Cette personne devra être un avocat qualifié. Il a aussi suggéré qu'une LDP ait un *Head of Finance and Administration* (ci-après : HOFA), nommé auprès du régulateur. D'après le rapport, cette personne sera responsable de la comptabilité du cabinet, de la gestion et de la séparation appropriée de l'argent des clients⁵²⁴. Il ne s'agira pas nécessairement d'un avocat.

Pour les petits cabinets, il est envisageable, d'après le rapport, qu'une seule personne puisse cumuler ces deux fonctions.

⁵²¹ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 111.

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 112.

⁵²⁴ *Idem*, p. 113.

Le troisième point est lié à la présence de personnes qui ne sont pas des avocats parmi les gérants d'une LDP. La position du *Bar Council* est, à ce propos, très claire :

« [I]t would be wrong in principle, and would give rise to risks to the public, if individuals were permitted to exercise a significant degree of control over the conduct of a legal practice who are not subject to the professional duties which should underpin the practice of law »⁵²⁵.

Malgré l'avis du *Bar Council*, le rapport a souligné que la plupart des autres prises de position reçues ont admis qu'une certaine libéralisation dans ce secteur semblait raisonnable.

Quant aux gérants non-avocats, en accord avec le régulateur des LDP, ils devraient signer un code de conduite qui inclurait l'engagement d'agir dans l'intérêt des clients, analogue à celui qui lie les avocats gérants. D'une manière générale, la présence de gérants non-avocats reflète le fait que même si les compétences juridiques devraient être au cœur des études modernes, celles-ci ne sont pas suffisantes pour fournir un service efficace⁵²⁶.

Par ailleurs, le rapport a suggéré que tous les gérants (avocats ou non) devraient s'enregistrer auprès du régulateur. De plus, le régulateur devrait concentrer son attention sur la compétence du HOLP et du HOFA et sur les systèmes de gestion mis en place. La réglementation en Nouvelle-Galles du Sud étudiée au chapitre 7 n'est ainsi pas passée inaperçue aux yeux de DAVID CLEMENTI, qui a relevé ce suit :

« It is of note that in New South Wales, where the framework permits Incorporated Legal Practices of a form similar to LDPs, the regulatory framework requires practices to be able to demonstrate compliance with 'appropriate management systems', and the regulatory authority has published a paper which includes a checklist of systems that a practice should have »⁵²⁷.

Enfin, dans le cadre de son rapport, DAVID CLEMENTI a recommandé que les avocats soient une majorité, en nombre, dans le groupe de gestion. Il a motivé sa position, de manière intéressante, en ces termes :

« The hallmark of a legal practice lies not just in the fact that it provides legal services; it also lies in the ethos of the practice fostered by professionals sharing a common set of

⁵²⁵ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 113.

⁵²⁶ *Idem*, pp. 113-114.

⁵²⁷ *Idem*, p. 114.

*values. Having lawyers in a majority in the management group is a more certain way of ensuring that the fundamental attributes of the profession are maintained. It would be onerous for a single person such as the HOLP to define the culture of a firm or be expected to bear the entire weight of upholding the legal ethics of the practice »*⁵²⁸.

2. Les gérants et les propriétaires sont différents

D'un point de vue économique, si un nouveau capital extérieur au secteur était autorisé, cela devrait augmenter la capacité et exercer une pression à la baisse sur les prix.

D'un point de vue commercial, de nouveaux investisseurs devraient apporter non seulement de nouveaux investissements, mais aussi de nouvelles idées sur la façon dont les services juridiques pourraient être proposés aux consommateurs⁵²⁹.

Le rapport a mis en évidence plusieurs questions qui pourraient se poser en cas de séparation entre la gestion et la propriété de l'étude. Il s'agit, notamment, des points suivants⁵³⁰ :

- inquiétudes concernant des propriétaires inappropriés (a) ;
- inquiétudes concernant des propriétaires extérieurs qui exerceraient des pressions commerciales déraisonnables sur les avocats, lesquelles pourraient entrer en conflit avec leurs obligations professionnelles (b) ;
- inquiétudes concernant les conflits d'intérêts des nouveaux propriétaires (c) ;
- nécessité de restreindre la nature et l'étendue des intérêts des propriétaires (d).

a. Propriétaires inappropriés

D'après le rapport, il est probable que de nombreux actionnaires extérieurs apportent des pratiques commerciales susceptibles d'offrir des normes plus élevées que celles qui existent dans certaines études appartenant à des praticiens. En particulier, « [t]hey might insist on high levels of internal controls with

⁵²⁸ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 115.

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 116.

checks and balances, for example in connection with clients' monies, that a small practitioner owned firm would find difficult to replicate »⁵³¹.

Par ailleurs, il a suggéré que les futurs propriétaires extérieurs soient soumis à un test intitulé « *fit to own* », littéralement « apte à posséder »⁵³². Les dispositions précises de ce test seront du ressort du régulateur lui-même, mais il pourrait être tenu compte de : (a) l'honnêteté, l'intégrité et la réputation ; (b) la compétence et la capacité ; ainsi que (c) la solidité financière⁵³³. Le contrôle irait d'ailleurs au-delà de ce test, comme l'a précisé le rapport :

*« The Regulator would be entitled to look at the business plan of the prospective owner and to understand what type of practice it wished to run and why. The Regulator would also have the right in a group context to look beyond the immediate shareholder, for example to the ultimate beneficial owner »*⁵³⁴.

b. Pressions commerciales déraisonnables

Concernant les pressions commerciales déraisonnables, le rapport a mis en évidence les craintes du *Bar Council* exprimées en ces termes :

*« [...] An owner of a law firm who was not a lawyer and therefore not subject to those duties would be perfectly entitled to pursue his own financial interests, even in circumstances where those conflicted with the best interests of clients of the firm or with other core values of the legal profession »*⁵³⁵.

Malgré ces craintes, une LDP aura un certain nombre de caractéristiques qui offriront, d'après le rapport, des garde-fous suffisants⁵³⁶. Il s'agit des mesures suivantes :

- le HOLP devra être un avocat qualifié, compétent pour superviser les domaines dans lesquels la LDP pratiquera ;
- le HOFA devra être compétent dans des domaines cruciaux concernant la gestion, plus particulièrement dans la gestion de l'argent des clients ;

⁵³¹ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 117.

⁵³² DAVID CLEMENTI explique, à cet égard, que si un gérant non-avocat (en minorité dans une LDP) détenait une participation disproportionnée, le régulateur devrait avoir le pouvoir de le traiter comme un propriétaire extérieur, afin qu'il soit soumis au test en question.

⁵³³ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 117.

⁵³⁴ *Idem*, p. 117.

⁵³⁵ *Idem*, pp. 117-118.

⁵³⁶ *Idem*, p. 118.

- le HOLP et le HOFA seront nommés individuellement et soumis à un test de compétence ; ils ne pourront pas être démis de leurs fonctions sans le consentement du régulateur ;
- les avocats qualifiés seront en majorité, en nombre, dans le groupe de gestion de l'étude ;
- les avocats qualifiés continueront à répondre aux mêmes obligations professionnelles à l'égard de leurs clients et du tribunal ; tous les gérants devront adhérer à un code de conduite agréé par le régulateur ;
- le propriétaire extérieur ne pourra avoir aucun intérêt contraire concernant l'issue juridique des affaires des clients traitées par l'étude et n'aura aucun droit d'interférer dans une affaire ou d'avoir accès à des dossiers ou à des informations des clients.

En résumé, une LDP est une entité réglementée. Des garde-fous seront prévus et le propriétaire extérieur n'aura pas le droit de poursuivre entièrement ses propres intérêts financiers, même dans les situations où ses intérêts seraient en conflit avec l'intérêt des clients du cabinet ou d'autres valeurs fondamentales de la profession⁵³⁷.

c. Les conflits d'intérêts

Le rapport a précisé que si une banque détenait une LDP, la banque ne pourrait pas agir pour le compte d'un client concernant les questions où elle aurait un intérêt. Elle ne pourrait pas, par exemple, conseiller un client à propos d'un document où la banque serait partie. Il ne serait pas non plus possible à la banque d'interférer dans le dossier d'un client ou d'avoir accès aux dossiers ou aux informations d'un client.

d. Les restrictions à la propriété

Si la propriété extérieure est admise dans les grandes lignes, il reste encore à déterminer si certaines restrictions devraient être envisagées, soit concernant le pourcentage du capital détenu, que ce soit de façon individuelle ou collective, soit en lien avec des conditions imposées aux parts sociales.

Concernant le pourcentage de participation, le rapport a mentionné l'exemple de la 8^e directive de l'Union européenne sur le droit des sociétés concernant le

⁵³⁷ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 118.

contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés, d'après laquelle des propriétaires extérieurs ne devraient pas détenir plus de 49 % du capital d'un cabinet d'audit⁵³⁸.

Le *Bar Council* a suggéré, quant à lui, que la propriété extérieure soit restreinte à 30 % du capital au maximum⁵³⁹.

Par ailleurs, un autre moyen permettant l'accès au capital, tout en restreignant le contrôle, consisterait à introduire des actions sans droit de vote pour les propriétaires extérieurs⁵⁴⁰. Cette possibilité n'a toutefois pas été recommandée par DAVID CLEMENTI, qui estime que de telles restrictions ne sont pas nécessaires compte tenu des garanties qui ont déjà été proposées. Il conclut, à ce sujet, en ces termes :

*« If the Regulator considered that further safeguards should be introduced to provide assurances that a legal practice operated to a high ethical standard, with proper client care, it would be better to introduce additional checks on how the practice operated, rather than an artificial restriction on capital »*⁵⁴¹.

D. Multi-Disciplinary Practices (MDP)

Le rapport a défini les MDP comme suit :

*« MDPs are practices which bring together lawyers and other professionals to provide legal and other services to third parties »*⁵⁴².

Le document de consultation et les réponses ont identifié les questions suivantes concernant les MDP :

- la manière dont un régulateur de services juridiques peut exercer son autorité sur des personnes qui ne sont pas des avocats, qui offrent aux clients un service professionnel différent et qui sont régies par des codes de conduite différents (1) ;
- la portée de la réglementation lorsque plus de deux professions sont impliquées et qu'il n'y a aucun régulateur principal, ce qui inclut les problèmes liés à l'utilisation du modèle du HOLP (2) ;

⁵³⁸ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 122.

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 133.

- le secret professionnel (3) ; et
- la propriété extérieure (4).

1. La portée de la réglementation

Le rapport s'est prononcé en faveur de la création d'un super-régulateur, le LSB. Or le LSB n'aura aucune compétence en ce qui concerne les services fournis en dehors du secteur juridique. Le régulateur devra, par conséquent, conclure des accords de collaboration avec d'autres régulateurs lorsque cela sera jugé nécessaire. Ces arrangements pourraient consister à déterminer qui détendra le rôle de régulateur principal et quel sera le rôle dévolu au régulateur de la profession « minoritaire ».

2. Lorsque plusieurs professions sont impliquées

Il y aura un degré de complexité supplémentaire lorsque deux ou plusieurs professions seront représentées dans une MDP et qu'aucune ne sera majoritaire.

Certes, il serait possible de recourir à un régulateur principal, mais ce dernier bénéficierait d'une autorité limitée si le contrôle direct s'effectuait sur une minorité. Il pourrait également y avoir un responsable différent pour chacun des services fournis au sein d'une MDP, peut-être sous la supervision d'un responsable principal, pour s'assurer de l'intégrité de l'ensemble de l'entité.

Enfin, l'influence du HOLP est susceptible d'être plus diffuse dans une MDP, à plus forte raison si les services juridiques ne représentent pas l'activité dominante de la société⁵⁴³.

3. Le secret professionnel

Le secret professionnel signifie, en substance, que certaines communications entre un client et son avocat sont protégées contre toute divulgation, même dans le cadre de procédures judiciaires. Cette particularité unique de la profession est considérée comme la pierre angulaire de la relation avocat-client, à un degré plus important que pour des professions comparables⁵⁴⁴. D'après le rapport, la difficulté réside dans le manque de clarté pour les clients quant à savoir si le

⁵⁴³ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 135.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

secret professionnel s'applique uniquement aux questions juridiques abordées par un professionnel du droit (qui est lié par le secret professionnel) ou s'il s'applique à toutes les affaires traitées par la MDP⁵⁴⁵.

Une solution suggérée par la *Law Society* serait de mettre en place des mesures de protection au sein du cabinet d'avocats, en séparant la pratique traitant des affaires non juridiques. La manière la plus simple de procéder serait d'intégrer le secteur des services juridiques dans une entité séparée. Le rapport souligne, toutefois, que l'effet de cette mesure serait un retour à la notion de LDP, même si cette dernière était détenue en commun avec la pratique non juridique. Il serait ainsi possible de se rapprocher d'une MDP par le biais de différentes pratiques (dont l'une pourrait être une LDP).

4. La propriété extérieure

Dans le cadre du test « fit to own », les critères de la solidité financière devraient prendre en compte les activités qui seront effectuées par la MDP et qui seront très différentes de celles d'une pratique juridique. Il est possible que certains critères soient convenus d'un commun accord entre différentes professions. Cela suppose, toutefois, que chaque profession ait un régulateur principal susceptible de lier la profession dans son ensemble et que les règles des autres professions autorisent des propriétaires extérieurs à investir dans une MDP, ce qui ne sera peut-être pas le cas.

À ce stade de ses réflexions, DAVID CLEMENTI a posé le constat suivant :

*« The overwhelming sentiment expressed to me, by those wishing to contemplate alternative business structures, was that it would be a good start to get lawyers working together in LDPs, and to assess the regulatory consequences of that, before proceeding with full-blooded MDPs. I concur with that sentiment but would encourage the efforts of the Law Society, who are doing further research to assess the demand for MDPs »*⁵⁴⁶.

En résumé, le rapport est arrivé à la conclusion que la première étape nécessaire – qui facilitera l'émergence des MDP à l'avenir – est la mise en place d'un cadre réglementaire approprié pour les LDP, y compris un régulateur pour les services juridiques, le LSB. Pour que les MDP deviennent une réalité, il devra y avoir un véritable mouvement de coopération entre les différentes professions.

⁵⁴⁵ DAVID CLEMENTI, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, Final Report, décembre 2004, p. 136.

⁵⁴⁶ *Idem*, p. 137.

IV. Le *Legal Services Act*

A. Principes et objectifs

Le LSA, dont des extraits figurent à l'annexe 5, est entré en vigueur le 30 octobre 2007⁵⁴⁷. Il s'applique à l'Angleterre et au Pays de Galles, étant précisé que l'Écosse et l'Irlande du Nord sont autonomes en la matière.

Il marque le début de l'ère de la réglementation de l'entité – réglementation du cabinet ainsi que du praticien individuellement⁵⁴⁸.

Au-delà des ABS, qui seront abordées en détail au chapitre V ci-dessous, le LSA a mis en place les mesures suivantes⁵⁴⁹ :

- un bureau des plaintes unique et indépendant, l'*Office for Legal Complaints*, pour retirer la gestion des plaintes à la profession et restaurer la confiance des consommateurs ;
- un régulateur indépendant – le LSB – remplaçant une variété de régulateurs et dont la présidence sera assurée par une personne extérieure à la profession.

Le LSB, en tant que super-régulateur, est responsable du respect des objectifs de la réglementation inscrits à la section 1 du LSA. Il s'agit des objectifs suivants :

- protéger et promouvoir l'intérêt public ;
- soutenir les principes constitutionnels de l'État de droit ;
- améliorer l'accès à la justice ;
- protéger et promouvoir les intérêts des consommateurs ;
- promouvoir la concurrence pour la fourniture de services par des personnes autorisées ;
- encourager une profession juridique indépendante, forte, diversifiée et efficace ;
- accroître la compréhension du public quant aux droits et aux devoirs du citoyen ;
- promouvoir et maintenir le respect des principes professionnels.

⁵⁴⁷ Legal Services Act 2007, c. 29 (U.K.).

⁵⁴⁸ GOULD, *The Law of Legal Services*, N 1.17.

⁵⁴⁹ SLAPPER/KELLY, *The English Legal System*, pp. 673-674.

Par ailleurs, le LSA renforce et précise le rôle des régulateurs agréés qui sont autorisés à réglementer la fourniture de services juridiques. Pour rappel, comme nous l'avons déjà relevé⁵⁵⁰, le régulateur agréé devra séparer ses fonctions de représentation et de réglementation⁵⁵¹.

Il s'agit des organes représentatifs et de réglementation suivants⁵⁵² :

- *Law Society* et *Solicitors Regulation Authority* pour les *Solicitors* ;
- *Bar Council* et *Bar Standards Board* pour les *Barristers* ;
- *Chartered Institute of Legal Executives* et *CILEx Regulation* pour les *Legal Executives* ;
- *Council for Licensed Conveyancers* (organe de réglementation, pas d'organe représentatif) pour les *Licensed Conveyancers* ;
- *Chartered Institute of Patent Attorney* et *Intellectual Property Regulation Board* pour les *Patent Attorneys* ;
- *Institute of Trade Mark Attorney* et *Intellectual Property Regulation Board* pour les *Trade Mark Attorneys* ;
- *Association of Costs Lawyers* et *Costs Lawyer Standards Board* pour les *Costs Lawyers* ;
- *Master of the Faculties* (organe de réglementation, pas d'organe représentatif) pour les notaires ;
- *Institute of Chartered Accountants in England and Wales* (pas d'organe de réglementation séparé, les décisions sont prises par un comité indépendant) pour les *Chartered Accountants*.

B. Le « *Big Bang* »

Si la nouvelle réglementation a maintenu le cap fixé par l'OFT, le rapport Clementi et le *White paper*, c'est dans le domaine des ABS que la loi a adopté un point de vue *beaucoup plus radical* que ses prédécesseurs⁵⁵³. Alors que le rapport Clementi, comme nous l'avons vu, avait suggéré que la création des LDP représente une étape vers la création des MDP, la nouvelle réglementation ne prévoit aucune étape intermédiaire⁵⁵⁴. Ainsi, dès l'entrée en vigueur de la loi,

⁵⁵⁰ Voir *supra*, p. 54 ss.

⁵⁵¹ LSA 2007, section 30.

⁵⁵² GOULD, *The Law of Legal Services*, N 1.63. Voir aussi Approved Regulators, Legal Services Board, disponible sur : http://www.legalservicesboard.org.uk/can_we_help/approved_regulators.

⁵⁵³ FLOOD, *Will There Be Fallout from Clementi?*, p. 547. Dans ce sens également, SLAPPER/KELLY, *The English Legal System*, p. 672.

⁵⁵⁴ FLOOD, *Will There Be Fallout from Clementi?*, pp. 547-548.

n'importe quelle structure peut être formée à la condition qu'elle obtienne l'agrément nécessaire. Des avocats et des non-avocats peuvent partager la gestion et le contrôle d'une entité et l'investissement de non-avocats est rendu possible. Une seule entité peut, par ailleurs, fournir des services juridiques, des services de comptabilité et d'autres services. JOHN FLOOD décrit cela comme le « *'Big Bang' of law* »⁵⁵⁵.

Pour être précis, il y a eu, en réalité, une étape intermédiaire avant la possibilité de créer des ABS⁵⁵⁶, mais celle-ci a été de courte durée. Depuis le 31 mars 2009, le LSA a en effet permis la création de LDP en modifiant la législation, notamment le *Solicitors Act 1974* et l'*Administration of Justice Act 1985* (ci-après : AJA). En substance, d'après l'article 9A AJA, une LDP permet à des professionnels de différentes branches du droit de s'associer et d'ouvrir le capital d'un cabinet aux non-avocats à concurrence de 25 % au maximum. À partir d'octobre 2012, un cabinet qui souhaite nommer un directeur non-avocat devra déposer une requête pour obtenir un agrément en tant qu'ABS⁵⁵⁷.

Enfin, relevons que suite à l'entrée en vigueur du LSA, le BSB a fait plusieurs demandes au LSB afin de changer et d'assouplir les dispositions régissant l'organisation des *barristers*. Sans entrer dans les détails, on peut notamment relever la possibilité pour les *barristers* de travailler comme propriétaires ou gérants d'une LDP, d'autoriser ces derniers à travailler comme indépendants et comme employés d'un cabinet en même temps, de détenir des actions dans des LDP et de travailler dans des *partnerships*⁵⁵⁸.

V. Les *Alternative Business Structures* (ABS)

Après une introduction (A), nous présenterons les concepts clés de la réglementation des ABS (B). Nous examinerons ensuite les conséquences de l'introduction de ces nouvelles structures (C). Nous concluons, enfin, en présentant le point de vue du CCBE sur les ABS (D).

⁵⁵⁵ FLOOD, *Will There Be Fallout from Clementi?*, p. 548.

⁵⁵⁶ Lord Hunt of Wirral MBE, *The Hunt Review of the Regulation of Legal Services*, octobre 2009, p. 100.

⁵⁵⁷ The Law Society, *Legal disciplinary practice*, le 6 avril 2011, disponible sur : http://www.lawsociety.org.uk/advice/practice-notes/legal-disciplinary-practice/#ldp3_3.

⁵⁵⁸ Pour un article complet sur la question, voir DEECH.

A. Introduction

1. Définition

Les ABS font l'objet de la partie 5 du LSA. Il s'agit d'une organisation qui est agréée pour fournir une ou plusieurs activités juridiques réglementées par le *Legal Services Act 2007* et dont les propriétaires et/ou les gérants comprennent des personnes ou des entités qui ne sont pas des avocats qualifiés⁵⁵⁹.

Ce nouveau véhicule autorise à la fois la détention partielle et complète d'études d'avocats par des investisseurs extérieurs. Ainsi, la voie permettant à un supermarché ou une banque d'investissement de détenir une étude d'avocats est désormais ouverte⁵⁶⁰, à la condition que les associés ou actionnaires des ABS soient considérés comme « *fit and proper* ». Par ailleurs, la direction de la structure sera bicéphale, en ce sens que l'exercice professionnel sera réservé à un avocat, tandis que la gestion financière et entrepreneuriale pourra se trouver entre les mains d'un non-avocat⁵⁶¹.

Le début des ABS avait été annoncé en octobre 2011, puis la date a été repoussée⁵⁶². Le 28 mars 2012, la SRA a annoncé qu'elle avait licencié ses trois premières ABS⁵⁶³. Au 1^{er} juillet 2014, la SRA avait délivré un total de 279 licences⁵⁶⁴, franchissant le cap des 400 une année plus tard⁵⁶⁵.

⁵⁵⁹ Définition inspirée de celle de MILLER/PARDOE, *Alternative Business Structures*, p. 1.

⁵⁶⁰ FLOOD, *Will There Be Fallout from Clementi?*, p. 549.

⁵⁶¹ WEIL, *Le cabinet d'avocats*, p. 33.

⁵⁶² LSB confirms October 2011 as start date for alternative business structures, disponible sur : http://www.legalservicesboard.org.uk/news_publications/press_releases/2010/pdf/23022010_abs_press_release.pdf.

⁵⁶³ Solicitors Regulation Authority, SRA announces its first ABS, 28 mars 2012, disponible sur : <http://www.sra.org.uk/sra/news/press/sra-authorises-first-abs.page>.

⁵⁶⁴ PAUL PHILIP, Chief Executive, SRA, 3rd International Conference of Legal Regulators, 8-9 juillet 2014, Londres.

⁵⁶⁵ PAUL PHILIP, Chief Executive, SRA, 4th International Conference of Legal Regulators, 27-28 juillet 2015, Toronto.

2. Quelques exemples d'ABS

La première ABS à avoir été autorisée est la société Co-operative Legal Services Limited (CLS)⁵⁶⁶, qui appartient à la société Co-operative Group Limited, connue au Royaume-Uni pour ses supermarchés et ses pharmacies⁵⁶⁷.

Direct Law & Finance Limited a été autorisée comme ABS le 7 août 2013 et propose à la fois des services juridiques et de comptabilité⁵⁶⁸.

LexisNexis UK a été autorisée en tant qu'ABS le 12 décembre 2013 pour lancer Cordery Compliance Limited, une société offrant des services de conseils destinés aux professionnels de différents secteurs⁵⁶⁹.

Le 31 janvier 2014, PricewaterhouseCoopers Legal LLP, une entité indépendante membre du réseau PwC, a obtenu une autorisation en tant qu'ABS⁵⁷⁰. PwC est ainsi devenu la première des « big four » à détenir un cabinet d'avocats.

La compagnie d'assurance Allianz a obtenu une autorisation comme ABS le 27 février 2014 pour lancer ALP Law LLP, en partenariat avec un cabinet d'avocats spécialisé dans les lésions corporelles⁵⁷¹. ALP Law fournira des conseils juridiques et un support pour les assurés d'Allianz qui subissent un dommage corporel à la suite d'un accident.

Pour des détails concernant le profil des ABS, il y a lieu de se référer à l'enquête menée par la SRA figurant à l'annexe 6.

⁵⁶⁶ <https://www.co-oplegalservices.co.uk>.

⁵⁶⁷ Lors de la conférence à Toronto, PAUL PHILIP a expliqué que Co-operative a été le plus grand défit pour la SRA en termes de participation, car il s'agit d'un groupe complexe et il était particulièrement difficile de savoir où s'arrêter dans la procédure qui consiste à approuver les propriétaires et les gérants du groupe (4th International Conference of Legal Regulators, 27-28 juillet 2015, Toronto).

⁵⁶⁸ *Pioneering ABS combines legal and accounting services*, legalfutures, le 7 août 2013, disponible sur : <http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/pioneering-abs-combines-legal-accounting-services>.

⁵⁶⁹ NEIL ROSE, *LexisNexis awarded ABS licence to launch compliance service*, le 25 mars 2014, legalfutures, disponible sur : <http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/lexisnexis-awarded-abs-licence-launch-compliance-service>.

⁵⁷⁰ NEIL ROSE, *Here come the big boys – PwC gains ABS licence*, legalfutures, le 31 janvier 2014, disponible sur : <http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/here-come-big-boys-pwc-gains-abs-licence>.

⁵⁷¹ NEIL ROSE, *Allianz launches latest insurer ABS*, legalfutures, le 6 mars 2014, disponible sur : <http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/allianz-launches-latest-insurer-abs>.

B. Les concepts clés de la réglementation

La réglementation des ABS repose sur cinq concepts clés. Il s'agit de la réglementation de la propriété (1), de la réglementation des gérants et des employés (2), des HOLP et HOFA (3), d'un régime d'autorisation (4) et de la réglementation de l'entité (5).

1. La réglementation de la propriété

Le LSA réglemente la détention d'une ABS par une personne non autorisée (en principe, un non-avocat) lorsque cette personne détient un intérêt qualifié de restreint au sein de cette entité. Un intérêt restreint inclut un intérêt matériel, lequel existe lorsqu'une personne non autorisée détient au moins 10 % des actions d'une ABS ou au moins 10 % des actions dans la société mère d'une ABS ou est en mesure d'exercer une influence significative dans la gestion d'une ABS ou sa société mère en sa qualité d'actionnaire (LSA 2007, Annexe 13, par. 2 et 3).

La SRA donne l'exemple d'une étude d'avocats constituée sous la forme d'une société qui souhaite vendre quelques-unes de ses actions à une autre société qui n'est pas une étude d'avocats et qui n'a aucun avocat dans son étude⁵⁷². Dans ce cas, en admettant que l'étude soit soumise à autorisation en tant qu'ABS, il y aura lieu de vérifier, conformément à la procédure décrite à l'annexe 13 LSA, si la personne non autorisée détient dans l'ABS un intérêt tel que son importance et sa nature en font un intérêt qualifié de « matériel ».

L'autorité qui délivre une autorisation doit être persuadée que la personne non autorisée détenant un intérêt restreint dans l'ABS ne compromettra pas les objectifs de la réglementation définis à la section 1 du LSA ou la capacité des personnes autorisées employées par l'ABS à respecter les exigences réglementaires. Cette personne devra, de plus, être considérée comme « *fit and proper* » pour détenir cet intérêt (LSA 2007, Annexe 13, par. 6(1)). Si une ABS est détenue par une ou plusieurs personnes non autorisées qui ont moins de 10 % d'intérêt dans cette entité, ces personnes ne seront pas soumises au même contrôle⁵⁷³.

⁵⁷² Solicitors Regulation Authority, *Does your interest in an ABS require SRA approval?*, N 8, 7 mars 2014, disponible sur :

<http://www.sra.org.uk/solicitors/code-of-conduct/guidance/guidance/does-your-interest-in-an-abs-require-sra-approval-.page>.

⁵⁷³ MILLER/PARDOE, *Alternative Business Structures*, p. 21.

Lorsque l'autorité qui délivre l'autorisation est la SRA, le *SRA Suitability Test 2011* s'applique aux détenteurs d'intérêts propriétaires ou gérants non-avocats. Il s'agit essentiellement du même test qui s'applique aux personnes qui demandent à être admises en tant que solicitors. D'après IAIN MILLER et MARK PARDOE, « *[i]t is entirely logical that the character and suitability requirements for non-lawyers who have a material interest in a regulated body should be identical to those applied to the lawyers* »⁵⁷⁴.

Lors de la procédure d'autorisation, il y a une obligation d'identifier toutes les personnes non autorisées qui ont ou pourraient avoir un intérêt restreint dans une ABS (LSA 2007, Annexe 13, par. 10). Il y a également une obligation d'informer l'autorité lorsqu'une personne non autorisée propose d'acquérir ou acquiert un intérêt restreint dans une ABS (LSA 2007, Annexe 13, par. 21). Le non-respect de ces obligations est une infraction pénale (LSA 2007, Annexe 13, par. 11 et 22).

L'expérience a montré que la procédure d'approbation au sens de l'annexe 13 LSA pouvait devenir complexe, en particulier s'agissant de sociétés actives dans le capital-investissement. La question qui se pose alors pour la SRA est de savoir jusqu'où elle doit remonter dans ses investigations, puisque plus d'une centaine de personnes pourront parfois être impliquées⁵⁷⁵.

Le site Internet de la SRA met à disposition un modèle d'une demande d'autorisation d'une ABS fictive détenue par différentes personnes (avocats et non-avocats) dont une autre société, avec l'indication des différentes démarches qui auraient dû être effectuées dans ce cas⁵⁷⁶.

2. La réglementation des gérants et des employés

Le LSA prévoit une obligation pour les gérants et les employés d'une ABS. La section 90 du LSA est rédigée en ces termes :

« *A non-authorised person who is an employee or manager of a licensed body, or has an interest or an indirect interest, or holds a material interest, in a licensed body, must not do anything which causes or substantially contributes to a breach by—*

⁵⁷⁴ MILLER/PARDOE, *Alternative Business Structures*, pp. 21-22.

⁵⁷⁵ À ce propos, voir NEIL ROSE, *LSB reviews hurdles faced by non-lawyers who want to own ABSs*, *legalfutures*, le 16 avril 2014, disponible sur : <http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/lsb-reviews-hurdles-faced-non-lawyers-want-abss>.

⁵⁷⁶ Solicitors Regulation Authority, disponible sur : <http://www.sra.org.uk/documents/solicitors/firm-based-authorisation/ABS-Law-example-authorisation.pdf>.

(a) the licensed body, or

(b) an employee or manager of the licensed body who is an authorised person in relation to an activity which is a reserved legal activity, of the duties imposed on them by section 176 ».

La section 176 LSA prévoit, quant à elle, ce qui suit :

« (1) A person who is a regulated person in relation to an approved regulator has a duty to comply with the regulatory arrangements of the approved regulator as they apply to that person.

(2) A person is a regulated person in relation to an approved regulator if the person—

(a) is authorised by the approved regulator to carry on an activity which is a reserved legal activity, or

(b) is not so authorised, but is a manager or employee of a person who is so authorised.

(3) This section applies in relation to the Board in its capacity as a licensing authority and its licensing rules, as it applies in relation to an approved regulator and its regulatory arrangements ».

En substance, ces dispositions imposent aux non-avocats de l'ABS de ne pas interférer avec les avocats de l'ABS en ce qui concerne le respect du LSA ou des réglementations pertinentes. Si un gérant ou un employé ne respecte pas la disposition précitée, il peut être exclu de l'ABS par l'autorité (LSA 2007, section 99).

3. HOLP et HOFA

Chaque ABS doit avoir un *head of legal practice* (HOLP) et un *head of finance and administration* (HOFA) (LSA 2007, Annexe 11, par. 11-14). Ce concept a été repris du rapport Clementi.

Les articles 91 et 92 du LSA traitent des devoirs imposés au HOLP et au HOFA. Le HOLP doit prendre toutes les mesures raisonnables pour s'assurer du respect des conditions d'autorisation de l'ABS et, le cas échéant, signaler à l'autorité de régulation tout manquement à ces conditions (LSA 2007, section 91 par. 1). Il doit, en outre, veiller au respect des sections 90 et 176 LSA et, le cas échéant, signaler à l'autorité de régulation tout manquement à ces dispositions (LSA 2007, section 91, par. 3 et 4).

Dans le cadre de la réglementation prévue par la SRA, les responsabilités du HOLP et du HOFA se trouvent à la règle 8.5 des *SRA Authorisation Rules 2011*.

D'après IAIN MILLER et MARK PARDOE, les rôles du HOLP et du HOFA seront très importants autant pour l'ABS que pour le régulateur⁵⁷⁷.

4. Le régime de l'autorisation

Conformément au LSA, une autorité en charge d'octroyer des licences est tenue de mettre en place une procédure d'autorisation (section 83 et Annexe 11). La procédure d'autorisation de la SRA est régie par les *SRA Authorisation Rules 2011*. La licence ou l'autorisation est au cœur de la réglementation des ABS⁵⁷⁸. IAIN MILLER et MARK PARDOE précisent, à ce sujet, ce qui suit :

« *An ABS wishing to be regulated by the SRA must apply to the SRA for authorisation. The SRA will then consider whether to authorise it and therefore grant it a licence, which will be subject to conditions. Some of these conditions will be standard, while others may address the particular features of the ABS. The licence will be issued for an undefined period* »⁵⁷⁹.

Les sections 73 à 79 du LSA traitent des autorités qui sont autorisées à octroyer des licences aux ABS, les « *licensing authorities* ». Les régulateurs actuels agréés peuvent déposer leur candidature auprès du LSB pour obtenir la permission de réguler des ABS⁵⁸⁰. Deux autorités disposent actuellement d'un agrément : le *Council for Licensed Conveyancers* et la SRA. La BSB ne devrait pas obtenir d'autorisation avant 2015 et la participation des propriétaires et des gérants non-avocats devrait être limitée à 25 %⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ MILLER/PARDOE, *Alternative Business Structures*, p. 25.

⁵⁷⁸ *Idem*, p. 25.

⁵⁷⁹ *Idem*, pp. 25-26.

⁵⁸⁰ Legal Services Board, disponible sur : http://www.legalservicesboard.org.uk/Projects/alternative_business_structures_and_special_bodies/index.htm.

⁵⁸¹ *BSB unlikely to regulate ABSs until 2015*, legalfutures, le 27 mai 2014, disponible sur : <http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/bsb-unlikely-regulate-abss-2015>. Ewen MacLeod, Director of Regulatory Policy, Bar Standards Board, précise qu'une réglementation de l'entité pour les *barristers* sera lancée en janvier 2015. Une autorisation en tant que « *licensing authority* » au sens du *Legal Services Act* n'est pas prévue avant fin 2015 (courriel du 1^{er} décembre 2014). Pour plus de détails, voir Entity regulation policy statement, disponible sur : https://www.barstandardsboard.org.uk/media/1668991/entity_regulation_policy_statement.pdf.

La nécessité de requérir une autorisation dépend de deux paramètres : le type d'activité que l'entité souhaite déployer et le cercle des gérants et des propriétaires de la structure⁵⁸². Les entités avec au moins un avocat gérant qui souhaitent déployer leurs activités dans un domaine légal réservé⁵⁸³ et qui ont l'intention d'avoir des gérants ou des propriétaires non-avocats devront être autorisées en tant qu'ABS. Pour plus de détails, nous renvoyons, sous le titre « *Licensable Body* », à la section 72 du LSA.

Ainsi, une étude qui compte une faible participation indirecte de non-avocats (moins de 10 %) ne sera pas soumise à autorisation (article 72(2) du LSA)⁵⁸⁴. Dans ce cas, la participation indirecte signifie que la participation du non-avocat est dans une autre entité qui est elle-même un gérant de l'étude ou détient un intérêt dans cette dernière.

En revanche, une entité avec une participation directe d'un non-avocat devra être soumise à autorisation comme ABS et remplir les critères d'éligibilité pour être une ABS.

Le schéma qui figure à l'annexe 7 résume les différentes questions qu'il y a lieu de se poser à propos de la nécessité de requérir ou non une autorisation en tant qu'ABS⁵⁸⁵. Au surplus, l'enquête menée sur les ABS par la SRA, qui se trouve à l'annexe 6, fournit des informations supplémentaires concernant la procédure d'autorisation.

5. La réglementation de l'entité

La réglementation des *solicitors* a traditionnellement été basée sur les *solicitors* individuellement et non pas sur les organisations dans lesquelles ces derniers exercent⁵⁸⁶.

⁵⁸² Solicitors Regulation Authority, *Does your firm need to be authorised as an ABS?*, 20 novembre 2013, disponible sur :

<http://www.sra.org.uk/solicitors/code-of-conduct/guidance/guidance/does-your-firm-need-to-be-authorised-as-an-abs-.page>.

⁵⁸³ Pour la liste des activités légales réservées, voir annexe 2, section 12 LSA.

⁵⁸⁴ Solicitors Regulation Authority, *Does your firm need to be authorised as an ABS?*, 20 novembre 2013, disponible sur :

<http://www.sra.org.uk/solicitors/code-of-conduct/guidance/guidance/does-your-firm-need-to-be-authorised-as-an-abs-.page>.

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ MILLER/PARDOE, *Alternative Business Structures*, p. 27.

D'après IAIN MILLER et MARK PARDOE, une réglementation individuelle ne convient pas au concept des ABS où c'est l'entité qui est autorisée à fournir des activités juridiques réservées, plutôt que les personnes au sein de cette dernière, dont une petite partie seulement seront peut-être des *solicitors*⁵⁸⁷.

La SRA a ainsi adopté une réglementation basée sur l'entité. Il y a plusieurs conséquences, relèvent IAIN MILLER et MARK PARDOE.

Il est probable qu'à l'avenir, les mesures d'exécution seront prises à l'encontre de l'entité plutôt qu'à l'encontre des personnes au sein de l'entité. Or cette approche est très éloignée de l'approche traditionnelle, comme l'expliquent IAIN MILLER et MARK PARDOE :

« [C]onsiderations about personal culpability have no place in determining whether to take enforcement action against an entity. In the case of an entity, the approach will be to consider whether it has complied with SRA's principles [...]. If it has not, then what risks are posed by that failure? In many cases the risks can be adequately addressed by making improvements to the firm's processes and no enforcement action will need to be taken. There will of course be cases where enforcement action is still necessary to address the identified risks or to act as a deterrent »⁵⁸⁸.

Notons que la SRA traitera avec les personnes au sein de l'entité qui sont responsables de la réglementation, plus particulièrement le HOLP⁵⁸⁹. L'annexe 8 présente la structure d'une ABS et les autorisations requises.

C. Les conséquences de l'introduction des ABS

Ces nouvelles entités offriront les avantages suivants⁵⁹⁰ :

- augmentation de la flexibilité : des compagnies d'assurance, des banques et des agences immobilières pourront réaliser des synergies avec des études d'avocats en formant des ABS pour offrir des services juridiques intégrés et des services associés ;
- meilleure répartition des risques : une étude pourra répartir ses risques de manière plus efficace entre ses actionnaires ;
- augmentation de l'accès au financement ;
- engagement et rétention plus facile des cadres non juristes hautement qualifiés.

⁵⁸⁷ MILLER/PARDOE, *Alternative Business Structures*, p. 28.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ FLOOD, *Will There Be Fallout from Clementi?*, pp. 548-549.

Du point de vue des justiciables, les avantages escomptés sont les suivants : des services plus diversifiés, géographiquement plus accessibles, de meilleure qualité et beaucoup moins chers⁵⁹¹. D'après FREDERIC PELOUZE, qui cite l'exemple d'un client qui se ferait conseiller par un avocat dans l'enceinte même d'une agence de location de voitures suite à un accident, « [f]ournir un service à l'endroit même où il est attendu représenterait en effet une avancée remarquable en terme d'accès au droit pour des personnes isolées et/ou peu flexibles »⁵⁹². Les services sont ainsi proposés tels qu'ils sont attendus par le client et pas tels que l'avocat souhaite les fournir.

D'après FRANK H. STEPHEN, la limitation de la détention des cabinets d'avocats aux seuls avocats a pour conséquence de limiter l'innovation dans la manière de fournir des services juridiques. Il analyse cela en ces termes :

*« This virtual absence of product or organizational innovation is almost unique to the legal services industry. Consequently, the observed business organizations in which these lawyers practise cannot be seen as the optimal form (even in an evolutionary sense) since regulation has curtailed the forms of business organization permitted. »*⁵⁹³

Ainsi, selon cet auteur, le LSA propose un cadre permettant l'émergence de nouvelles formes d'organisation pour les avocats qui amènera des changements dans la manière de fournir des services juridiques⁵⁹⁴.

Selon une étude récente menée par Fox Williams, sur 100 études interrogées au Royaume-Uni, 39 % ont déjà changé leur stratégie de gestion et 14 % leur structure de partenariat⁵⁹⁵. JOHN FLOOD estime – ce qui nous paraît réaliste – qu'il est probable que parmi les plus grands cabinets d'avocats au Royaume-Uni, certains envisageront, dans un horizon de cinq à dix ans, une entrée en bourse⁵⁹⁶. Pour le moment, il convient de relever que les études d'avocats globalisées n'ont pas été affectées par la réforme, probablement parce qu'elles n'ont pas besoin de capitaux extérieurs et parce qu'elles craignent la réaction des régulateurs aux États-Unis⁵⁹⁷.

⁵⁹¹ PELOUZE, *Libéralisation*, p. 2.

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ STEPHEN, *Lawyers, Markets and Regulation*, p. 130.

⁵⁹⁴ *Idem*, p. 160.

⁵⁹⁵ ABSolutely fabulous? An insight into Alternative Business Structures, foxwilliams, disponible sur : <http://www.foxwilliams.com/ABS>.

⁵⁹⁶ FLOOD, *Institutional Bridging*, p. 1120. Ce qui est déjà le cas pour Gateley Plc, premier cabinet d'avocats britannique à être coté en bourse depuis le 8 juin 2015.

⁵⁹⁷ *Ibid.*

La différence la plus notable, d'après SIMON BEVAN, vient du fait que le marché des services juridiques sera ouvert à une plus grande concurrence⁵⁹⁸. À ce sujet, le Secrétaire à la justice KEN CLARKE a déclaré, lors d'une conférence devant la *Birmingham Law Society*, que 3'000 « *high street firms* » pourraient être amenées à disparaître après l'entrée en vigueur des ABS⁵⁹⁹.

Les propos de PAUL HARDING, fondateur de la Société ABS Advisory Partners, sont pour le moins éloquents :

*« I think there will be blood on the high streets, because [those firms] simply cannot compete on price with the Co-Op [just to pick an example]. They probably cannot compete on Co-Op levels of turnaround and levels of service either »*⁶⁰⁰.

Les propos de l'ancien président de la *Law Society*, ROBERT HESLETT, sont plus nuancés :

*« It is possible that the emergence of ABS will prove challenging for existing firms. There may be more competition for solicitors who are well established in what is an already competitive market place. But providing legal services is not the same as selling baked beans as a previous minister suggested. I believe most consumers will generally prefer solicitors, given their unique selling point of being trusted advisers »*⁶⁰¹.

D'après SLAPPER et KELLY, il est ainsi possible que les nouveaux entrants sur le marché des services juridiques s'aperçoivent que le travail est moins profitable qu'ils l'avaient initialement prévu et se retirent du marché⁶⁰². Il pourrait ainsi, selon ces auteurs, en résulter relativement peu de changements.

⁵⁹⁸ BEVAN, *Evolving Business Structures*, p. 71.

⁵⁹⁹ JONATHAN RAYNER, *3'000 high street firms could disappear – Clarke*, The Law Society Gazette, 6 octobre 2012, disponible sur : <http://www.lawgazette.co.uk/57425.article>.

⁶⁰⁰ Briefing on competitiveness & the LSA, n° 15, octobre 2011, p. 8, qui fait référence au groupe Co-operative, une chaîne de supermarchés au Royaume-Uni, disponible sur : http://www.legalsupportnetwork.co.uk/sites/default/files/Briefing_LSA_competitiveness_Oct2011.pdf.

⁶⁰¹ ROBERT HESLETT, *What alternative business structures mean for the legal profession*, theguardian, le 9 juin 2010, disponible sur : <http://www.theguardian.com/law/2010/jun/09/alternative-business-structures>.

⁶⁰² SLAPPER/KELLY, *The English Legal System*, p. 677.

Pour organiser la résistance, une alliance de cabinets d'avocats indépendants au Royaume-Uni, QualitySolicitors⁶⁰³, a vu le jour en 2008⁶⁰⁴. Selon leur site Internet, cette alliance compte aujourd'hui plus de 200 membres au Royaume-Uni.

D. Le point de vue du CCBE sur les ABS

Suite à une consultation menée par la SRA⁶⁰⁵ et le LSB⁶⁰⁶, le CCBE a été invité à prendre position au sujet des ABS.

Dans sa prise de position du 4 septembre 2009, le CCBE a indiqué qu'il est tout sauf évident, d'après lui, que l'ouverture du marché des services juridiques aux non-avocats pourrait être le moyen approprié pour encourager une profession juridique indépendante, forte, diversifiée et efficace. La SRA, tout comme le LSB, semble cependant tenir pour acquis, d'après le CCBE, que les mécanismes du marché apporteront des bénéfices supplémentaires une fois celui-ci ouvert aux non-avocats.

D'un point de vue européen, la perception est différente, a précisé le CCBE. Le nombre de praticiens dans la plupart des États membres a plus ou moins explosé et la concurrence s'est intensifiée. Selon la directive sur les services des avocats (77/249/CEE) et d'autres instruments, les avocats et les études d'avocats d'un État membre de l'Union européenne peuvent fournir des services juridiques dans trente États européens. D'après la directive sur l'établissement des avocats européens (98/5/CEE), les avocats et les études d'avocats peuvent établir un cabinet dans n'importe quel État membre. Les marchés des services juridiques ont ainsi été considérablement élargis.

Le CCBE est d'avis que tout développement qui pourrait s'avérer nécessaire pour répondre aux besoins des clients sera obtenu au sein du marché européen des services juridiques. Les services seront fournis par des professionnels du droit dans un nombre croissant de structures et le CCBE ne voit aucun avantage pour les clients à ce que le marché soit ouvert aux non-avocats.

⁶⁰³ <http://www.qualitysolicitors.com>.

⁶⁰⁴ SLAPPER/KELLY, *The English Legal System*, p. 675.

⁶⁰⁵ CCBE response to the Solicitors Regulation Authority's consultation on new forms of practice and regulation for alternative business structures, le 4 septembre 2009, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_CCBE_Response_to_1_1253696350.pdf.

⁶⁰⁶ *Ibid.*

De plus, si la législation et les réglementations professionnelles varient d'un État membre à l'autre, toutes les juridictions ont en commun la notion des valeurs fondamentales de la profession protégeant les intérêts du client et garantissant la bonne administration de la justice : l'indépendance, le secret professionnel et la prévention de tout conflit d'intérêts. D'après le CCBE, les avantages de l'ouverture du marché aux non-avocats sont incertains et pourraient compromettre l'intégrité de la profession.

Par ailleurs, le CCBE a mis en garde la SRA et le LSB à propos du cadre juridique européen. En ce qui concerne le Royaume-Uni, les directives 77/249/CEE et 98/5/CEE sont applicables aux « Advocates », « Barristers » et « Solicitors ». Les deux directives concernent les membres des professions répertoriées, ainsi que l'exercice en groupe.

La situation est toutefois particulière en ce qui concerne les structures dans lesquelles certaines personnes ne sont pas des membres de la profession. D'après l'article 11 paragraphe 1 point 5 de la directive 98/5/CEE, « l'État membre d'accueil, dans la mesure où il interdit aux avocats exerçant sous leur propre titre professionnel approprié, l'exercice de la profession d'avocat au sein d'un groupe comportant des personnes extérieures à la profession, peut refuser à un avocat inscrit sous son titre professionnel d'origine d'exercer sur son territoire en qualité de membre de son groupe ». Selon le CCBE « [m]ost jurisdictions prohibit all business structures where persons who do not have the status of lawyer within the meaning of the definitions given in both Directives hold entirely or partly the capital of the grouping, use the name under which it practises, or exercise de facto or de jure the decision-making power »⁶⁰⁷.

D'après le CCBE, il est vrai que certains pays européens autorisent des LDP et des MDP à certaines conditions. Dans certaines juridictions, les non-avocats peuvent devenir associés d'une étude d'avocats s'ils sont membres d'une profession réglementée dont la déontologie est comparable à celle de la profession d'avocat. La France, l'Italie et le Danemark semblent accepter que des non-avocats qui gagnent leur vie dans un cabinet d'avocats deviennent associés de ce même cabinet. L'Espagne est le seul État membre qui autorise, dans une certaine mesure, des capitaux extérieurs dans les cabinets d'avocats. D'après le CCBE, « [t]here is no evidence yet whether such Spanish firms will be regarded as law firms by other European jurisdictions »⁶⁰⁸. Conformément à l'article 11

⁶⁰⁷ CCBE response to the Solicitors Regulation Authority's consultation on new forms of practice and regulation for alternative business structures, le 4 septembre 2009, p. 4, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_CCBE_Response_to_1_1253696350.pdf.

⁶⁰⁸ *Ibid.*

paragraphe 1 point 5 de la directive sur l'établissement des avocats (98/5/CEE), un État membre d'accueil peut, en effet, refuser d'autoriser des avocats européens à exercer sur son territoire dans leur qualité de membre d'un tel groupe, à condition que la même interdiction soit appliquée aux avocats de l'État d'origine.

En outre, d'après le CCBE, lorsqu'un État membre applique l'article 11 paragraphe 1 point 5 à des ABS ou à d'autres structures, il n'y a pas de conflit entre le droit européen primaire (à savoir, par exemple, la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux) et les dispositions de ladite directive. Le CCBE a rappelé, à ce propos, que la Cour de justice européenne considère que les États membres sont libres de réglementer l'exercice de la profession d'avocat sur leur territoire (Wouters C-309/99, § 99). À cet égard, les « raisons impérieuses d'intérêt général » sont la bonne administration de la justice, la protection des consommateurs finaux des services juridiques, conjointement avec les garanties nécessaires liées à l'intégrité et à l'expérience des avocats.

Le CCBE est ainsi d'avis que les ABS pourront s'établir à l'étranger et fournir des services juridiques si ces services ne relèvent pas des activités réservées dans l'État d'accueil. S'agissant des activités réservées, le CCBE s'attend à ce qu'une grande majorité des juridictions applique l'article 11 paragraphe 1 point 5 de la directive 98/5/CEE aux ABS.

Par conséquent, les « Advocates », les « Barristers » et les « Solicitors » qui exerceront au sein d'une ABS ne pourront pas fournir de services juridiques sous leur titre professionnel dans de nombreuses juridictions européennes.

En définitive, le CCBE a recommandé à la SRA et au LSB de ne pas aller de l'avant avec le projet des ABS. L'avis du CCBE, qui conclut en ces termes, a le mérite d'être clair :

« Non-lawyers, who do not practise as regulated professionals themselves, constitute additional risks to clients and the due administration of justice. The public's perception of their participation as investors, or Heads of Legal Practice, or both, could compromise the integrity of the business structure as a whole. The way in which legal services are delivered has effects not only on the clients themselves but also on the judiciary and third parties. It is of utmost importance, that not only clients but also courts, the public sector, and even the adverse party in a conflict can rely on the lawyer's integrity »⁶⁰⁹.

⁶⁰⁹ CCBE response to the Solicitors Regulation Authority's consultation on new forms of practice and regulation for alternative business structures, le 4 septembre 2009, p. 6, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_CCBE_Response_to_1_1253696350.pdf.

VI. Analyse

D'après HEINZ WEIL, « [a]uparavant, et malgré les différences résultant des traditions anglaises et du système du common law par opposition au civil law, les organisations professionnelles, structures d'exercice et règles professionnelles étaient dans les grandes lignes semblables à celles qui existent en Allemagne, en France et dans la majorité des pays d'Europe continentale »⁶¹⁰. La réforme des professions judiciaires en Angleterre et au Pays de Galles s'apparente ainsi à un véritable « *big bang* ».

L'équilibre de la réglementation a été modifié de manière significative, vers une régulation de l'unité économique (*firm-based regulation*), au-delà de la régulation du praticien individuel. La SRA a, en outre, adopté une réglementation basée sur des risques (*risk-based regulation*). Les risques sont évalués en fonction de leur probabilité et de l'impact du dommage qu'ils sont susceptibles de causer, et ce avant même que des mesures ne soient prises.

Le succès et la crédibilité de ce nouveau régime reposent essentiellement sur le test auquel les non-avocats seront soumis, afin d'éviter que des personnes peu scrupuleuses deviennent propriétaires ou gérantes d'une étude d'avocats. Les décisions prises par la SRA seront ainsi déterminantes.

Le revers de la médaille, à notre sens, réside probablement dans la complexité et la technicité d'une telle réglementation. À vouloir circonscrire tous les risques pour tenter de les atténuer, la réglementation engendre inévitablement dans sa mise en application un coût très important. Il est encore difficile, à ce stade, de percevoir si ce coût sera compensé par certains avantages qui bénéficieront à l'ensemble de la profession, ainsi qu'au public.

Du point de vue des praticiens, la principale doléance à l'encontre de la nouvelle réglementation réside dans le délai d'attente entre le dépôt d'une demande auprès de la SRA et l'octroi d'une autorisation⁶¹¹. Il faut, en effet, compter entre sept à neuf mois d'attente pour obtenir une autorisation. Un rapport du 15 janvier 2014 a montré que depuis le 3 janvier 2012, sur un total de 404 demandes,

⁶¹⁰ WEIL, *Le cabinet d'avocats*, p. 32.

⁶¹¹ Récemment, un consultant britannique a révélé – ce qu'il a décrit comme étant une situation grotesque – des investigations effectuées par la SRA à propos d'un bébé de six mois censé détenir un intérêt matériel au sein d'une ABS. NICK HILBORNE, *SRA investigated baby with « material interest » in ABS*, *legalfutures*, le 27 mai 2015, disponible sur : <http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/sra-checked-birth-certificate-of-baby-with-material-interest-in-abs>.

106 avaient entre-temps été retirées⁶¹². À vrai dire, ces lenteurs et ces lourdeurs ne sont pas tellement surprenantes au regard de la technicité et de la complexité de la réglementation.

Par ailleurs, deux dangers doivent être mentionnés à propos des réformes qui ont été introduites en Angleterre et au Pays de Galles.

Premièrement, le super-régulateur des professions juridiques, le LSB, a une proximité dangereuse avec le pouvoir exécutif qui est prédominant dans la désignation de ses membres⁶¹³. Une telle proximité représente un danger en ce qui concerne le rôle spécifique de l'avocat dans un État de droit⁶¹⁴. HEINZ WEIL estime toutefois « [...] que dans une démocratie ancienne et bien établie, telle que l'Angleterre, cette proximité ne donnera pas lieu, en pratique, à des interférences susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de la profession »⁶¹⁵. En revanche, d'après cet auteur, « [u]n régime moins démocratique pourrait trouver dans le nouveau système anglais une excellente excuse pour introduire une autorité de régulation d'apparence semblable, mais portant véritablement atteinte à l'indépendance du barreau »⁶¹⁶.

Deuxièmement, les cabinets d'avocats appartenant à une banque, une compagnie d'assurances ou à une chaîne de supermarchés semblent être un autre danger. HEINZ WEIL indique, à ce propos, qu'« [i]maginer que dans une telle constellation la division de la gérance entre un avocat chargé de la pratique professionnelle et un financier chargé de la gestion permet de préserver l'indépendance des avocats de la firme, paraît pour le moins naïf, à moins d'être hypocrite »⁶¹⁷. L'investisseur cherchera à bénéficier d'un retour sur investissement maximal et, pour ce faire, fera pression pour que le cabinet d'avocats réalise la maximisation des profits⁶¹⁸. Or l'avocat a dans sa déontologie le devoir de faire

⁶¹² NEIL ROSE, *SRA's approach to licensing ABSs « damaging competition, consumers and access to justice »*, legalfutures, le 9 avril 2014, disponible sur : <http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/sras-approach-licensing-abss-damaging-competition-consumers-access-justice>.

⁶¹³ Dans ce sens, WEIL, *Le cabinet d'avocats*, p. 36. Lors de l'*International Conference of Legal Regulators* qui s'est tenue à Londres les 8 et 9 juillet 2014, la Baroness RUTH DEECH QC (Hon), Présidente du Bar Standards Board, a relevé, à l'occasion de son discours de bienvenue, que la perception qu'il y avait beaucoup trop de contrôle du gouvernement sur la profession juridique l'emportait sur l'indépendance générale de la réglementation.

⁶¹⁴ WEIL, *Le cabinet d'avocats*, p. 36.

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ *Ibid.*

⁶¹⁸ *Ibid.*

passer les intérêts de son client devant les siens propres⁶¹⁹, y compris en matière financière ; contrairement au vendeur de voitures qui, s'il parvient à convaincre son client d'acheter une option coûteuse mais néanmoins inutile, ne contrevient à aucune obligation déontologique⁶²⁰.

⁶¹⁹ WEIL, *Le cabinet d'avocats*, p. 35, qui cite l'exemple de l'avocat qui ne doit pas interjeter appel d'un jugement si l'appel n'a pas de chances d'aboutir, quand bien même la procédure d'appel lui procurerait un chiffre d'affaires et un bénéfice supplémentaires.

⁶²⁰ *Ibid.*

Chapitre 9 : États-Unis

Nous allons, dans un premier temps, présenter les fondements, les critiques et la légitimité de la « *corporate practice of law doctrine* » qui a influencé très tôt déjà la pratique du droit aux États-Unis (I). Nous nous intéresserons, dans un deuxième temps, à la question de l'interdiction de la détention d'un cabinet d'avocats par un non-avocat aux États-Unis (II). Nous terminerons, enfin, par une analyse (III).

I. La « *corporate practice of law doctrine* »

A. Les fondements

La « *corporate practice of law doctrine* », apparue dans la première partie du 20^e siècle aux États-Unis, interdit à une société (*corporation*) de s'engager dans la pratique du droit, et ce même si l'employé de la société qui fournit les services juridiques est un avocat⁶²¹.

GILLIAN HADFIELD explique que ce concept a été inventé par les avocats américains à un moment où les sociétés étaient en train de s'étendre dans tous les secteurs de l'économie en tant qu'organisation dominante pour faire des affaires⁶²².

Les autorités judiciaires qui ont développé cette théorie soutenaient, en substance, le raisonnement suivant :

« *First, courts note that only those with a license may practice law. Second, the courts note that a corporation can never be licensed to practice law because it cannot attain the educational and character requirements necessary for a license. Thus, a corporation cannot practice law.* »⁶²³

⁶²¹ GIESEL, *Corporations Practicing Law Through Lawyers*, p. 172 ss. et les réf. cit.

⁶²² HADFIELD, *The Cost of Law*, p. 8.

⁶²³ GIESEL, *Corporations Practicing Law Through Lawyers*, p. 174 ss. et les réf. cit.

Dans un jugement daté de 1910, le Juge VANN de l'État de New-York relevait, en particulier, ce qui suit :

*« It is not a lawful business except for members of the bar who have complied with all the conditions required by statute and the rules of the courts. As these conditions cannot be performed by a corporation, it follows that the practice of law is not a lawful business for a corporation to engage in. As it cannot practice law directly, it cannot indirectly by employing competent lawyers to practice for it, as that would be an evasion which the law will not tolerate »*⁶²⁴.

Le Juge new-yorkais motivait son raisonnement en se référant à l'adage latin « *Quando aliquid prohibetur ex directo, prohibetur et per obliquium* », d'après lequel, quand quelque chose est interdit directement, l'interdiction s'applique également indirectement. Autrement dit, si la pratique du droit en société est interdite, la pratique du droit par un avocat employé par une société doit également être interdite.

Il relevait que la relation entre un avocat et son client exige le plus haut degré de confiance. Or d'après lui, cette confiance ne peut pas être déléguée sans consentement et elle ne peut pas exister entre un avocat employé par une société et un client de la société, dans la mesure où l'avocat ne serait alors plus soumis aux instructions de son client, mais à celles de la société.

À cet égard, le Juge faisait part de ses craintes, en ces termes :

*« There would be neither contract nor privity between him and the client, and he would not owe even the duty of counsel to the actual litigant. The corporation would control the litigation, the money earned would belong to the corporation and the attorney would be responsible to the corporation only. His master would not be the client but the corporation, conducted it may be wholly by laymen, organized simply to make money and not to aid in the administration of justice which is the highest function of an attorney and counselor at law. The corporation might not have a lawyer among its stockholders, directors or officers. Its members might be without character, learning or standing. There would be no remedy by attachment or disbarment to protect the public from imposition or fraud, no stimulus to good conduct from the traditions of an ancient and honorable profession, and no guide except the sordid purpose to earn money for stockholders »*⁶²⁵.

JULIUS COHEN ajoutait, quant à lui, que le fait d'autoriser un intermédiaire, c'est-à-dire une entité entre l'avocat et son client, détruirait l'essence même de cette relation⁶²⁶. D'après lui, « *[n]o matter how important he may be in other*

⁶²⁴ *In re Co-operative Law Co.*, 198 N.Y 479, 483, 92 N.E. 15, 16 (1910).

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ COHEN, p. 249.

*walks of life, the middleman is out of place here, out of tune, jars and breaks the harmony of something too delicate for words »*⁶²⁷.

Les conclusions du Juge étaient sans équivoque :

« The bar, which is an institution of the highest usefulness and standing, would be degraded if even its humblest member became subject to the orders of a money-making corporation engaged not in conduction litigation for itself, but in the business of conducting litigation for others. The degradation of the bar is an injury to the State. A corporation can neither practice law nor hire lawyers to carry on the business of practicing law [...] »

*The legislature in authorizing the formation of corporations to carry on 'any lawful business' did not intend to include the work of the learned professions. Such an innovation with the evil results that might follow would require the use of specific language clearly indicating the intention »*⁶²⁸.

Ainsi, cette théorie trouve ses origines dans plusieurs États, non pas dans une réglementation explicite ou une législation, mais bien dans l'exercice judiciaire d'un pouvoir exclusif qui consiste à contrôler les admissions au barreau et à surveiller disciplinairement les avocats⁶²⁹.

Or cette doctrine ne semble pas dépassée, puisque la Cour suprême de Californie relevait en 2006 encore que « *the profit motive [of a corporation] creates an inherent conflict of interest for attorneys and would foster inappropriate commercialization of the profession »*⁶³⁰.

B. Les critiques

D'après GRACE GIESEL, même si cette doctrine était, à l'origine, présentée comme un garde-fou indispensable pour protéger le public d'avocats peu scrupuleux⁶³¹, elle a par la suite principalement été motivée par le désir de la profession de contrôler la concurrence que représentaient pour les avocats les sociétés⁶³².

⁶²⁷ COHEN, p. 249.

⁶²⁸ *In re Co-Operative Law Co.*, 198 NY 479, 483, 92 N.E. 15, 16 (1910).

⁶²⁹ HADFIELD, *The Cost of Law*, p. 11.

⁶³⁰ *Frye v. Tenderloin Hous. Clinic, Inc.*, 38 Cal. 4th 23 (2006).

⁶³¹ GIESEL, *Corporations Practicing Law Through Lawyers*, p. 160 ss.

⁶³² *Idem*, p. 182 ss.

Alors que les inquiétudes semblaient pouvoir se dissiper, en particulier s'agissant de sociétés employant uniquement des avocats qualifiés, il a été évoqué la crainte que l'entité-employeur exerce un contrôle sur le jugement de l'avocat-employé et interfère ainsi de manière inadmissible avec l'indépendance de jugement et la loyauté de l'avocat envers son client⁶³³. À propos de la pertinence de cette analyse, il a été souligné qu'il était particulièrement illogique que la société doive subir le fardeau des actions de l'avocat-employé et, en contrepartie, ne puisse pas bénéficier du fait que celui-ci soit autorisé à pratiquer le droit⁶³⁴.

Enfin, un auteur a même relevé – de manière ironique, mais néanmoins pertinente – qu'une telle analyse revenait à soutenir qu'une société exploitant des camions ne pouvait pas faire fonctionner son entreprise, au motif que la société ne pouvait pas obtenir une licence pour conduire des camions⁶³⁵.

C. La légitimité

Cette doctrine doit être replacée dans son contexte, dans la mesure où lorsqu'elle a vu le jour, aucune règle déontologique concernant la pratique du droit en société n'existait aux États-Unis⁶³⁶.

Avant le début des années 1960, les avocats étaient en effet limités à exercer le droit en tant que praticiens individuels ou en tant qu'associés dans une société de personnes (*general partnership*)⁶³⁷.

Dans les années 1960, cette théorie a été profondément affaiblie par l'apparition des *professional corporations*, souhaitées à l'époque par les avocats pour des raisons fiscales. Les défenseurs des *professional corporations* soulignaient alors que les dangers censés être prévenus par la « *corporate practice of law doctrine* » n'existaient pas, puisque les propriétaires de la société étaient tous des avocats qualifiés⁶³⁸. Comme le souligne GRACE GIESEL, « [a]llowing attorneys to practice in professional corporations was a rather drastic change to the legal profession and a significant modification to the principle that a corporation cannot practice law, a principle that, until the professional corporation

⁶³³ GIESEL, *Corporations Practicing Law Through Lawyers*, p. 176 ss.

⁶³⁴ *Idem*, p. 175.

⁶³⁵ *Idem*, p. 176 ss. et les réf. cit.

⁶³⁶ GIESEL, *Corporations Practicing Law Through Lawyers*, p. 205.

⁶³⁷ JOHNSON, *Limited Liability for Lawyers*, p. 92.

⁶³⁸ GIESEL, *Corporations Practicing Law Through Lawyers*, p. 186.

movement, was thought to be an irrefutable truth »⁶³⁹. À noter que les *professional corporations*, formées par des avocats, devaient encore être approuvées par les tribunaux et ces derniers fixaient en principe certaines restrictions, en particulier en ce qui concerne la possibilité pour les avocats de limiter leur responsabilité⁶⁴⁰.

Plus tard, dans les années 1990, les avocats ont commencé à rechercher des solutions pour limiter leur responsabilité ; non pas pour leurs propres actes, mais pour les agissements des autres avocats avec lesquels ils étaient associés. La plupart des États ont ainsi permis aux avocats de pratiquer sous la forme de *Limited Liability Partnership* (ci-après : LLP) et plusieurs tribunaux ont donné leur aval⁶⁴¹. Dans un avis du 2 août 1996, l'ABA a considéré que la pratique en LLP était permise, à condition que l'avocat reste personnellement responsable et que l'entité soit clairement identifiée en tant que telle⁶⁴².

D'après GRACE GIESEL, dès qu'une étude d'avocats n'est pas formée sous la forme d'un *partnership*, « *an exception is made to the rule that only attorneys, not nonlawyer entities, can practice law* »⁶⁴³. Elle estime ainsi que cette doctrine devrait être abandonnée. À plus forte raison, dans la mesure où elle a influencé, dès 1928 déjà, la rédaction sous l'égide de l'ABA de règles déontologiques, appelées à l'époque *ABA Canons of Ethics*, dont l'essence se retrouve aujourd'hui dans l'*ABA Model Rules of Professional Conduct*, adoptée en 1983 et rendant cette théorie superflue⁶⁴⁴.

H.H WALKER LEWIS avait relevé, à propos de cette doctrine, ce qui suit :

« *If, however, there is a real evil in the practice of law by corporations it should be met on the real grounds. Only mythological demons can long be exorcised with hocus pocus* »⁶⁴⁵.

Selon GRACE GIESEL, « *[t]he Model Rules protect more directly against the evils feared if corporations can practice law via attorneys than does the "hocus pocus" of the corporate practice of law doctrine* »⁶⁴⁶.

⁶³⁹ GIESEL, *Corporations Practicing Law Through Lawyers*, p. 187.

⁶⁴⁰ *Idem*, p. 189.

⁶⁴¹ *Idem*, p. 192 ss. et les réf. cit.

⁶⁴² ABA Formal Ethics Opinion 96-401 (1996).

⁶⁴³ GIESEL, *Corporations Practicing Law Through Lawyers*, p. 193.

⁶⁴⁴ *Idem*, p. 206.

⁶⁴⁵ LEWIS, *Corporate Capacity to Practice Law*, p. 354.

⁶⁴⁶ GIESEL, *Corporations Practicing Law Through Lawyers*, p. 205.

GILLIAN HADFIELD estime, quant à elle, que l'élimination des restrictions causées par cette doctrine permettrait d'améliorer l'accès à la justice pour l'Américain moyen, de manière significative⁶⁴⁷.

Enfin, les sources multiples et peu claires de cette doctrine expliquent pourquoi elle est rarement contestée⁶⁴⁸ et pourquoi elle a peu évolué depuis ses origines à la fin du 19^e siècle et au début du 20^e siècle⁶⁴⁹. Son cadre réglementaire est désorganisé et difficile à suivre. Elle est incorporée dans une variété de règles déontologiques, principes de *common law* et lois⁶⁵⁰.

II. L'interdiction de la détention d'un cabinet d'avocats par un non-avocat

Nous allons présenter le principe de l'interdiction de la détention d'un cabinet d'avocats par un non-avocat qui découle des *Model Rules* (A), l'exception (B), ainsi que les tentatives de remise en question de ce principe (C). Nous terminerons, enfin, en mentionnant quelques avis de doctrine sur la question (D).

A. Le principe

1. Des *Canons* aux *Model Rules*

L'idée selon laquelle il est interdit aux non-avocats d'investir dans une étude d'avocats trouve ses origines en 1928 dans des règles promulguées par l'ABA, appelées *Canons of Professional Ethics* (ci-après : les *Canons*). Au fil des ans, la règle a été interprétée de manière stricte, interdisant aux avocats d'être dirigés par des non-avocats ou de s'engager dans un large éventail d'associations commerciales avec des non-avocats⁶⁵¹.

En 1969, l'ABA a remplacé les *Canons* par le *Model Code of Professional Responsibility* (ci-après : le *Model Code*) tout en maintenant l'interdiction. Malgré d'importants débats menés par la Commission Kutak, créée en 1977 et dont le rôle était d'examiner une éventuelle révision du *Model Code*, l'interdiction a

⁶⁴⁷ HADFIELD, *The Cost of Law*.

⁶⁴⁸ Pour un exemple, voir *Jacoby & Meyers, LLP v. Presiding Justices of the First, Second, Third & Fourth Departments, Appellate Div. of Supreme Court of State of New York*, 488 F. App's 526 (2d. Cir. 2012).

⁶⁴⁹ HADFIELD, *The Cost of Law*, p. 12.

⁶⁵⁰ *Idem*, p. 9.

⁶⁵¹ ADAMS/MATHESON, *Law Firms on the Big Board*, pp. 3-4.

survécu et a été intégrée, en 1983, dans les *Model Rules of Professional Conduct* (ci-après : les *Model Rules*).

Les *Model Rules* sont des recommandations – non contraignantes – qui prescrivent les standards de l'éthique juridique et de la responsabilité professionnelle des avocats aux États-Unis. Chaque État dispose, au surplus, de ses propres règles de conduite.

À l'heure actuelle, tous les États, y compris le District de Columbia, ont adopté ces règles, en totalité ou en partie⁶⁵².

2. La règle dans sa teneur actuelle

Sous le titre « *Professional Independence Of A Lawyer* », le chiffre 5.4 des *Model Rules* prescrit ce qui suit :

- « (a) *A lawyer or law firm shall not share legal fees with a nonlawyer [...]*
- (b) *A lawyer shall not form a partnership with a nonlawyer if any of the activities of the partnership consist of the practice of law.*
- (c) *A lawyer shall not permit a person who recommends, employs, or pays the lawyer to render legal services for another to direct or regulate the lawyer's professional judgment in rendering such legal services.*
- (d) *A lawyer shall not practice with or in the form of a professional corporation or association authorized to practice law for a profit, if:*
 - (1) *a nonlawyer owns any interest therein, except that a fiduciary representative of the estate of a lawyer may hold the stock or interest of the lawyer for a reasonable time during administration;*
 - (2) *a nonlawyer is a corporate director or officer thereof or occupies the position of similar responsibility in any form of association other than a corporation ; or*
 - (3) *a nonlawyer has the right to direct or control the professional judgment of a lawyer ».*

Comme l'explique GILLIAN HADFIELD, « 5.4(d) expresses the prohibition on the for-profit corporate practice of law most explicitly, but the fee-sharing and partnership rules expand the prohibition well beyond banning the provision of

⁶⁵² Chronological List of States Adopting Model Rules, disponible sur : http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/chrono_list_state_adopting_model_rules.html.

legal services to the public by lawyers who are employed by a for-profit corporation »⁶⁵³. Ainsi, les avocats ne peuvent pas former d'organisation avec d'autres professionnels ou fournisseurs de services⁶⁵⁴.

D'après son commentaire, la règle exprime les limitations traditionnelles concernant le partage des honoraires⁶⁵⁵. Elle vise à protéger l'indépendance de jugement de l'avocat. La règle exprime également les limitations traditionnelles qui interdisent à une tierce partie de diriger ou de déterminer le jugement professionnel d'un avocat lorsque celui-ci fournit des services juridiques à un tiers⁶⁵⁶.

B. L'exception

Situation unique aux États-Unis, la version de la règle 5.4 du District de Columbia permet à un non-avocat de détenir un intérêt financier ou un pouvoir de gestion dans un *partnership* ou une autre forme d'organisation, tant que le non-avocat « *performs professional services which assist the organization in providing legal services to clients* »⁶⁵⁷. Les conditions supplémentaires posées par la règle 5.4(b) sont les suivantes : le *partnership* ou l'organisation a pour seul but de fournir des services juridiques à des clients (1) ; toutes les personnes ayant un pouvoir de gestion ou détenant un intérêt financier s'engagent à respecter les règles de conduite professionnelle (2) ; les avocats qui ont un intérêt financier ou un pouvoir de gestion dans le *partnership* ou dans l'organisation s'engagent à être responsables des participants non-avocats de la même manière que si ces derniers étaient des avocats en vertu de la règle 5.1 (3) ; et, enfin, les conditions précitées revêtent la forme écrite (4).

L'idée de cette règle est de permettre à des professionnels non-avocats de travailler avec des avocats pour fournir des services juridiques, sans pour autant

⁶⁵³ HADFIELD, *The Cost of Law*, p. 10.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ ABA Model Rules 5.4, commentaire, disponible sur : http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_5_4_professional_independence_of_a_lawyer/comment_on_rule_5_4.html.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ D.C Rule 5.4, disponible sur : <http://www.dcbart.org/bar-resources/legal-ethics/amended-rules/rule5-04.cfm>.

que les non-avocats soient relégués au rôle d'employés⁶⁵⁸. La règle permet, notamment, à des économistes de travailler avec des praticiens spécialisés en droit des cartels ou dans les services publics, à des psychologues ou des assistants sociaux en psychiatrie de travailler avec des praticiens spécialisés en droit de la famille pour assister et conseiller des clients, à des experts-comptables de travailler avec des fiscalistes. Elle n'autorise pas, en revanche, l'investissement passif de non-avocats⁶⁵⁹.

En résumé, la règle comprend deux limitations importantes. Premièrement, des personnes, ainsi que des entités telles que des banques et des sociétés holdings, ne pourront pas investir dans une étude d'avocats en tant que simples actionnaires passifs, mais devront assister activement les avocats qui fournissent des services juridiques. Deuxièmement, la règle permet de fournir des services auxiliaires, mais uniquement s'ils sont directement liés aux services juridiques offerts aux clients.

La règle ne limite pas, en outre, les nouvelles formes juridiques au *partnership*, dans la mesure où elle permet aux études de s'engager avec des non-avocats « [...] *in a partnership or other form of organization* [...] ». Elle laisse ainsi ouverte la possibilité qu'une MDP puisse être une *corporation*, la règle n'interdisant pas, au surplus, la détention par un non-avocat ou le partage des honoraires⁶⁶⁰. D'après EDWARD ADAMS, « [i]t appears that this rule would adequately assure compliance with the other rules and would not otherwise jeopardize a lawyer's independent professional judgment »⁶⁶¹.

Relevons, enfin, que cette règle n'a pas été beaucoup utilisée dans le District de Columbia, dans la mesure où un avocat qui exercerait n'importe où en dehors de ce District violerait la loi d'un autre État prohibant la participation d'un non-avocat⁶⁶².

⁶⁵⁸ D.C Rule 5.4, Comment 7, disponible sur : <http://www.dcbar.org/bar-resources/legal-ethics/amended-rules/rule5-04.cfm>.

⁶⁵⁹ D.C Rule 5.4, Comment 8, disponible sur : <http://www.dcbar.org/bar-resources/legal-ethics/amended-rules/rule5-04.cfm>.

⁶⁶⁰ ADAMS, *Rethinking the Law Firm Organizational Form*, p. 797.

⁶⁶¹ *Ibid.*

⁶⁶² NYSBA, *Report of the Task Force on Nonlawyer Ownership*, p. 900. Lors de l'*International Conference of Legal Regulators* qui s'est tenue à Londres les 8 et 9 juillet 2014, GENE SHIPP, de l'*Office of Bar Council* de Washington DC, a confirmé que seul un cabinet utilisait cette possibilité dans le District de Columbia. Selon lui, un tel cabinet ne pourrait avoir que des avocats licenciés à Washington DC, car les avocats licenciés dans d'autres États risqueraient d'être poursuivis.

C. Les tentatives de remise en question de l'interdiction

Plusieurs commissions, sous l'égide de l'ABA, ont examiné la nécessité d'une remise en question de cette interdiction. Il s'agit de la Commission Kutak (1), de la *Commission on Multidisciplinary Practice* (2) et de la *Commission on Ethics 20/20* (3). Enfin, un projet de loi en Caroline du Nord prévoyait d'autoriser une minorité de non-avocats dans une société d'avocats (4).

1. La Commission Kutak

L'ABA a adopté les *Model Rules* en 1983. Lors de la rédaction de ces règles, l'*ABA Commission on Evaluation of Professional Standards* (aussi appelée la « Commission Kutak ») avait décidé de rejeter le point de vue traditionnel selon lequel il est interdit aux avocats de s'associer avec des non-avocats. Le projet proposé par la Commission Kutak, daté de 1981, aurait permis une association entre avocats et non-avocats, à certaines conditions.

Ce projet était rédigé en ces termes :

« A lawyer may be employed by an organization in which a financial interest is held or managerial authority is exercised by a non-lawyer [...] such as a business corporation, insurance company, legal services organization or government agency, but only if the terms of the relationship provide in writing that:

(a) there is no interference with the lawyer's independence of professional judgment or with the client-lawyer relationship;

(b) information relating to the representation of a client is protected as required by [the rule on confidentiality of information];

(c) the arrangement does not involve advertising or personal contact with prospective clients prohibited by [the advertising and soliciting rules]; and

(d) the arrangement does not result in charging a fee that violates [the rule on fees] »⁶⁶³.

La règle aurait ainsi permis à des non-avocats d'investir dans des cabinets d'avocats et de gérer des cabinets d'avocats⁶⁶⁴. D'après certains auteurs, elle aurait même rendu possible une entrée en bourse de cabinets d'avocats aux États-Unis⁶⁶⁵.

⁶⁶³ ADAMS/MATHESON, *Law Firms on the Big Board*, p. 9.

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ HODGE, *Law Firms in the U.S.*, p. 89; ADAMS/MATHESON, *Law Firms on the Big Board*, p. 9.

Durant la phase des débats, le projet de la Commission a été vigoureusement contesté⁶⁶⁶.

La première objection soulevée est qu'il aurait été permis à Sears, H & R Block et les grands cabinets comptables d'ouvrir des études d'avocats qui auraient été en concurrence directe avec les études d'avocats traditionnelles. Cette crainte, qui a semble-t-il été décisive lors des débats, est depuis lors communément désignée aux États-Unis sous le vocable de « Fear of Sears ». Deuxièmement, il a été relevé que la participation d'un non-avocat dans une étude d'avocats aurait interféré avec l'indépendance professionnelle de l'avocat. Troisièmement, la participation d'un non-avocat aurait causé des pressions économiques qui auraient nui au professionnalisme. Quatrièmement, la règle aurait modifié profondément et de manière imprévisible la structure de la profession.

Le projet a finalement été rejeté. D'après CHANDLER HODGE, ce résultat n'est pas surprenant dans la mesure où l'ABA a toujours été fermement opposée au contrôle des cabinets d'avocats par des non-avocats⁶⁶⁷.

2. La *Commission on Multidisciplinary Practice*

En août 1998, le Président de l'ABA a créé la *Commission on Multidisciplinary Practice* (ci-après : la Commission).

Cette dernière a organisé plusieurs audiences publiques et a reçu différentes prises de position. Elle a publié un rapport et des recommandations en juin 1999, proposant que la règle 5.4 soit modifiée afin de permettre aux avocats de partager leurs honoraires avec des non-avocats⁶⁶⁸.

En août 1999, l'ABA *House of Delegates* a cependant décidé de ne procéder à aucun changement « [...] unless and until additional study demonstrates that

⁶⁶⁶ SCHNEYER, « Professionalism » as Pathology, p. 103-104; ADAMS/MATHESON, *Law Firms on the Big Board*, p. 10-11.

⁶⁶⁷ HODGE, *Law Firms in the U.S.*, p. 89.

⁶⁶⁸ ABA, Report to the House of Delegates, disponible sur : http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/commission_multidisciplinary_practice/mdpfinalreport.html.

such changes will further the public interest without sacrificing or compromising lawyer independence and the legal profession's tradition of loyalty to clients »⁶⁶⁹.

Après avoir organisé de nouvelles audiences publiques, la Commission a rendu une nouvelle recommandation modifiant et simplifiant la précédente. Elle était formulée en ces termes :

« 1. Lawyers should be permitted to share fees and join with nonlawyer professionals in a practice that delivers both legal and nonlegal professional services (Multidisciplinary Practice), provided that the lawyers have the control and authority necessary to assure lawyer independence in the rendering of legal services. "Nonlawyer professionals" means members of recognized professions or other disciplines that are governed by ethical standards.

2. This Recommendation must be implemented in a manner that protects the public and preserves the core values of the legal profession, including competence, independence of professional judgment, protection of confidential client information, loyalty to the client through the avoidance of conflicts of interest, and pro bono publico obligations.

3. Regulatory authorities should enforce existing rules and adopt such additional enforcement procedures as are needed to implement these principles and to protect the public interest.

4. The prohibition on nonlawyers delivering legal services and the obligations of all lawyers to observe the rules of professional conduct should not be altered.

5. Passive investment in a Multidisciplinary Practice should not be permitted »⁶⁷⁰.

Cette nouvelle recommandation a connu un destin similaire à la précédente. La proposition a été rejetée par 314 voix contre 106 et une nouvelle résolution a été prise. Sa teneur était, notamment, la suivante :

« [...] 6. Jurisdictions should retain and enforce laws that generally bar the practice of law by entities other than law firms.

⁶⁶⁹ ABA, Reports 109, 10B and 10C Unedited Transcript – Center for Professional Responsibility, disponible sur :

http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/commission_multidisciplinary_practice/mdphouse.html.

⁶⁷⁰ ABA Commission on Multidisciplinary Practice, Report to the House of Delegates, 2000, disponible sur :

http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/commission_multidisciplinary_practice/mdpfinalrep2000.html.

7. *The sharing of legal fees with non-lawyers and the ownership and control of the practice of law by nonlawyers are inconsistent with the core values of the legal profession.*

8. *The law governing lawyers, that prohibits lawyers from sharing legal fees with nonlawyers and from directly or indirectly transferring to nonlawyers ownership or control over entities practicing law, should not be revised [...] »⁶⁷¹.*

3. La Commission on Ethics 20/20

a. Le rôle et les objectifs de la Commission

En août 2009, la Présidente de l'ABA a créé l'*ABA Commission on Ethics 20/20*⁶⁷². Le rôle de cette commission était de procéder à un examen et à une évaluation des *Model Rules*, afin de s'assurer que ces dernières soient toujours en adéquation avec les changements de la société et les développements de la pratique du droit aux États-Unis, mais également dans d'autres pays.

S'agissant des ABS, l'ABA a retenu les deux questions suivantes⁶⁷³ :

- Est-ce que les *Model Rules* doivent être modifiées afin de prendre en compte ces nouvelles structures ?
- Comment garantir les principes fondamentaux de la protection du client et du public, tout en permettant simultanément aux avocats et aux études d'avocats américaines de conserver un *level playing field* dans un marché des services juridiques globalisé qui comporte une augmentation de l'utilisation d'une ou de plusieurs formes de ces nouvelles structures ?

b. Les options envisagées par la Commission

Le groupe de travail a retenu les cinq formes d'organisation suivantes⁶⁷⁴ :

⁶⁷¹ ABA, MDP Recommendation – Center for Professional Responsibility, disponible sur : http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/commission_multidisciplinary_practice/mdprecom10f.html.

⁶⁷² ABA Commission on Ethics 20/20, Preliminary Issues Outline, 19 novembre 2009, p. 1, disponible sur : http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/ethics_2020/preliminary_issues_outline.authcheckdam.pdf.

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ ABA Commission on Ethics 20/20 Working Group on Alternative Business Structures, 5 avril 2011, p. 17 ss, disponible sur :

- partenariats entre avocats et non-avocats, avec un plafond concernant la participation des non-avocats (i) ;
- partenariats entre avocats et non-avocats, sans plafond concernant la participation des non-avocats (ii) ;
- MDP offrant des services non-juridiques (iii) ;
- l’aval concernant des investissements extérieurs (iv) ;
- le modèle australien (v).

Ces différents modèles seront examinés tour à tour.

(i) *Partenariats entre avocats et non-avocats, avec un plafond concernant la participation des non-avocats*

Selon ce modèle, les avocats auraient la possibilité de s’associer (et de partager leurs honoraires) avec des non-avocats (par exemple des économistes, des travailleurs sociaux, des architectes, des consultants et des conseillers financiers, à certaines conditions).

La Commission a relevé que l’approche la plus modeste consisterait à exiger ce qui suit : (1) l’étude s’engage uniquement dans la pratique du droit, (2) la participation des non-avocats dans l’étude est limitée à un certain pourcentage (par ex. 25 %), et (3) les non-avocats passent un test appelé « *fit to own* » (comme celui qui existe en Angleterre et au Pays de Galles pour les ABS).

(ii) *Partenariats entre avocats et non-avocats, sans plafond concernant la participation des non-avocats*

Le District de Columbia permet actuellement aux avocats de s’engager dans des partenariats décrits ci-dessus, mais sans aucun plafond concernant la participation des non-avocats. Il n’exige pas non plus que les non-avocats passent un test de type « *fit to own* ».

(iii) *MDP offrant des services non-juridiques*

Une troisième option serait d’autoriser le type d’études décrit ci-dessus et que ces dernières puissent offrir à la fois des services juridiques et non juridiques.

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics_2020/abs_issues_paper.authcheckdam.pdf.

Cette option correspondrait essentiellement à la règle du District de Columbia⁶⁷⁵, mais sans la restriction prévue à la règle 5.4(b)(1).

La Commission a ensuite précisé que les deux options suivantes n'étaient pas envisageables pour le moment aux États-Unis. Bien qu'elles existent déjà sur le marché mondialisé des services juridiques dans lequel les avocats et les études américaines sont engagés, elles exigent une surveillance et des études supplémentaires.

(iv) *L'aval concernant des investissements extérieurs*

Les trois options mentionnées ci-dessus supposent que le non-avocat est un associé et un membre actif de l'étude. Une alternative, qui n'est pas recommandée par la Commission, serait de permettre à un non-avocat d'investir passivement dans une étude, tout en imposant un plafond concernant cet investissement.

(v) *Le modèle australien*

Ce modèle permettrait un investissement passif et ne poserait aucune limitation concernant la participation que les non-avocats détiendraient au sein du cabinet d'avocats.

c. *Le projet de Résolution*

Dans son rapport du 2 décembre 2011, la Commission a indiqué qu'elle avait pris la décision de ne pas recommander à l'*ABA House of Delegate* les trois dernières options précitées⁶⁷⁶.

La Résolution accompagnant le rapport de l'ABA du 2 décembre 2011 recommandait que la règle 5.4 soit modifiée de manière à autoriser une participation limitée d'un non-avocat dans une étude d'avocats, moyennant les restrictions suivantes⁶⁷⁷ :

⁶⁷⁵ Voir *supra*, p. 162 ss.

⁶⁷⁶ ABA Commission on Ethics 20/20 Discussion Paper on Alternative Law Practice Structures, 2 décembre 2011, p. 2, disponible sur : http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics_2020/20111202-ethics2020-discussion_draft-alps.authcheckdam.pdf.

⁶⁷⁷ ABA Commission on Ethics 20/20 Discussion Paper on Alternative Law Practice Structures, 2 décembre 2011, p. 2, disponible sur :

- les études d’avocats devront fournir des services juridiques ;
- les propriétaires non-avocats devront être actifs au sein du cabinet et offrir des services qui sous-tendent à la fourniture de services juridiques par les avocats (l’étude ne pourra ainsi pas être multidisciplinaire) ;
- la participation d’un non-avocat et les droits de vote seront plafonnés par un pourcentage suffisant pour s’assurer que les avocats maintiennent le contrôle au sein de l’étude ;
- les propriétaires non-avocats devront accepter par écrit de se comporter de manière conforme aux règles déontologiques applicables aux avocats ; et
- les propriétaires avocats devront s’assurer que les propriétaires non-avocats sont de bonne moralité et superviser ces derniers en ce qui concerne le respect des règles déontologiques.

D’après la Commission, la Résolution propose une libéralisation modeste des interdictions actuelles régies par la Règle 5.4, mais emprunte une approche qui est néanmoins plus restrictive que la forme limitée de détention par un non-avocat autorisée dans le District de Columbia depuis plus de vingt ans⁶⁷⁸.

d. Le *statu quo*

Après avoir reçu un certain nombre de commentaires négatifs⁶⁷⁹, la Commission a pris la décision, lors de son assemblée des 12 et 13 avril 2012, de ne proposer aucun changement⁶⁸⁰.

Les coprésidents JAMIE S. GORELICK et MICHAEL TRAYNOR justifiaient cette décision, comme suit :

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics_2020/20111202-ethics2020-discussion_draft-alps.authcheckdam.pdf.

⁶⁷⁸ Décision de l’ABA Commission on Ethics 20/20 du 16 avril 2012, disponible sur :

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics_2020/20120416_news_release_re_nonlawyer_ownership_law_firms.authcheckdam.pdf.

⁶⁷⁹ Alternative Law Practice Structures Comments Chart, disponible sur :

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics_2020/alps_working_group_comments_chart.authcheckdam.pdf.

⁶⁸⁰ ABA Commission on Ethics 20/20 Will Not Propose Changes to ABA Policy Prohibiting Nonlawyer Ownership of Law Firms, 16 avril 2012, disponible sur :

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics_2020/20120416_news_release_re_nonlawyer_ownership_law_firms.authcheckdam.pdf.

« Since its creation in 2009, the Commission has undertaken a careful study of alternative law practice structures. Based on the Commission's extensive outreach, research, consultation, and the response of the profession, there does not appear to be a sufficient basis for recommending a change to ABA policy on nonlawyer ownership of law firms. [...]. The Commission considered the pros and cons, including thoughtful comments that the changes recommended in the Discussion Draft were both too modest and too expansive, and concluded that the case had not been made for proceeding even with a form of nonlawyer ownership that is more limited than the D.C. model »⁶⁸¹.

D'après GILLIAN HADFIELD, il est frappant de constater à quel point la Commission, qui a rappelé les trois principes ayant guidé son examen (« *protecting the public; preserving core professional values; and maintaining a strong, independent and self-regulated profession* »), a totalement éludé un principe tout autant important : « *ensuring that economic regulation of legal work promotes the welfare of ordinary people* »⁶⁸². À vrai dire, ce résultat n'est pas surprenant d'après cet auteur, puisqu'aucun économiste ou analyste politique non-avocat n'a siégé au sein de la Commission, aucune étude économique n'a été sollicitée, aucune donnée n'a été collectée et aucun des commentaires reçus n'émanait d'experts en politique économique⁶⁸³.

4. Le projet de loi dans l'État de Caroline du Nord

Un sénateur de Caroline du Nord a proposé le 9 février 2011 un projet de loi autorisant la participation d'une minorité de non-avocats dans une société d'avocats⁶⁸⁴.

Le projet était rédigé en ces termes :

« *Law Firms. – Any person may own up to forty nine percent (49%) of the stock of a professional corporation rendering services under Chapter 84 of the General Statutes, subject to the following requirements:*

⁶⁸¹ ABA Commission on Ethics 20/20 Will Not Propose Changes to ABA Policy Prohibiting Nonlawyer Ownership of Law Firms, 16 avril 2012, disponible sur : http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics_2020/20120416_news_release_re_nonlawyer_ownership_law_firms.authcheckdam.pdf..

⁶⁸² HADFIELD, *The Cost of Law*, p. 3.

⁶⁸³ *Ibid.*

⁶⁸⁴ Senate Bill 254, General Assembly of North Carolina, Session 211, disponible sur : <http://www.ncleg.net/sessions/2011/bills/senate/pdf/s254v1.pdf>. Voir aussi HILL, *The Preclusion of Nonlawyer Ownership of Law Firms*, pp. 924-925.

(1) Licensees continue to own and control voting stock that represents at least fifty one percent (51%) of the votes entitled to be cast in the election of directors of the professional corporation.

(2) All licensees who perform professional services on behalf of the corporation comply with Chapter 84 of the General Statutes and the rules adopted thereunder.

(3) The stock certificates or other written evidence of ownership of any nonlicensee shall bear the following language, in at least 12-point type:

'No nonlicensee shareholder shall interfere with the exercise of professional judgment by licensed attorneys in their representation of clients. If there is an inconsistency or conflict between the duties to the court, to clients, and to shareholders, then that conflict or inconsistency shall be resolved as follows:

1. The duty to the Court shall prevail over all other duties.

2. The duty to the client shall prevail over the duty to shareholders.'

(4) Shareholders who hold or control less than five percent (5%) of the voting stock and who are not employees, directors, or officers of the professional corporation shall not, solely as the result of stock ownership, be relevant for a determination of conflict of interest under Chapter 84 of the General Statutes or the rules adopted for the regulation of the professional conduct of licensees.

(5) A qualified retirement or employee stock ownership plan is deemed to be a licensee for purposes of this section if the majority of the trustees of the plan are licensees ».

D'après ce projet, les actionnaires avocats doivent détenir au moins 51 % des actions du cabinet d'avocats. Ce projet ne verra finalement jamais le jour⁶⁸⁵.

D. Quelques avis de doctrine

1. Les partisans d'une réforme

Selon EDWARD ADAMS, une myriade de chercheurs et de commentateurs sont d'avis que la règle 5.4 est dépassée⁶⁸⁶. D'après EDWARD ADAMS et JOHN

⁶⁸⁵ Courriel du 28 juin 2016 du Sénateur de Caroline du Nord FLETCHER L. HARTSELL.

⁶⁸⁶ ADAMS, *Rethinking the Law Firm Organizational Form*, p. 785.

MATHESON, « [t]his prohibition on investment in law firms has created an inefficient legal services market because firms are unable to expand, compete, and spend funds on equipment and personnel »⁶⁸⁷.

MICHELE DESTEFANO est d'avis que la profession d'avocat aux États-Unis a créé un environnement fermé et s'est mise en quarantaine, non seulement du marché des capitaux, mais également du marché des services professionnels et, par conséquent, d'un potentiel de croissance et d'innovation⁶⁸⁸.

GILLIAN HADFIELD estime, quant à elle, que la participation d'un non-avocat dans un cabinet d'avocats ou les options de financement possibles d'un cabinet d'avocats ne sont, en réalité, pas les vraies questions. D'après cet auteur, « [t]he issue is what would be possible with a much more diverse array of permissible organizational and contractual forms to support innovation in the production, pricing and delivery of legal services? »⁶⁸⁹. Ainsi, les restrictions concernant la forme d'organisation des cabinets d'avocats seraient la cause de l'absence d'innovation concernant la fourniture de services juridiques aux États-Unis⁶⁹⁰.

D'après JAMES MOLITERNO, la crainte de partager le contrôle avec des non-avocats a éveillé les instincts d'auto-préservation de la profession⁶⁹¹. Or si le leitmotiv de la profession est la protection de ses valeurs fondamentales, ces valeurs devraient également prendre en compte les besoins de la société pour des services juridiques, sans quoi le monopole de la profession pourrait cesser d'exister.

L'analyse de TED SCHNEYER est intéressante. Ce dernier est d'avis que beaucoup d'avocats voient les valeurs fondamentales de leur profession comme « fondamentales », non pas seulement dans le sens qu'elles sont importantes, mais davantage dans le sens qu'elles sont sacro-saintes⁶⁹². Or d'après cet auteur, des valeurs sacro-saintes sont souvent vues comme des valeurs absolues ne souffrant aucun compromis.

⁶⁸⁷ ADAMS/MATHESON, *Law Firms on the Big Board*, p. 1. Dans le même sens, MARKLE, *A Call to Partner with Outside Capital*, p. 1276, qui recommande aux États de rompre avec les recommandations de l'ABA, afin de permettre aux études d'avocats américaines de rester compétitives sur le marché international.

⁶⁸⁸ DESTEFANO, *Nonlawyers Influencing Lawyers*, p. 2845.

⁶⁸⁹ HADFIELD, *The Cost of Law*, p. 3.

⁶⁹⁰ HADFIELD, *Legal Barriers to Innovation*. Dans le même sens, STEPHEN, *Lawyers, Markets and Regulation*, p. 130.

⁶⁹¹ MOLITERNO, *The American Legal Profession in Crisis*, p. 177.

⁶⁹² SCHNEYER, « Professionalism » as Pathology, p. 132.

Par conséquent, un avocat qui estime que la capacité d'exercer un jugement indépendant au nom de ses clients est une valeur absolue s'opposera à toute proposition visant à assouplir une telle interdiction absolue uniquement parce que ceux qui prônent le maintien de cette interdiction affirment qu'une participation d'un non-avocat compromettra une valeur fondamentale ou la mettra en danger⁶⁹³. Pourtant, ni les partisans de cette interdiction, ni les avocats ne peuvent avoir une idée précise concernant la probabilité qu'un tel risque, mal défini, se matérialise ou de la gravité du préjudice qui, le cas échéant, pourrait en résulter⁶⁹⁴.

En résumé, d'après cet auteur, savoir si une forme très restreinte de participation d'un non-avocat dans une étude d'avocats compromettra la valeur essentielle d'un jugement professionnel indépendant apparaît comme une *question empirique*, alors que pour les ardents opposants à n'importe quelle forme de participation d'un non-avocat dans une étude d'avocats, il s'agit d'une *question rhétorique*⁶⁹⁵. Le fait, pour les avocats, d'avoir recours à des arguments, certes, chargés de valeur, mais souvent dépourvus de soutien factuel a été baptisé par TED SCHNEYER « l'idiome du professionnalisme »⁶⁹⁶.

2. Les défenseurs du *statu quo*

KATHERINE REARDON estime que les ABS ne devraient pas être adoptées aux États-Unis, car de telles structures compromettent le secret professionnel de l'avocat, affaiblissent inévitablement les règles sur les conflits d'intérêts et affectent le jugement professionnel de l'avocat⁶⁹⁷. S'agissant du secret professionnel, celui-ci entre directement en conflit avec des obligations de communication⁶⁹⁸. Il pourrait s'agir, par exemple, d'informations transmises à des investisseurs ou à un gérant non-avocat qui superviserait le travail de l'avocat. De plus, une étude d'avocats qui bénéficie d'investissements d'autres entreprises, de cabinets ou de sociétés aura inévitablement plus de conflits d'intérêts, parce qu'il y aura plus d'investisseurs⁶⁹⁹. Enfin, les ABS augmentent la pression financière sur les avocats individuellement, car au lieu de répondre à un groupe

⁶⁹³ SCHNEYER, « *Professionalism* » as Pathology, p. 132.

⁶⁹⁴ *Idem*, p. 132.

⁶⁹⁵ *Idem*, pp. 132-133.

⁶⁹⁶ *Idem*, p. 137.

⁶⁹⁷ REARDON, *It's Not Your Business!*, pp. 160-161.

⁶⁹⁸ *Idem*, pp. 176-178.

⁶⁹⁹ *Idem*, pp. 178-179.

de partenaires limité, les avocats devront rendre des comptes à un nombre croissant d'investisseurs et d'actionnaires⁷⁰⁰.

D'après HEATHER MILLER, autoriser un investissement extérieur ne signifie pas nécessairement que Sears sera prochainement sur le marché des services juridiques⁷⁰¹. Cette crainte représente, en effet, le pôle le plus extrême de l'éventail des investissements possibles. Une proposition plus modérée consisterait à autoriser une participation minoritaire, afin que les avocats puissent maintenir le contrôle au sein du cabinet⁷⁰². Cette alternative réduirait les préoccupations éthiques et professionnelles, tout en permettant aux cabinets de bénéficier de certains avantages offerts par les capitaux extérieurs. Malgré les possibilités de restreindre ou de réduire matériellement l'influence de cette minorité sur l'indépendance de jugement des avocats, le respect du secret professionnel demeure, d'après cet auteur, une préoccupation persistante. En effet, transmettre suffisamment d'informations pour satisfaire les investisseurs sans enfreindre le secret professionnel est un équilibre délicat à atteindre⁷⁰³.

CHANDLER HODGE est d'avis qu'une étude d'avocats cotée en bourse créerait plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait et que le caractère sacré de la profession doit être préservé⁷⁰⁴.

Dans le même sens, BRUCE MACEWEN suggère que les études d'avocats ne soient pas cotées en bourse et de laisser, dans un premier temps, le Royaume-Uni faire ses expériences et d'apprendre, ensuite, selon ses propres termes, comment éviter les « déraillements de train »⁷⁰⁵.

HEATHER MILLER estime, quant à elle, que le modèle de Slater & Gordon ne serait pas transposable aux États-Unis, notamment parce que le droit des sociétés adhère, d'une manière générale, au principe de la maximisation de la valeur des actions⁷⁰⁶. Ainsi, les régulateurs n'autoriseraient probablement pas que des cabinets aux États-Unis fassent le genre de déclarations effectuées dans les documents relatifs à l'offre d'acquisition de Slater & Gordon⁷⁰⁷. En admettant toutefois que cela soit admis, l'introduction d'obligations à l'égard des clients et

⁷⁰⁰ REARDON, *It's Not Your Business!*, p. 180.

⁷⁰¹ MILLER, *Don't Just Check « Yes » or « No »*, p. 360.

⁷⁰² *Idem*, p. 352.

⁷⁰³ *Idem*, p. 355.

⁷⁰⁴ HODGE, *Law Firms in the U.S.*, pp. 100-101.

⁷⁰⁵ REGAN et al., *Law Firms, Ethics, and Equity Capital*, p. 7.

⁷⁰⁶ MILLER, *Don't Just Check « Yes » or « No »*, p. 342 ss.

⁷⁰⁷ *Idem*, pp. 344-345.

des tribunaux primant l'obligation envers les actionnaires créerait une grande incertitude en droit des sociétés⁷⁰⁸.

III. Analyse

Le débat aux États-Unis est passionné et passionnant. Depuis le début des années 1930, la profession a exprimé, de différentes manières, ses craintes de partager le contrôle de la fourniture de services juridiques⁷⁰⁹.

La crainte et le refus de s'adapter se sont manifestés par la « Fear of Sears » lorsque le projet de la Commission Kutak a été rejeté devant l'*ABA House of Delegates* au début des années 1980, et jusqu'à nos jours avec la résistance aux MPD et aux ABS⁷¹⁰.

En 2012, la Commission 20/20 a tenté, en vain, de convaincre l'*ABA House of Delegates* que les MDP et les ABS n'étaient pas le même genre de structures. Alors que les ABS autorisent des investissements extérieurs, les MDP auraient permis aux avocats de partager leur pouvoir de gestion avec d'autres professionnels. Dans ces deux configurations, toutefois, les avocats sont tenus de partager leur pouvoir. La profession aux États-Unis ne semble pas prête à ce genre de sacrifice qui signifierait la perte de contrôle sur le comportement des avocats⁷¹¹.

Il est naturellement permis de se demander si ce *statu quo* sert l'intérêt public ou celui de la profession. Comme nous l'avons relevé dans la première partie de notre travail, l'autoréglementation comporte un risque évident, celui que la profession réglemente dans son propre intérêt et non dans celui de la société en général.

Aux États-Unis, l'ordre professionnel est très puissant, à tel point qu'il a été capable, jusqu'à maintenant, de museler l'ordre marchand. À notre sens, il est pourtant primordial, dans l'intérêt général de la société, de conserver un équilibre, ou plutôt une synergie, entre les différents modes réglementaires que nous avons examinés dans la première partie de notre travail, au risque de conférer à un ordre professionnel la faculté de maintenir des règles qui protègent ses seuls intérêts.

⁷⁰⁸ MILLER, *Don't Just Check « Yes » or « No »*, p. 345.

⁷⁰⁹ MOLITERNO, *The American Legal Profession in Crisis*, p. 162.

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ *Ibid.*

Au-delà de ce qui précède, il faut bien admettre que des réflexions concernant l'éventuelle réforme d'une profession qui s'opèrent dans un cadre strictement fermé, sans apports extérieurs, est une approche dont la légitimité est ensuite très difficile à défendre. Il y aura, dans une telle situation, toujours un soupçon de partialité.

JUDITH L. MAUTE, qui se réfère notamment à SUSSKIND, estime que les avocats aux États-Unis seraient bien avisés d'entreprendre des réformes :

*« Lawyers in the United States must take heed, initiating local reforms that respond to the seismic shift that is under way. If they do not, they risk both external governmental regulation and impaired competitiveness in the globalized legal marketplace »*⁷¹².

L'avenir nous dira si l'interdiction de la participation de non-avocats dans les études d'avocats a encore de beaux jours devant elle aux États-Unis et si elle résistera encore longtemps à l'assaut de la mondialisation et aux forces de la concurrence.

Enfin, gardons à l'esprit que le système juridique anglais a influencé le système juridique américain durant des siècles et qu'il pourrait peut-être en aller de même, à l'avenir, suite à l'adoption du *Legal Services Act* en Angleterre et au Pays de Galles.

⁷¹² MAUTE, *Global Continental Shifts*, p. 12. Dans ce sens également, MOLITERNO, *The American Legal Profession in Crisis*, p. 240.

Chapitre 10 : France

Nous allons, dans un premier temps, présenter brièvement certains projets de réforme (I). Nous étudierons, ensuite, la société d'exercice libéral (ci-après : SEL) (II) et l'interprofessionnalité capitaliste (III). Nous examinerons également le point de vue du Conseil National des Barreaux sur les ABS (IV). Nous terminerons, enfin, par une analyse (V).

I. Les projets de réforme

A. Le rapport Attali

La Commission pour la libération de la croissance française (ci-après : la Commission), sous la présidence de JACQUES ATTALI, a été chargée par NICOLAS SARKOZY de rédiger un rapport proposant des recommandations pour relancer la croissance économique de la France⁷¹³.

Le rapport a été rendu le 23 janvier 2008 et propose « 300 décisions pour changer la France ».

Le document mentionne, tout d'abord, vingt décisions fondamentales afin d'illustrer la volonté d'ensemble du rapport. La décision fondamentale n°14 suggère d'« [o]uvrir très largement les professions réglementées à la concurrence sans nuire à la qualité des services rendus »⁷¹⁴.

Plus précisément, s'agissant des professions juridiques, le rapport relève, en particulier, ce qui suit :

« Certaines professions juridiques sont néanmoins restées à l'abri, plus que toute autre activité économique, des transformations du monde qui nous entoure. Le poids des traditions y est plus fort que dans la plupart des autres activités. Ces réalités ont conduit à laisser subsister, dans certains métiers du droit, des modes d'organisation économique

⁷¹³ ATTALI, *Rapport*.

⁷¹⁴ *Idem*, p. 17.

hérités du passé que plus rien ne justifie aujourd'hui et sans lien avec le contrôle légitime de la compétence des professionnels et la surveillance de leurs activités »⁷¹⁵.

Le rapport consacre cinq propositions dédiées aux professions juridiques. La décision 217, qui concerne l'adaptation des conditions d'exercice pour les avocats, les experts-comptables et les commissaires aux comptes, mérite d'être mentionnée. Sa teneur est la suivante :

« Depuis 1999, l'exigence de contrôle des experts-comptables sur leur capital est passée de 51 % aux 2/3. Celle de commissaires est demeurée à hauteur de 75 %. La profession d'avocat est fortement réglementée dans son exercice, mais faiblement encadrée dans ses modes d'organisation économique. Néanmoins, les avocats souhaitant se constituer en société doivent en détenir toutes les parts sociales. Cette exigence continue à limiter fortement le recours à des capitaux extérieurs qui pourrait leur permettre d'étendre leurs activités, particulièrement à l'étranger. L'enjeu pour la croissance française est significatif, car le développement international des cabinets d'avocats est un vecteur d'influence réel. Or, aujourd'hui, les cabinets de plus de 50 salariés ne représentent que 0,2 % des cabinets français et 13,3 % du chiffre d'affaires. Une plus forte concentration des cabinets français est donc nécessaire face aux « majors » anglais et américains déjà très présents dans l'hexagone. De même, cette faiblesse des fonds propres fait souvent obstacle à la constitution de cabinets pluridisciplinaires, qui sont pourtant seuls à même d'offrir une gamme de services joints susceptibles de répondre aux demandes fluctuantes des entreprises.

En conséquence, il convient de permettre à des tiers d'investir dans les fonds propres de cabinets d'avocats, d'experts-comptables et de commissaires aux comptes en imposant une détention minimale de 51 % du capital et de droits de vote par les professionnels travaillant dans ces structures.

Le respect des règles déontologiques applicables aux avocats, aux experts-comptables et aux commissaires aux comptes, notamment en termes de confidentialité et de conflit d'intérêts, devra être strictement maintenu ».

Le 8 juin 2010, la Commission a publié un pré-rapport dans lequel elle dresse le bilan de la mise en œuvre des propositions qui avaient été formulées. En ce qui concerne la libéralisation des professions réglementées, il est précisé que le gouvernement va s'appuyer sur le rapport remis par JEAN-MICHEL DARROIS sur l'ouverture et la fusion éventuelle des professions juridiques et judiciaires.

⁷¹⁵ ATTALI, *Rapport*, p. 165.

B. Le rapport Darrois

1. Introduction

En 2008, NICOLAS SARKOZY a confié à JEAN-MICHEL DARROIS la mission de rédiger un rapport relatif à la réforme des professions du droit.

Le rapport a été rendu en 2009 et ses propositions « ont pour but de contribuer à la formation d'une communauté de juristes renforcés conservant leurs différences, mais collaborant davantage pour assurer dans les meilleures conditions la sécurité des personnes et des entreprises »⁷¹⁶.

Il observe, en guise d'introduction, que les avocats en France se sont longtemps consacrés, à titre exclusif, à la défense des clients, ce qui demeure le cœur de leur métier. La déontologie a été élaborée en fonction de cette mission pour assurer leur indépendance et leur intégrité, toutes deux indispensables au bon fonctionnement de la justice⁷¹⁷. Les avocats ont ainsi longtemps conservé des règles très strictes leur interdisant, par exemple, de se déplacer chez leurs clients ou de solliciter des honoraires censés représenter, comme au temps de Cicéron, « le témoignage de la reconnaissance spontanée du client ».

Les avocats, peu nombreux, qui consacraient une partie de leur temps au droit des affaires étaient considérés avec suspicion par leurs confrères⁷¹⁸. Ainsi, d'après le rapport, même si ces habitudes et ces traditions se sont estompées, elles imprègnent encore fortement les esprits et expliquent sans doute, en partie, pourquoi l'évolution de la profession fut tardive et reste encore inachevée en France.

En substance, le rapport suggère, notamment, d'améliorer le fonctionnement des sociétés d'exercice libéral (2) et d'autoriser la création de structures inter-professionnelles sous la forme de sociétés de participation multidisciplinaires (3).

2. Améliorer le fonctionnement des sociétés d'exercice libéral

D'après la Commission, « s'il ne paraît pas opportun d'autoriser les avocats à utiliser des sociétés commerciales de droit commun, il serait souhaitable que

⁷¹⁶ DARROIS, *Rapport*, p. 11.

⁷¹⁷ *Idem*, p. 9.

⁷¹⁸ *Ibid.*

soit posé le principe de l'application de la loi générale aux SEL, tant en matière sociétaire qu'en matière fiscale »⁷¹⁹. Ainsi, les seules dérogations au droit commun qui devraient être maintenues sont celles qui sont rendues indispensables par les règles déontologiques de la profession.

Par ailleurs, elle suggère qu'il soit permis aux avocats « de recourir au financement par des capitaux extérieurs et d'émettre toutes les formes d'obligations permises par la loi aux SEL, sous des conditions destinées à garantir l'indépendance des avocats »⁷²⁰. Sans donner plus de précision à cet égard, la Commission indique que seuls des avocats pourraient être dirigeants sociaux de la structure et lorsque les assemblées délibéreraient sur des questions relevant du secret professionnel, les associés non professionnels ne pourraient pas y participer.

3. Autoriser la création de structures interprofessionnelles

La Commission a aussi suggéré la création de structures interprofessionnelles sous la forme de sociétés de participations multidisciplinaires, c'est-à-dire de sociétés ayant pour objet la prise et la gestion de participations dans des structures d'exercice des professions juridiques réglementées⁷²¹. Par exemple, les sociétés multidisciplinaires pourraient prendre des participations au sein de personnes morales exerçant les professions d'avocat, de notaire, d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Le rapport souligne, en outre, qu'un rapprochement entre les professions du chiffre et du droit est primordial, afin de fournir un service complet et de meilleure qualité aux entreprises.

Les sociétés multidisciplinaires auront pour fonction la gestion des personnes morales professionnelles dont elles détiendront des participations et elles ne pourront avoir d'autres activités que la détention de participations, ainsi que la fourniture de services de gestion. Il est, en effet, apparu à la Commission que bien que la société de participations multidisciplinaire se révèle être un instrument juridiquement complexe, la mise en place d'une telle structure n'implique pas de modification profonde des textes régissant de nombreuses professions

⁷¹⁹ DARROIS, *Rapport*, p. 37.

⁷²⁰ *Idem*, p. 37.

⁷²¹ *Idem*, p. 80.

concernées et apparaît, ainsi, être un moyen efficace pour franchir une première étape vers la multidisciplinarité⁷²².

D'après le rapport, « [l]a seule exigence résiderait dans le fait que les professionnels travaillant dans les diverses sociétés opérationnelles détiennent la majorité des droits de vote aux assemblées, disposent aussi de la majorité au sein des conseils d'administration et de surveillance et sont seuls dirigeants »⁷²³.

L'idée consiste à ce que le contrôle et la gestion de ces structures soient assurés par les professionnels exerçant leur activité dans les sociétés dans lesquelles la société de participations a investi. Les professionnels détiendront ainsi, avec la société de participations, la majorité des droits de vote aux assemblées et des sièges aux conseils.

II. La société d'exercice libéral (SEL)

Après une introduction (A), nous présenterons la forme commerciale et l'objet civil des SEL (B). Nous aborderons, ensuite, le sujet de l'interprofessionnalité d'exercice (C). Nous terminerons, enfin, en examinant la composition possible du capital social des SEL (D).

A. Introduction

La loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales donne la possibilité aux professionnels libéraux d'adopter la forme d'une société commerciale. Le premier alinéa de l'article 1^{er} de la loi de 1990 précise qu'« [i]l peut être constitué, pour l'exercice d'une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés anonymes, des sociétés par actions simplifiées ou des sociétés en commandite par actions régies par les dispositions du livre II du code de commerce, sous réserve des dispositions du titre Ier de la présente loi ».

⁷²² DARROIS, *Rapport*, p. 81.

⁷²³ *Ibid.*

B. Forme commerciale et objet civil

Les SEL ont la particularité d'être « commerciales par la forme, mais civiles par leur objet »⁷²⁴. Les conséquences sont les suivantes : les règles habituellement applicables aux sociétés commerciales de droit commun s'appliquent, alors que le droit spécial des sociétés commerciales prévu par le titre II du livre II du Code de commerce est considérablement aménagé, afin de tenir compte du caractère civil et libéral de la profession exercée⁷²⁵.

D'après BASTIEN BRIGNON, les raisons qui font que l'objet civil l'emporte sur la forme commerciale se comprennent aisément et sont liées à la spécificité des professions libérales, marquées par un fort degré d'indépendance et, surtout, l'incompatibilité déontologique avec les professions du commerce⁷²⁶.

Le régime dérogatoire des SEL concerne principalement « l'obligation de la forme nominative des actions, la réglementation de la détention du capital social, la réservation des fonctions de dirigeant aux professionnels exerçant au sein de la société et l'accord préalable des professionnels exerçant au sein de la société pour l'admission d'un nouvel associé »⁷²⁷. C'est ainsi *l'intuitu personae* qui domine la SEL.

Enfin, relevons que la SEL est fondée sur un régime de responsabilité limitée : chaque associé est indéfiniment responsable des actes personnels qu'il accomplit et les autres associés ne sont responsables des dettes qu'à concurrence de leurs apports⁷²⁸.

C. L'interprofessionnalité d'exercice

L'article 1^{er} alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1990 dispose que les sociétés peuvent également, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, avoir pour objet l'exercice en commun de plusieurs des professions libérales définies au premier alinéa. Comme le souligne BASTIEN BRIGNON, « [l]a possibilité de créer une société ayant un objet multiprofessionnel constituait l'un des principaux enjeux de la réforme opérée par la loi du 31 décembre 1990 visant à

⁷²⁴ BRIGNON, *La société d'exercice libéral d'avocats*, pp. 5-6.

⁷²⁵ *Idem*, p. 6.

⁷²⁶ BRIGNON, *La société d'exercice libéral d'avocats*, p. 5.

⁷²⁷ *Idem*, p. 6.

⁷²⁸ JAMIN et al., *Code de l'avocat commenté*, p. 1820.

donner aux professionnels libéraux les moyens de faire face à la concurrence »⁷²⁹.

À ce jour, aucun décret d'application n'a été toutefois adopté, maintenant ainsi la tradition monoprofessionnelle des SEL⁷³⁰.

D. Le capital social

1. Détention de la majorité du capital social et des droits de vote

L'article 5 alinéa 1 de la loi du 31 décembre 1990 précise que plus de *la moitié du capital social et des droits de vote* doit être détenue, directement ou par l'intermédiaire des sociétés mentionnées au 4° ci-dessous, par des professionnels en exercice au sein de la société. D'après BASTIEN BRIGNON, « [l]e verrou législatif de l'article 5, alinéa 1^{er} tendant à permettre aux professionnels en exercice au sein de la société de demeurer maître des décisions sociales peut toutefois s'avérer inefficace pour les décisions exigeant une majorité plus forte qu'une majorité simple en vertu de la loi de 1990 (notamment pour une modification des statuts) ou du Code de commerce »⁷³¹.

Par ailleurs, l'article 5-1 alinéa 1 dispose que par dérogation au premier alinéa de l'article 5, plus de *la moitié du capital social* des sociétés d'exercice libéral peut aussi être détenue par des personnes physiques ou morales exerçant la profession constituant l'objet social ou par des sociétés de participations financières de professions libérales régies par le titre IV de la présente loi. Dans le cas d'une société de participations financières de professions libérales (ci-après : SPFPL), il faudra toutefois respecter la condition que la majorité du capital et des droits de vote de ladite SPFPL soit détenue par des professionnels exerçant la même profession que celle constituant l'objet social de la SEL (art. 5-1 al. 2, Loi du 31 déc. 1990).

Notons, enfin, une différence importante, en ce sens que l'article 5-1 alinéa 1 – contrairement à l'article 5 alinéa 1 – ne renvoie expressément qu'au capital social.

⁷²⁹ BRIGNON, *La société d'exercice libéral d'avocats*, p. 21.

⁷³⁰ *Idem*, p. 22; JAMIN et al., *Code de l'avocat commenté*, p. 1819.

⁷³¹ BRIGNON, *La société d'exercice libéral d'avocats*, p. 41.

2. Détention de la minorité du capital social et des droits de vote

L'article 5 de la loi de 1990 permet aux catégories de personnes suivantes de détenir le complément du capital social et des droits de vote :

- personnes physiques ou morales exerçant la profession d'avocat ;
- pendant un délai de dix ans, des personnes physiques qui, ayant cessé toute activité professionnelle, ont exercé la profession d'avocat au sein de la société ;
- ayants droit des avocats mentionnés dans les deux cas précédents pendant un délai de cinq ans suivant leur décès ;
- société constituée par des salariés de la société, en vue de son rachat, à la condition qu'ils exercent leur profession au sein de la SEL ;
- société de participations financières de professions libérales (SPFPL) ;
- personnes physiques ou morales exerçant une profession libérale réglementée apparentée, judiciaire ou juridique, selon que l'exercice de l'une de ces professions constitue l'objet social de la société⁷³².

Une participation minoritaire peut ainsi être détenue par des actionnaires non professionnels, mais seulement pour une durée limitée et pour permettre d'assurer la pérennité de la société au regard de certaines circonstances, comme le départ à la retraite ou la disparition d'un associé.

Il convient également de noter que l'article 6 alinéa 1 dispose, en particulier, que « [p]our chaque profession, des décrets en Conseil d'État peuvent prévoir, compte tenu des nécessités propres à cette profession, la faculté pour toute personne physique ou morale de détenir une part du capital, demeurant inférieure à la moitié de celui-ci, des sociétés constituées sous la forme de sociétés d'exercice libéral à responsabilité limitée, de sociétés d'exercice libéral par actions simplifiées ou de sociétés d'exercice libéral à forme anonyme ».

Il faut toutefois lire l'article 6 dans son intégralité, puisque l'alinéa 4 précise que « [l]es dispositions de cet article ne sont pas applicables aux professions judiciaires ou juridiques ». Afin d'éviter les risques d'entraves à l'indépendance de ces professionnels, les capitaux purement extérieurs sont dès lors prohibés⁷³³.

⁷³² D'après MESTRE et al., *Lamy Sociétés commerciales*, n° 5519, les professions juridiques sont les suivantes : avocat, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avoué près une cour d'appel, notaire, huissier de justice, mandataire liquidateur, commissaire-priseur, commissaire aux comptes.

⁷³³ BRIGNON, *La société d'exercice libéral d'avocats*, p. 40-41. D'après THIERRY WICKERS, chef de délégation pour la France au sein du CCBE, la prohibition est, en réalité, relative et non

III. L'interprofessionnalité capitalistique

A. Le choix législatif

La structure proposée aux professionnels du droit et du chiffre comme ouvrant les portes de l'interprofessionnalité est la société de participations financières des professions libérales (SPFPL)⁷³⁴. Cette dernière favorise le regroupement de professionnels de professions différentes, en leur permettant de mettre des moyens en commun.

L'approche choisie en France, pour le moment, est une interprofessionnalité capitalistique et non d'exercice⁷³⁵. Le choix de ne pas instaurer une interprofessionnalité d'exercice a l'avantage de simplifier le mécanisme à mettre en place, en particulier s'agissant des problèmes d'application de la déontologie propre à chacune des professions pouvant être représentées au sein de la SPFPL⁷³⁶.

L'interprofessionnalité capitalistique ne s'accompagne pas en tant que telle d'une ouverture aux capitaux extérieurs, mais plutôt d'une détention d'une partie du capital de la firme juridique par une holding dans laquelle on retrouvera des professionnels, avocats et non-avocats⁷³⁷.

Comme nous le verrons, des garde-fous ont été prévus afin d'éviter une prise d'intérêts d'investisseurs « commerciaux ».

B. Le fonctionnement des SPFPL

Nous allons présenter successivement le régime juridique des SPFPL (1), leurs activités accessoires admissibles (2), ainsi que la répartition du capital et la direction de ces structures (3). Nous terminerons, enfin, en présentant des schémas de SPFPL regroupant des avocats et des experts-comptables (4).

absolue, dans la mesure où le capital des sociétés d'avocats n'est pas nécessairement en totalité entre les mains des seuls avocats exerçant au sein des structures d'exercice, même si aucun tiers ne peut décider *de plano* d'effectuer un investissement en capital, même minoritaire, dans un cabinet d'avocats (courriel du 16 juin 2014).

⁷³⁴ RICHARD/CHEMOULI, *L'interprofessionnalité capitalistique*, pp. 137-138.

⁷³⁵ *Idem*, p. 137.

⁷³⁶ *Idem*, p. 138.

⁷³⁷ DEFFAINS, *Organisation et gouvernance des sociétés d'avocats*, p. 4.

1. Le régime juridique

Les SPFPL font l'objet du titre IV de la loi 90-1258 du 31 décembre 1990, à l'origine composé du seul article 31-1.

La loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 a créé le nouvel article 31-2 et modifié l'article 31-1, un décret devant préciser les conditions d'application de ce dernier texte. Les articles 5 et 5-1 de la loi du 31 décembre 1990, qui posent les règles de composition du capital des SEL, ont également été modifiés par la loi du 31 mars 2011.

Les SPFPL de l'article 31-1 sont monoprofessionnelles, alors que les SPFPL de l'article 32-2 sont interprofessionnelles.

À noter que le décret pour l'application de l'article 31-2 a récemment été publié⁷³⁸. Il traite de la création de SPFPL pluriprofessionnelles pour les professionnels du droit, du chiffre et de la propriété industrielle (avocats, notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires, experts-comptables, commissaires aux comptes et conseils en propriété industrielle). Chacune des professions concernées reste toutefois soumise aux règles déontologiques qui lui sont propres.

2. Les activités accessoires

Depuis la réforme de la loi n° 2004-130 du 11 février 2004, les SPFPL peuvent avoir des activités accessoires en relation directe avec leur objet et destinées exclusivement aux sociétés ou aux groupements dont elles détiennent des participations. La loi permet seulement à la SPFPL d'exercer, à titre accessoire, une activité de moyens⁷³⁹. La SPFPL ne peut ainsi en aucun cas être assimilée à une structure d'exercice⁷⁴⁰. Il peut s'agir, par exemple, d'une mutualisation de services (comptabilité, informatique, secrétariat, etc.) qui sont fournis par la SPFPL aux sociétés filles⁷⁴¹.

⁷³⁸ Décret n° 2014-354 du 19 mars 2014 pris pour l'application de l'article 31-2 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

⁷³⁹ BRAUNSCHWEIG/DEMAISON, *Profession Avocat*, n. 959, p. 539.

⁷⁴⁰ JAMIN et al., *Code de l'avocat commenté*, p. 1824 ; BRAUNSCHWEIG/DEMAISON, *Profession Avocat*, n. 959, p. 539.

⁷⁴¹ JAMIN et al., *Code de l'avocat commenté*, p. 1824.

D'après le Rapport de l'Institut sur l'évolution des professions juridiques « [l']identité du groupe et de chacune des sociétés le constituant peut en ressortir renforcée, puisque les « produits » proposés seront personnalisés, d'une part tant à l'image du groupe, ou d'une des professions le constituant, ou d'une de ses filles, et d'autre part selon les besoins exprimés par un client »⁷⁴².

3. La répartition du capital et la direction

L'article 31-2 permet aux SPFPL de détenir des parts ou actions de sociétés ayant pour objet l'exercice de deux ou plusieurs des professions suivantes : avocat, notaire, huissier de justice, commissaire-priseur judiciaire, expert-comptable, commissaire aux comptes, ou de conseils en propriété industrielle, chacune des professions concernées restant soumise aux règles déontologiques qui lui sont propres.

Afin de préserver l'indépendance des professions concernées, « plus de la moitié du capital et des droits de vote doit être détenue par des personnes exerçant leur profession au sein des sociétés faisant l'objet d'une prise de participation » (art. 31-2 al. 2, Loi du 31 déc. 1990).

Il ne serait pas possible, par exemple, à une SPFPL majoritairement détenue par des experts-comptables, de détenir la majorité du capital et des droits de vote d'une SEL d'avocats⁷⁴³. Il ne serait pas non plus possible à une telle SPFPL de détenir la majorité du capital d'une SEL d'avocats, compte tenu de l'article 5-1 de la loi du 31 décembre 1990 qui précise que « [l]a majorité du capital social de la société d'exercice libéral ne peut être détenue par une société de participations financières régie par l'article 31-2 qu'à la condition que la majorité du capital et des droits de vote de la société de participations financières soit détenue par des professionnels exerçant la même profession que celle constituant l'objet social de la société d'exercice libéral »⁷⁴⁴.

Une SPFPL ne peut ainsi être majoritaire dans une SEL que si elle est elle-même majoritairement détenue par des professionnels exerçant la même profession que celle qui constitue son objet⁷⁴⁵. En d'autres termes, une SEL exerçant la profession d'avocat ne peut être majoritairement détenue par une SPFPL

⁷⁴² RICHARD/CHEMOULI, *L'interprofessionnalité capitalistique*, p. 138.

⁷⁴³ Ordre des Avocats de Paris, *Vademecum exercice en groupe*, in Le Bulletin du barreau de Paris, avril 2013, p. 19.

⁷⁴⁴ *Ibid.*

⁷⁴⁵ BRAUNSCHWEIG/DEMAISON, *Profession Avocat*, n. 1161, p. 688.

qu'à la condition que cette dernière soit majoritairement détenue par des avocats⁷⁴⁶. Cette disposition garantit ainsi que la gouvernance de la société d'exercice ne puisse en aucun cas échapper aux professionnels relevant de la profession dont l'exercice en constitue l'objet⁷⁴⁷.

En d'autres termes, les mécanismes mis en place interdisent qu'une profession en domine une autre⁷⁴⁸.

Par ailleurs, l'article 31-2 prévoit, enfin, que « [l]es gérants, le président et les dirigeants de la société par actions simplifiée, le président du conseil d'administration, les membres du directoire, le président du conseil de surveillance et les directeurs généraux ainsi que les deux tiers au moins des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance doivent être choisis parmi les membres des professions exerçant au sein des sociétés faisant l'objet d'une prise de participation ».

D'après l'Institut sur l'évolution des professions juridiques, les garde-fous mentionnés ci-dessus permettent de proscrire une véritable marchandisation de l'activité de prestation juridique⁷⁴⁹. Ces structures demeurent ainsi interdites d'être dirigées par un gérant extérieur et proscrivent un recours à des fonds extérieurs⁷⁵⁰.

4. Schémas de SPFPL regroupant avocats et experts-comptables

a. Égalité de participation de type *joint venture*

La première possibilité envisageable est une égalité de participation de type *joint venture*. Chaque profession sera majoritaire en capital et droit de vote dans les structures d'exercice. La SPFPL sera obligatoirement minoritaire dans chaque structure.

Il convient de préciser qu'aux termes de l'article 7 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945, les experts-comptables doivent, directement ou indirectement par une société inscrite à l'ordre, détenir plus de la moitié du capital et plus des deux tiers des droits de vote.

⁷⁴⁶ BRAUNSCHWEIG/DEMAISON, *Profession Avocat*, n. 1161, p. 688.

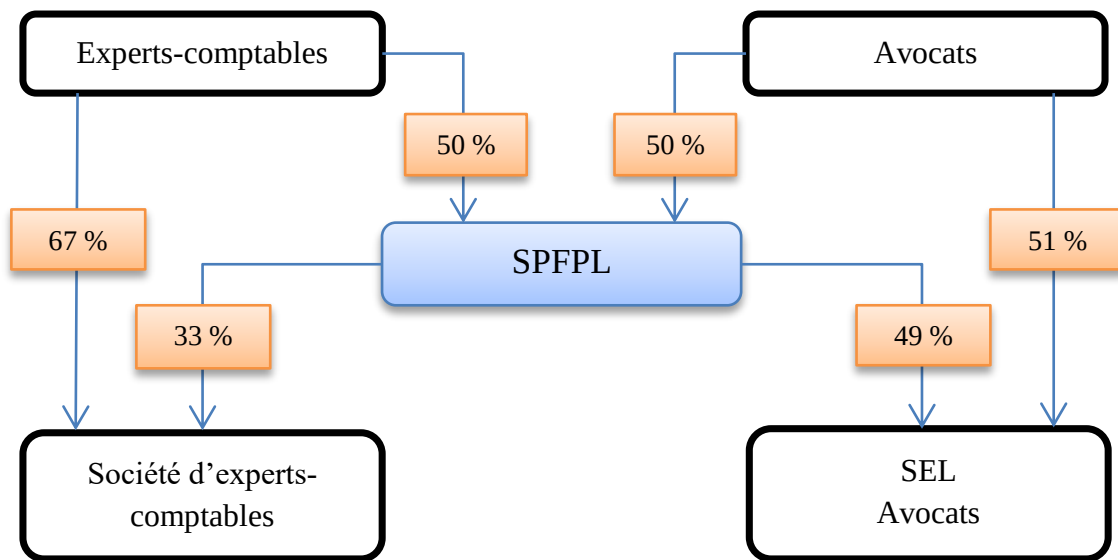
⁷⁴⁷ *Ibid.*

⁷⁴⁸ BRIGNON, *La société d'exercice libéral d'avocats*, p. 27.

⁷⁴⁹ RICHARD/CHEMOULI, *L'interprofessionnalité capitalistique*, p. 139.

⁷⁵⁰ PELOUZE, *Libéralisation*, p. 2.

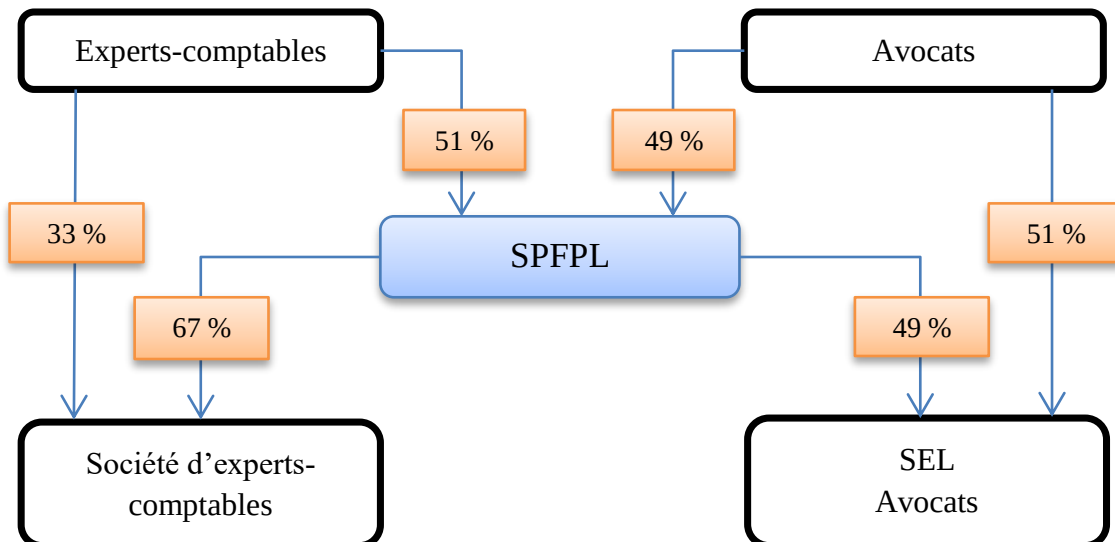
L'Ordre des Avocats de Paris propose un schéma dont nous nous sommes inspirés qui se présente comme suit⁷⁵¹ :



b. SPFPL détenue majoritairement par des experts-comptables

La seconde structure envisageable est une SPFPL détenue majoritairement par des experts-comptables. Dans cette hypothèse, comme nous l'avons expliqué, les avocats devront détenir *directement* la majorité de leur SEL.

Le schéma est le suivant⁷⁵² :



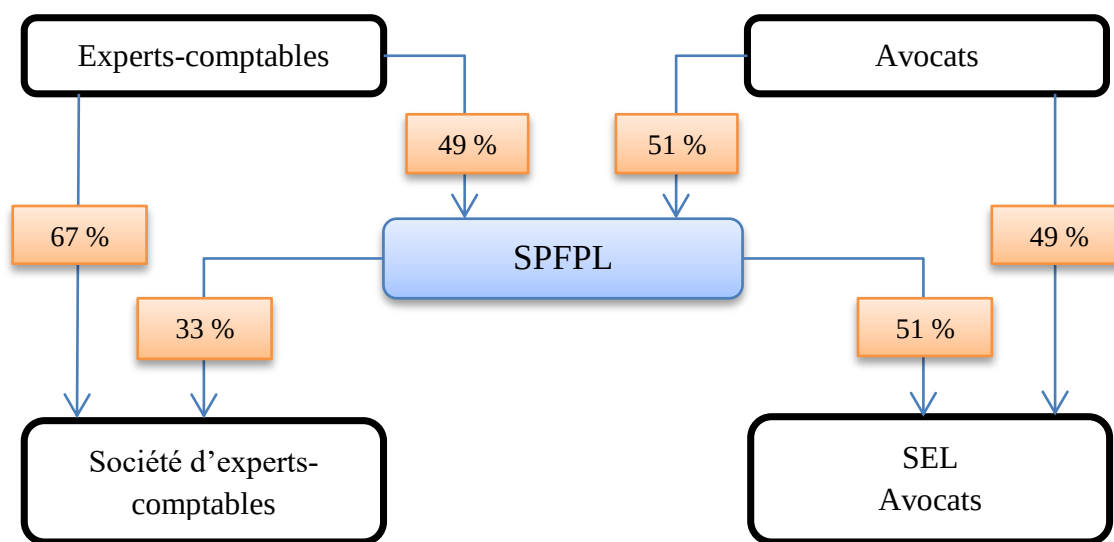
⁷⁵¹ Ordre des Avocats de Paris, *Vademecum exercice en groupe*, in Le Bulletin du barreau de Paris, avril 2013, p. 19.

⁷⁵² *Ibid.*

c. SPFPL détenue majoritairement par des avocats

La troisième option envisageable est une SPFPL détenue majoritairement par des avocats. Dans cette hypothèse, les experts-comptables devront détenir directement plus de 50 % du capital et 66,67 % des droits de vote de leur société d'exercice.

Le schéma se présente comme suit⁷⁵³ :



IV. Le point de vue du Conseil National des Barreaux sur les ABS

Les 15 et 16 juin 2012, le Conseil National des Barreaux (ci-après : CNB) a adopté une motion intitulée « Les Alternative Business Structures mettent en danger les principes essentiels de la profession d'avocat et les intérêts du public ». En particulier, le CNB « affirme que les Alternative Business Structures ne peuvent pas être considérées comme des cabinets d'avocats, notamment dans le cas où la majorité du capital est détenue par des non avocats, et, par conséquent, ne peuvent pas bénéficier des libertés d'établissement et de circulation pour s'inscrire à l'un des barreaux du pays d'accueil »⁷⁵⁴.

⁷⁵³ Ordre des Avocats de Paris, *Vademecum exercice en groupe*, in Le Bulletin du barreau de Paris, avril 2013, p. 19.

⁷⁵⁴ Conseil National des Barreaux, *Les Alternative Business Structures (ABS) mettent en danger les principes essentiels de la profession d'avocat et les intérêts du public*, Motion adoptée à l'unanimité par l'assemblée générale des 15 et 16 juin 2012, disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/docs/international/CNB-MO2012-06-15_AEI_Alternative-Business-Structures-ABS\[P\].pdf](http://www.cnb.avocat.fr/docs/international/CNB-MO2012-06-15_AEI_Alternative-Business-Structures-ABS[P].pdf).

Avant l'adoption de cette motion, dans un rapport d'information présenté à l'Assemblée générale du CNB les 14 et 15 janvier 2011, il avait été relevé, à propos des possibilités d'exercice des ABS en France, ce qui suit :

« Une ABS ne pourra pas bénéficier des règles relatives à la liberté d'établissement des avocats (directive 98/5/CE du 6/02/1998 et art. 83 suiv. de la loi du 31/12/1971 la transposant) ou à la libre prestation occasionnelle de services (directive 77/249/CEE du 22/03/1977 et art. 202 suiv. du décret du 27/11/1991) qui ne sont ouvertes en tant que telles qu'aux personnes physiques.

Un solicitor membre d'une ABS, inscrit au tableau d'un barreau français sous son titre d'origine, ne pourra pas exercer en France « au sein ou au nom » de l'ABS dès lors que les règles régissant les ABS au Royaume-Uni ne répondent pas aux prescriptions de l'article 87, 1° à 4°, de la loi du 31/12/1971. En effet, ces dispositions imposent notamment des règles de détention du capital et des droits de vote au sein du groupement par des avocats ou des membres de professions libérales juridiques ou judiciaires réglementées qui ne peuvent être respectées par les ABS. Une ABS comprenant des non avocats ne pourra donc pas ouvrir en France de bureau secondaire ou de succursale dont l'objet serait d'exercer la profession d'avocat ou de fournir des services juridiques.

Une ABS ne pourra pas non plus exercer en France par l'intermédiaire d'un de ses membres »⁷⁵⁵.

V. Analyse

Le régime français a été conçu dans une perspective d'ouverture limitée, afin d'assurer l'indépendance de la profession d'avocat⁷⁵⁶. Il s'agit d'une position médiane : l'ouverture du capital des sociétés d'avocats est limitée à certaines catégories de personnes, les tiers totalement étrangers à la profession ne pouvant pas participer au capital de telles structures⁷⁵⁷.

Le choix d'une interprofessionnalité capitalistique comporte par ailleurs des avantages, mais également des inconvénients. Comme le souligne le rapport de l'Institut sur l'évolution des professions juridiques, « [l]a mise en place d'une SPFPL n'est pas vraiment une réponse adaptée pour la gestion d'un dossier, d'une affaire, de missions sur une période donnée notamment car la SPFPL n'est pas une structure souple dont l'ambition est de se créer et de disparaître après la conclusion du dossier »⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ SAUMON, *Les Alternatives Business Structures (ABS)*.

⁷⁵⁶ BUYLE, *La participation de tiers dans les sociétés d'avocats*, p. 73 et les réf. cit.

⁷⁵⁷ *Idem*, p. 73.

⁷⁵⁸ RICHARD/CHEMOULI, *L'interprofessionnalité capitalistique*, p. 139.

D'après GILLES HUVELIN, « le financement capitalistique en circuit fermé est trop étroit et corporatiste » et « l'interprofessionnalité capitalistique n'est pas une réponse suffisante, il faut plus de souplesse »⁷⁵⁹. Ce dernier mentionne l'exemple des pharmaciens qui sont agréés par des mutuelles et des garagistes par des assureurs. D'après lui, le fait que des cabinets d'avocats puissent disposer d'antennes dans des locaux de prestataires de services, banques, agences de voyages ou immobilières, etc., est une intégration économique objectivement dynamique. L'interprofessionnalité capitalistique ne permet pas, en l'état, de répondre aux défis lancés.

À notre avis, bien que l'interprofessionnalité capitalistique soit une idée intéressante, elle n'offre probablement pas la souplesse nécessaire et indispensable à la gestion quotidienne d'une étude d'avocats. Si cette solution est peut-être envisageable pour des structures professionnelles d'une certaine importance, on voit assez mal un petit cabinet d'avocats mettre en place une holding afin de profiter de synergies entre différentes professions.

Dès lors et même si elle est parfois présentée comme telle, il est peu probable que cette solution soit en mesure de rivaliser avec les ABS britanniques.

FREDERIC PELOUZE estime, quant à lui, qu'il faudrait aller plus loin dans les réformes :

« Il nous faut nous aussi réformer notre profession dans une direction qui nous permette de nous ouvrir et d'innover dans un contexte de concurrence notamment européenne sans jamais rompre avec notre identité et nos valeurs qui font la force et l'unité de notre profession. La frilosité par rapport au changement fait dire à certains détracteurs des ABS que l'entrée au capital de non-juristes risque de pousser les avocats à favoriser leurs investisseurs par rapport à leurs clients. Si l'indépendance de l'avocat est une condition de l'état de droit qui doit nous inciter à la prudence, la profession doit s'armer pour s'adapter et faire face à la concurrence. À ne rien faire, nous prenons le risque de renforcer davantage une profession britannique puissante, pérenne, relativement homogène et internationale par rapport à son homologue française, peu robuste, morcelée et faiblement internationalisée. Notamment, la paupérisation d'une partie de la profession tributaire d'une activité judiciaire à la rentabilité incertaine pose un risque réel qu'il faut endiguer car c'est la défense des libertés, la mission que nous assurons, qui est en jeu »⁷⁶⁰.

Malgré cela, il faut tout de même reconnaître que la profession en France est loin d'être restée inerte ces dernières années. Bien au contraire, elle a entrepris plusieurs réformes importantes afin de se moderniser. L'interprofessionnalité capitalistique en est un exemple.

⁷⁵⁹ HUVELIN/BLÉRY, *Avec la libéralisation du marché juridique*, p. 2.

⁷⁶⁰ PELOUZE, *Libéralisation*, p. 3.

Chapitre 11 : Suède

I. L'organisation des cabinets d'avocats

A. La règle principale : seulement des avocats

Le Code de déontologie pour les membres de l'Association du barreau suédois, adopté le 29 août 2008, prévoit à son chiffre 7.5.1 ce qui suit :

*« Only an Advocate may be appointed to be a member or deputy member of the board or become a shareholder or partner in a law firm company »*⁷⁶¹.

D'après la règle 7.5.1, un avocat ne peut avoir qu'un avocat ou d'autres avocats comme associés d'un cabinet d'avocats⁷⁶². Ainsi, les avocats suédois ne peuvent fournir des services juridiques qu'avec d'autres avocats⁷⁶³. D'autres professionnels peuvent néanmoins être employés par des avocats et travailler dans un cabinet d'avocats, mais ils ne peuvent pas détenir ou exercer une influence décisive sur les activités du cabinet⁷⁶⁴. Ce qui précède découle du principe de l'indépendance de la profession d'avocat, qui est l'un des piliers fondateurs de la réglementation des avocats en Suède⁷⁶⁵.

Le commentaire explique, enfin, que le but de cette règle n'est pas d'empêcher des représentants syndicaux ou autres qui peuvent, en vertu d'un droit ou d'une

⁷⁶¹ Code of Professional Conduct for Members of the Swedish Bar Association, Adopted and issued by the Board of the Swedish Bar Association on 29 August 2008 with Commentary, disponible sur :

https://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet_eng/Code_of_Professional_Conduct_with_Commentary.pdf.

⁷⁶² JOHAN SANGBORN, délégué à l'information pour la Suède au sein du CCBE (Courriel du 3 juin 2014).

⁷⁶³ *Ibid.*

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ *Ibid.*

obligation légale, siéger au conseil d'administration d'un cabinet d'avocats⁷⁶⁶. Il précise également que la règle principale fait l'objet d'une dérogation prévue à la règle 7.5.3 qui sera examinée ci-dessous au point B.

B. L'exception : le directeur

Comme les avocats sont principalement qualifiés pour donner des conseils juridiques et représenter des clients dans des procédures judiciaires, et non pas pour gérer des sociétés, le barreau suédois a décidé, en 2009, de réviser sa réglementation pour que les études d'avocats suédoises puissent attirer les meilleurs gérants possibles⁷⁶⁷.

Pour ce faire, il a pris la décision d'autoriser des non-avocats à être directeurs de cabinets d'avocats mais de limiter leur participation au sein des cabinets.

La règle 7.5.2 du Code de déontologie prévoit ce qui suit :

*« Subject to dispensation by the Board of the Bar Association, the Managing Director of a law firm organised as a limited liability company does not have to be an Advocate provided that the person in question has undertaken to observe the regulations applicable to the law practice including Good Advocacy Standards. In such case, the Managing Director may also be empowered to sign on behalf of the company jointly with an Advocate. However, no one may be authorised to sign on behalf of the company without the participation of one of its active Advocates except in the circumstances set forth in Chapter 8, section 36 of the Companies Act »*⁷⁶⁸.

Le commentaire de cette règle précise que la condition à l'octroi d'une dérogation est que le directeur s'engage à respecter les réglementations applicables à la pratique du droit, incluant les règles déontologiques des avocats. Ce qui précède est déterminant pour que le Conseil de l'Association du barreau suédois accorde une dérogation. Si la faculté de nommer un directeur non-avocat est

⁷⁶⁶ Code of Professional Conduct for Members of the Swedish Bar Association, Adopted and issued by the Board of the Swedish Bar Association on 29 August 2008 with Commentary, p. 37, disponible sur :

https://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet_eng/Code_of_Professional_Conduct_with_Commentary.pdf.

⁷⁶⁷ JOHAN SANGBORN, délégué à l'information pour la Suède au sein du CCBE (Courriel du 3 juin 2014).

⁷⁶⁸ Code of Professional Conduct for Members of the Swedish Bar Association, Adopted and issued by the Board of the Swedish Bar Association on 29 August 2008 with Commentary, disponible sur :

https://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet_eng/Code_of_Professional_Conduct_with_Commentary.pdf.

utilisée, il est aussi important que le cabinet d'avocats mentionne dans ses règlements que tout avis juridique doit être fourni par un avocat ou par un avocat junior en présence d'un avocat.

En outre, un cabinet d'avocats au bénéfice d'une dérogation est tenu d'informer immédiatement l'Association du barreau suédois de toute circonstance qui pourrait compromettre le respect de cette condition. En particulier, la dérogation accordée peut faire l'objet d'un retrait si la condition n'est pas respectée.

La règle 7.5.3 complète, enfin, la règle 7.5.2 en ces termes :

« Notwithstanding the provisions in 7.5.1 above, a Managing Director who is not an Advocate may, if granted an exemption by the Board of the Bar Association, become a shareholder or partner in a law firm company subject to the following conditions. Such ownership may only cover less than ten percent of the capital and represent less than ten percent of the voting power. In addition, such ownership requires the Managing Director to undertake immediately to transfer his shares or share to the other owners upon termination of the employment »⁷⁶⁹.

Le commentaire de cette règle explique que la possibilité d'une participation extérieure est limitée au directeur. L'octroi d'une dérogation est subordonné à une participation ou à une influence restreinte (participation et droit de vote inférieurs à 10 %), ainsi qu'au respect de la règle 7.5.2. Ces conditions sont essentielles et la dérogation qui a été accordée peut être retirée si elles ne sont pas respectées.

II. Analyse

Compte tenu de la forte demande en Suède de cabinets d'avocats en pleine croissance, afin de rendre plus aisée la possibilité de recruter et de conserver des membres clés du personnel qui ne sont pas des avocats, le barreau de ce pays a décidé qu'il y avait lieu de faciliter, pour les personnes autres que des avocats, la possibilité d'entrer dans le capital d'un cabinet d'avocats.

Le barreau a toutefois estimé que la participation en question au sein d'un cabinet devait être limitée au directeur, qu'elle ne devait pas dépasser 10 % du capital et qu'elle devait représenter moins de 10 % des droits de vote.

⁷⁶⁹ Code of Professional Conduct for Members of the Swedish Bar Association, Adopted and issued by the Board of the Swedish Bar Association on 29 August 2008 with Commentary, disponible sur : https://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet_eng/Code_of_Professional_Conduct_with_Commentary.pdf.

À notre avis, la réglementation suédoise a le mérite d'être simple, mais aussi efficace.

Chapitre 12 : Danemark

I. Le rapport *Copenhagen Economics*

A. Remarque introductive

Un comité a été mis en place par le Ministère danois de la Justice pour examiner la réglementation de la profession d'avocat. Le comité avait pour mission d'examiner différents types de libéralisation de la profession d'avocat et, en particulier, la possibilité d'une modification des exigences de la détention des cabinets d'avocats.

Le barreau danois a mandaté la société de conseils *Copenhagen Economics* pour effectuer une analyse économique des conséquences de la libéralisation de la profession d'avocat. Un rapport a été rendu en janvier 2006⁷⁷⁰. Ce dernier se penche, notamment, sur les différentes possibilités de détention d'un cabinet d'avocats.

B. Les avocats comme propriétaires

Le rapport relève, tout d'abord, qu'il n'y a aucun conflit entre les propriétaires et les avocats lorsque ces derniers sont eux-mêmes propriétaires du cabinet. Dans ce contexte, les études évitent les problèmes classiques de la séparation de la propriété et de la gestion⁷⁷¹.

La littérature économique mentionne d'ailleurs souvent la profession d'avocat comme étant une activité commerciale où il est optimal que les travailleurs

⁷⁷⁰ *Copenhagen Economics*.

⁷⁷¹ *Idem*, p. 50.

soient aussi propriétaires du cabinet d'avocats, car il est difficile de contrôler les efforts des avocats⁷⁷².

Deuxièmement, la propriété est un moyen efficace pour retenir les avocats, qui représentent la valeur la plus importante du cabinet⁷⁷³.

Troisièmement, les avocats représentent un groupe homogène de propriétaires, ce qui permet d'assurer une prise de décision efficace avec relativement peu de conflits entre les propriétaires⁷⁷⁴.

Enfin, les besoins en capitaux des cabinets d'avocats sont relativement modestes et beaucoup d'avocats ont des expériences de direction acquises au sein de conseils d'administration – expériences transposables dans des cabinets d'avocats⁷⁷⁵.

Le rapport arrive toutefois à la conclusion que la gestion des cabinets d'avocats est un domaine où de nouveaux propriétaires pourraient apporter des améliorations. Il précise qu'une telle solution serait plus intéressante s'il était possible que les gérants, même s'ils ne sont pas avocats, soient aussi propriétaires des études et non seulement employés⁷⁷⁶.

C. D'autres employés comme propriétaires

D'après le rapport, il pourrait être concevable d'opérer une modification qui permette aux autres employés d'une étude d'avocats de devenir propriétaires du cabinet dans lequel ils travaillent⁷⁷⁷. Il pourrait être raisonnable, par exemple, de laisser des employés clés qui ne sont pas des avocats, comme le directeur des ressources humaines, devenir propriétaires d'un cabinet d'avocats⁷⁷⁸.

Une telle possibilité comporte des avantages mais aussi des inconvénients. D'une part, il sera plus facile de motiver et de retenir certains employés clés. D'autre part, élargir le cercle des propriétaires pourrait mener à des conflits

⁷⁷² ALCHIAN/DEMSETZ, *The Property Right Paradigm*, pp. 16-27. Voir aussi *Copenhagen Economics*, p. 50.

⁷⁷³ *Copenhagen Economics*, p. 50.

⁷⁷⁴ *Idem*, p. 50.

⁷⁷⁵ *Idem*, pp. 50-51.

⁷⁷⁶ *Idem*, p. 51.

⁷⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁷⁸ *Ibid.*

entre différentes catégories de propriétaires, car ces derniers auront peut-être des intérêts divergents⁷⁷⁹.

Enfin, les consommateurs ne devraient pas subir de changements si le code de déontologie s'applique à tous les propriétaires – y compris ceux qui ne sont pas avocats – et si l'on garantit que les avocats maintiendront une majorité dans le cercle des propriétaires⁷⁸⁰.

D. D'autres conseillers comme propriétaires

D'autres conseillers, comme des comptables, des entreprises de pompes funèbres ou des banques pourraient trouver intéressant d'être propriétaires d'un cabinet d'avocats⁷⁸¹.

Des entreprises multidisciplinaires offrant à la fois des services juridiques et d'autres services professionnels pourraient toutefois être en difficulté lorsqu'il s'agira de maintenir le secret professionnel des avocats⁷⁸². Il est en effet délicat de combiner le secret professionnel des avocats avec les obligations d'autres conseillers au sein d'un même cabinet. Par exemple, les avocats et les comptables ont fondamentalement des fonctions différentes dans la société. Un comptable travaille en tant que contrôleur pour la société et est soumis à des obligations de déclaration, alors qu'un avocat est le conseiller confidentiel du client et est dès lors soumis à une obligation de confidentialité à l'égard de ce dernier⁷⁸³. Des entreprises multidisciplinaires pourraient également être confrontées à des difficultés du point de vue de l'indépendance des avocats. Un client pourrait ne pas être certain qu'un avocat signalerait une erreur commise par un comptable employé par la même société⁷⁸⁴. De plus, une tension interne pourrait survenir dans le groupe des propriétaires si des avocats et d'autres conseillers étaient propriétaires d'un même cabinet⁷⁸⁵. Il y a toutefois certains avantages. Des cabinets multidisciplinaires seraient en mesure d'offrir un éventail plus large de services à leurs clients et ces derniers n'auraient plus qu'à se rendre

⁷⁷⁹ *Copenhagen Economics*, p. 51.

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ *Ibid.*

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ *Copenhagen Economics*, p. 52.

auprès d'un seul fournisseur (*one-stop-shopping*)⁷⁸⁶. Des conseils multidisciplinaires pourraient également mener à une innovation accrue.

Le rapport précise, toutefois, qu'il y a deux faits qui montrent qu'une telle modification de la participation n'augmenterait pas la portée des conseils multidisciplinaires de manière considérable⁷⁸⁷. Premièrement, il est déjà possible pour les cabinets d'avocats d'avoir des accords de coopération avec d'autres conseillers, de partager des bureaux et d'offrir des forfaits de conseils en commun. Deuxièmement, il ne semble pas y avoir une importante demande pour des conseils multidisciplinaires.

Par ailleurs, d'autres conseillers pourraient être tentés d'être propriétaires d'un cabinet d'avocats à la fois pour assurer une clientèle pour leurs propres services et pour exploiter leur fidèle clientèle pour la vente de services juridiques. D'après le rapport, « *a bank might want to own a chain of law firms to refer the bank clients to this chain of law firms, and undertakers could be interested in referring clients to their own lawyers on matters of inheritance* »⁷⁸⁸. L'avantage est que le consommateur n'a pas besoin de chercher un avocat.

En revanche, il y a deux inconvénients importants d'après le rapport. Premièrement, si l'avocat n'est pas indépendant d'autres intérêts, cela pourrait entraîner une baisse de la qualité des conseils⁷⁸⁹. Par exemple, il n'est pas certain qu'un avocat signalera une erreur commise par la banque quand il conseille un client privé sur une question de propriété si la banque en question est propriétaire du cabinet dans lequel l'avocat travaille. Deuxièmement, cela pourrait entraîner une hausse des prix si d'autres conseillers se réfèrent à leurs propres cabinets d'avocats. En effet, comme il est difficile pour les clients d'évaluer la qualité des services fournis par un avocat, les clients feraient alors leur choix en fonction des recommandations des autres conseillers⁷⁹⁰. De ce fait, le prix serait moins significatif pour le consommateur qu'il ne l'est aujourd'hui lorsque ce dernier doit trouver un avocat par lui-même⁷⁹¹.

⁷⁸⁶ *Copenhagen Economics*, p. 52.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ *Ibid.*

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ *Ibid.*

⁷⁹¹ *Ibid.*

E. Les clients comme propriétaires

Les clients pourraient également trouver intéressant de détenir des cabinets d'avocats eux-mêmes, c'est-à-dire en engageant des avocats⁷⁹².

Il est toutefois déjà possible que des clients engagent des avocats, d'après le rapport, lequel précise qu'il y a 593 avocats d'entreprise. Il s'agit d'avocats qui ne travaillent pas dans des cabinets d'avocats mais dans des banques, des organisations, des compagnies d'assurance, des syndicats et des entreprises privées. Le rapport conclut, dès lors, qu'il n'est pas nécessaire de modifier les exigences de participation pour donner à des clients la possibilité d'engager des avocats⁷⁹³.

F. Les investisseurs comme propriétaires

Une modification envisageable des conditions de propriété serait de permettre à des investisseurs de détenir des cabinets d'avocats en tout ou partie⁷⁹⁴. L'avantage principal que conférerait une telle possibilité serait pour les cabinets de disposer d'un accès à du capital bon marché. Le rapport précise toutefois que l'accès à du capital bon marché n'est pas significatif pour les cabinets d'avocats qui n'ont pas d'exigences importantes en termes de capitaux.

Un autre avantage est que la valeur de l'entreprise peut être contrôlée lorsque les actions de la société sont négociées ; avantage qui ne se réalisera que si les actions de la société sont négociées librement sur le marché, et cela ne sera probablement pas possible pour les cabinets d'avocats⁷⁹⁵. D'après le rapport, les études d'avocats sont vulnérables aux conflits d'intérêts et il serait très facile pour une grande entreprise – si les actions étaient librement négociées – de mettre hors d'action certains avocats. Il ne serait, ainsi, probablement pas intéressant pour des cabinets d'avocats d'avoir leurs actions librement négociables sur le marché, car ces derniers perdraient tout contrôle en ce qui concerne d'éventuels conflits d'intérêts⁷⁹⁶.

Enfin, l'inconvénient le plus important, d'après le rapport, réside dans la séparation entre la propriété et la gestion, ce qui pourrait conduire à des problèmes de motivation et de contrôle. Il deviendrait, en effet, plus difficile de motiver et

⁷⁹² *Copenhagen Economics*, p. 53.

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ *Copenhagen Economics*, p. 54.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

de retenir les avocats et des tensions pourraient survenir dans le groupe des propriétaires. Les investisseurs souhaiteront, par exemple, un retour important sur leurs investissements, alors que les avocats préféreront des salaires élevés.

Le rapport arrive ainsi à la conclusion que la possibilité d'avoir des investisseurs comme propriétaires de cabinets d'avocats n'impliquerait probablement pas de gains significatifs en termes d'efficacité⁷⁹⁷. Au contraire, la séparation entre la propriété et la gestion pourrait conduire à des problèmes de gestion dans les cabinets d'avocats et compliquerait le maintien de la garantie de l'indépendance des avocats et du secret professionnel à l'égard des clients⁷⁹⁸.

II. Le « *partner test* »

L'article 124 chiffre 3 à 5 du *Danish Administration of Justice Act* est rédigé en ces termes :

« (3) *Shares in a professional corporation of lawyers may, but see subsection (8), only be owned by*

(i) lawyers who actively practise law in the corporation, its parent company or its subsidiary;

(ii) other employees in the corporation; or

(iii) another professional corporation of lawyers.

(4) Jointly, the persons mentioned in subsection (3)(ii) shall not own more than one tenth of the shares in the professional corporation and shall not have more than one tenth of the votes in the corporation. Laying down provisions limiting the provisions of the Danish Public Companies Act on share redemption in the corporation's articles of association or in a shareholders' agreement shall not be permitted.

(5) The persons mentioned in subsection (3)(ii) who own shares in a professional corporation of lawyers shall pass a test in the rules that are of special importance to the profession of lawyer. The Minister for Justice shall lay down more specific rules thereon. The Bar and Law Society shall be responsible for holding the test ».

Le pourcentage de tiers non-avocats détenant des actions de la société est ainsi limité à un dixième, à la condition que ces tiers passent un examen (le « *partner test* ») portant sur les règles qui revêtent un intérêt particulier pour la profession

⁷⁹⁷ *Copenhagen Economics*, p. 54.

⁷⁹⁸ *Ibid.*

d'avocat (art. 124 ch. 5). La disposition précitée est complétée par une ordonnance réglant les modalités de cet examen⁷⁹⁹. Cette dernière prévoit ce qui suit (art. 3 à 6) :

« 3.-(1) After having acquired shares in a professional corporation of lawyers, a partner shall register for the next partner test. The duty to register for the partner test shall arise on the date of takeover.

(2) Irrespective of the provision in subsection (1), a partner may register for and take the partner test from the time that a binding agreement was made regarding takeover or new emission of shares. The above provision shall apply even where the agreement on takeover or new emission of shares is conditional, including if this involves warrants or the raising of loans against bonds or other debt instruments entitling the lender to convert his claim into shares in the corporation.

4.-(1) A partner shall be allowed two test attempts. Failure to appear for the partner test shall be considered a failed test, except where the failure to appear is lawfully excused, for example because of illness that can be documented to the course committee by a medical certificate.

(2) If a partner fails the partner test in the first test attempt, or if the partner is lawfully excused, cf. subsection (1), the partner shall register for the next re-examination. The Bar and Law Society shall hold re-examinations as required, but not later than two months of the holding of the ordinary test.

(3) If a partner who due to illness participates in re-examination under subsection (2) fails the re-examination, he shall register for the next ordinary test.

5.-(1) If the partner does not register for the partner test pursuant to section 3(1) or section 4(2) and (3), or if the partner has not passed the test after two attempts, the partner shall not be entitled to co-own a professional corporation of lawyers.

(2) A partner who is not entitled to co-own a professional corporation of lawyers under subsection (1) shall immediately sell his shares in the corporation.

(3) If a partner is not entitled to co-own a professional corporation of lawyers under subsection (1), the Bar and Law Society shall immediately inform the professional corporation's other co-owners, who shall implement forced redemption of the partner's shares in the corporation as soon as possible.

6. A partner who has not passed the partner test within two years and six months after acquiring shares in a professional corporation of lawyers, cf. section 3(1), shall in all cases sell the shares pursuant to section 5(2). Section 5(3) shall apply similarly ».

⁷⁹⁹ Order on compulsory participation for owners of professional corporations of lawyers who are not lawyers in a test on the rules of special importance to the profession of lawyer (the partner test), Order No. 1426 du 11 décembre 2007.

En résumé, si l'associé qui a acquis des actions d'une société d'avocats ne s'inscrit pas au prochain examen ou s'il ne le réussit pas après deux tentatives, il n'aura pas le droit de détenir des actions de la société (art. 5(1)). Il se verra dès lors contraint de les vendre à la société (art. 5(2)). Il en ira de même pour un associé qui n'aurait pas passé l'examen dans un délai de deux ans et six mois après avoir acquis les actions (art. 6).

III. Analyse

La solution proposée par le Danemark a le mérite d'être originale. Elle est avant tout fondée sur une approche préventive et éducative. Préventive dans le sens où les tiers non-avocats détenant des actions au sein de la société seront limités à 10 %, réduisant ainsi le risque d'influence des non-avocats sur les avocats. Éducative dans le sens où les tiers non-avocats détenant des actions devront passer un examen portant sur les règles qui revêtent un intérêt particulier pour la profession d'avocat.

Si l'on part de l'idée qu'un non-avocat n'a potentiellement pas plus de raisons de mal se comporter dans un cabinet d'avocats qu'un avocat, le fait d'enseigner à un non-avocat les règles professionnelles devrait réduire les risques que ce dernier viole des règles par ignorance.

Conclusions

D'une manière générale, on peut constater qu'il existe trois grands modèles :

1. Société d'avocats sans aucun seuil en ce qui concerne la participation et la gestion du cabinet par des non-avocats (toutes les juridictions en Australie, à l'exception de l'Australie-Méridionale ; les *solicitors* en Angleterre et au Pays de Galles, le District de Columbia aux États-Unis) (**Modèle 1**)⁸⁰⁰ ;
2. Société d'avocats majoritairement détenue et gérée par des avocats (France, Danemark, Suède, les *barristers* en Angleterre et au Pays de Galles dès 2015) (**Modèle 2**) ;
3. Société d'avocats détenue et gérée exclusivement par des avocats (États-Unis, à l'exception du District de Columbia, Australie-Méridionale⁸⁰¹) (**Modèle 3**).

Le terme « déréglementation », très souvent utilisé pour décrire le processus de libéralisation de la pratique du droit, n'est pas correct, à notre avis. Il s'agit plutôt d'un changement de la philosophie de la réglementation, car une déréglementation devrait conduire à moins de réglementation, ce qui est tout sauf le cas (en particulier avec le *Legal Services Act* en Angleterre et au Pays de Galles).

De plus, même s'il n'y a pas de seuil limite de participation, la liberté n'est pas absolue. Pour les *solicitors* en Angleterre et au Pays de Galles, il appartient, en effet, au *front line regulator* d'agréer une ABS et le régulateur pourra fixer des conditions spécifiques liées à l'octroi de l'autorisation.

Il en va de même pour les études d'avocats cotées en bourse en Australie : la liberté est loin d'être totale. Les cabinets ont dû, avant leur entrée en bourse, négocier avec le régulateur pour faire avaliser leurs différents documents contractuels.

⁸⁰⁰ Le modèle 1 ouvre également la possibilité à des investissements passifs dans des cabinets d'avocats (sauf pour le District de Columbia aux États-Unis).

⁸⁰¹ Article 16(2) du Legal Practitioners Act 1981 (SA) (Version 1.9.2013).

Afin de limiter l'influence des non-avocats sur les avocats et/ou améliorer le respect des règles professionnelles, plusieurs garde-fous ont été envisagés. Il s'agit, en particulier, des mécanismes suivants :

- fixer un pourcentage limite de participation des non-avocats dans les cabinets d'avocats ;
- exiger que les non-avocats actionnaires ou investisseurs soient actifs au sein du cabinet, prohibant ainsi les investissements passifs ;
- approuver les propriétaires et les gérants non-avocats en exigeant qu'ils passent un test de type « *fit to own* », avec éventuellement la possibilité de fixer un pourcentage de participation au-dessus duquel les exigences du test seront plus élevées ;
- retirer l'approbation aux propriétaires et aux gérants non-avocats en cas de non-respect des règles posées par le régulateur ;
- exiger la mise en place d'une infrastructure déontologique (systèmes de gestion appropriés et procédure d'autoévaluation) ;
- désigner au sein du cabinet un avocat responsable des règles professionnelles et chargé de la supervision des non-avocats ;
- interdire aux propriétaires ou gérants non-avocats de donner des directives aux avocats qui violeraient leurs règles professionnelles, avec possibilité de sanction en cas de non-respect ;
- exiger que les associés non-avocats passent un examen portant sur les règles qui revêtent un intérêt particulier pour la profession d'avocat.

Il convient aussi de constater que la réglementation de la structure, en plus de celle du praticien individuel, ne s'inscrit pas comme une simple tendance, mais bien comme un passage obligé permettant une plus grande libéralisation. À notre avis, une telle approche permettrait aussi une meilleure réglementation, dans la mesure où l'avenir de la profession réside probablement dans l'exercice en groupe.

Le modèle 1 a été rendu possible grâce à la mise en place d'une infrastructure déontologique et à une réglementation basée sur les risques (Nouvelle-Galles du Sud, Royaume-Uni et Pays de Galles). Il faut toutefois bien être conscient que ces mesures permettent essentiellement de limiter l'influence des non-avocats sur les avocats. La question la plus délicate à résoudre reste encore celle du secret professionnel, en particulier pour les études d'avocats cotées en bourse.

Ces dernières devront, en effet, jouer aux équilibristes entre, d'une part, leur obligation de transmettre des informations à l'autorité boursière et, d'autre part, ne pas transmettre trop d'informations pour ne pas violer le secret professionnel des avocats. Il ne faut pas avoir peur du vide...

Le modèle 1 pourrait ainsi, dans certains cas, exiger des compromis, pour ne pas dire des sacrifices, en ce qui concerne les règles professionnelles, lesquelles ne pourront, à tout le moins en pratique, pas toujours être maintenues dans leur intégralité ou dans leurs sens le plus strict. Dans un sens, cela peut choquer ou paraître insatisfaisant. Dans un autre sens, cela correspond à l'approche anglo-saxonne basée sur les risques, selon laquelle il n'existe aucune certitude à propos de n'importe quelle éventualité, seulement une probabilité et un risque. Il n'existe, en effet, aucune certitude que les praticiens regroupés au sein d'une structure traditionnelle composée exclusivement d'avocats (modèle 3) respecteront à la lettre les règles professionnelles, alors que les professionnels travaillant au sein d'une étude d'avocats cotée en bourse les violeront systématiquement. Personne n'a, à ce jour, été en mesure de démontrer ce qui précède. Encore une fois, il n'existe qu'une probabilité et un risque. Cette approche a le mérite de ne pas faire une distinction parfois difficilement justifiable entre avocat et non-avocat, puisque le respect des règles peut aussi être considéré comme un état d'esprit et non pas comme une simple question d'appartenance à une profession (ou à la détention d'un titre).

Dans le prolongement de ce qui précède, il est naturellement permis de se demander si le modèle 3 est le seul et unique modèle susceptible de garantir le respect des règles professionnelles. D'après nous, la question réside essentiellement dans le rapport coût/bénéfice entre les différents modèles. Autrement dit, est-ce que le jeu en vaut véritablement la chandelle ? Pour pouvoir répondre à cette question, encore faudrait-il pouvoir bénéficier d'un certain recul.

En Australie, par exemple, seules deux études d'avocats sont cotées en bourse à ce jour et on peut s'attendre à ce que ces dernières, ainsi que les organismes compétents pour les réguler, soient particulièrement vigilants en ce qui concerne le respect des règles professionnelles des avocats. Il n'y a, toutefois, aucune donnée empirique permettant de répondre à cette question de manière satisfaisante.

Il faut également constater que très peu d'auteurs discutent des tensions qui existent en Australie à propos des études cotées en bourse. Que se passerait-il si toutes les études présentes sur un marché imposaient à leurs clients de renoncer, de manière partielle, à certaines garanties, comme le respect du secret professionnel ? Une telle situation serait, selon nous, inacceptable dans un État de droit et préjudiciable pour la société dans son ensemble.

La situation est plus ou moins similaire au Royaume-Uni et au Pays de Galles. Il n'y a pas suffisamment de recul aujourd'hui pour affirmer qu'une approche basée sur les risques est efficace ou non. En particulier, la question de savoir

jusqu'où la SRA devra, ou même pourra, remonter les maillons de la chaîne d'une ABS pour identifier qui sont les personnes qui tirent les ficelles – peut-être même en coulisse – promet d'être passionnante.

Le processus est toutefois lancé et rien ne semble pouvoir l'arrêter. JORDAN FURLONG estime qu'il est fort probable qu'au moins une province canadienne approuve l'utilisation des ABS dans les cinq prochaines années⁸⁰². L'Irlande pourrait aussi faire ce pas. En Écosse, le *Legal Services (Scotland) Act 2010* prévoit la création de *licensed legal service providers*, l'équivalent des ABS. Ces nouvelles structures doivent être détenues ou contrôlées, au minimum, à 51 % par des *solicitors* et/ou d'autres membres de professions réglementées⁸⁰³. Singapour, qui est actuellement dans un processus de réexamen du cadre de sa réglementation, devrait permettre aux employés d'un cabinet d'avocats qui ne sont pas des avocats de détenir une participation du cabinet dans lequel ils travaillent⁸⁰⁴.

À notre avis, il n'est pas exclu que les ABS se répandent ces prochaines années comme une traînée de poudre dans les ordres juridiques de *common law*, sous l'influence de la réglementation au Royaume-Uni et au Pays de Galles. C'est en tout cas ce que suggère RICHARD SUSSKIND :

« [W]ithin a decade or so, after intense self-scrutiny, debate and various shifts in direction, most advanced jurisdictions, and many emerging jurisdictions as well, will have liberalized in the manner of England. And even if this does not come about, liberalization in some countries will give rise to liberation in most others »⁸⁰⁵.

L'impact pourrait également être plus important que nous l'imaginons pour les ordres juridiques de *civil law*. Comme l'ont rappelé GILLES HUVELIN et CORINNE BLERY, « [a]u XIXe siècle, il ne fallut que dix ans pour que disparaissent

⁸⁰² FURLONG, *ABS in Canada?*. Voir aussi, DEVLIN/MORISON. Pour un état des lieux récent, voir WISEMAN, *Access to justice*. À noter que la province de Québec autorise déjà une forme d'ABS, à condition que la participation des non-avocats n'excède pas 49 %. Voir Règlement sur l'exercice de la profession d'avocat en société et en multidisciplinarité, RLRQ c B-1, r 9.

⁸⁰³ PHILIP YELLAND, Director of Regulation, Law Society of Scotland, Rethinking Regulation, 3rd International Conference of Legal Regulators, 8-9 juillet 2014.

⁸⁰⁴ JOAN JANSSEN, Director-General (Legal Group), Ministry of Law, Singapour, Rethinking Regulation, 3rd International Conference of Legal Regulators, 8-9 juillet 2014.

⁸⁰⁵ RICHARD SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers*, Law Practice Magazine, juillet/août 2013, disponible sur : http://www.americanbar.org/publications/law_practice_magazine/2013/july-august.html.

en France et en Allemagne, les freins à la création des sociétés anonymes, simplement parce qu'ils avaient été levés en Angleterre. La déréglementation peut donc arriver rapidement »⁸⁰⁶.

⁸⁰⁶ HUVELIN/BLÉRY, *Avec la libéralisation du marché juridique*, p. 2.

Troisième partie :

La réglementation en Suisse

Chapitre 13 : Le cadre légal de la profession d'avocat

Nous allons, dans un premier temps, présenter les contours de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) (I). Nous nous arrêterons, ensuite, sur les règles cantonales régissant la profession d'avocat (II). Enfin, nous concluons en présentant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) (III).

I. La loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA)

Nous allons successivement étudier l'objet de la loi (A), ses buts (B), son champ d'application personnel (C) et le principe de l'inscription à un registre professionnel (D). Nous examinerons ensuite le principe d'indépendance (E), le secret professionnel (F) et l'interdiction des conflits d'intérêts (G).

Un accent particulier sera mis sur le principe d'indépendance dont découlent l'interdiction des conflits d'intérêts et le secret professionnel. Comme nous le verrons de manière plus concrète dans les chapitres consacrés à l'examen de quelques décisions cantonales (chapitre 14), de la jurisprudence du Tribunal fédéral (chapitre 15) et de certains arrêts de la CJUE (chapitre 16), ces règles sont intimement liées à la question de la liberté d'organisation pour les avocats. Elles sont parfois brandies – à tort ou à raison – comme un obstacle à certains développements de la profession.

Il existe donc un rapport de tension entre, d'une part, le souhait des avocats de pouvoir s'organiser librement et, d'autre part l'exigence d'indépendance⁸⁰⁷. Comme nous l'avons vu dans la première partie de notre travail, il est important que la réglementation soit suffisamment flexible pour permettre aux avocats de rester compétitifs⁸⁰⁸.

⁸⁰⁷ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 2.1. Pour une présentation de cette décision, voir *infra*, p. 259 ss.

⁸⁰⁸ Voir *supra*, p. 87.

Il est dès lors justifié de se pencher sur le fondement de ces principes et de présenter les dispositions qui ont été retenues par le législateur, avant d'examiner la question de la nécessité d'une réforme (chapitre 17).

A. L'objet

La LLCA garantit la libre circulation des avocats et fixe les principes applicables à l'exercice de la profession d'avocat en Suisse (art. 1 LLCA). Il s'agit d'une concrétisation de l'article 95 Cst., qui instaure un droit constitutionnel permettant aux détenteurs de certificats cantonaux, comme les titulaires d'un brevet d'avocat cantonal, de s'en prévaloir sur tout le territoire de la Confédération.

Elle règle, par ailleurs, les modalités d'exercice de la représentation en justice des avocats ressortissants des États membres de l'UE et de l'AELE en transposant les directives européennes intégrées dans l'ALCP et dans la Convention instituant l'AELE.

D'après le message, « [l]a LLCA garantit la libre circulation des avocats en Suisse et fixe un certain nombre de principes et d'exigences minimales pour l'exercice de la profession d'avocat »⁸⁰⁹. La loi vise à rendre la libre circulation effective en unifiant au niveau fédéral un certain nombre de points⁸¹⁰ :

- les conditions de la libre circulation intercantonale des titulaires de brevets d'avocats cantonaux ;
- les registres cantonaux des avocats ;
- les règles professionnelles ;
- la surveillance disciplinaire ;
- la réglementation de la dénomination professionnelle ;
- l'accès à la profession pour les avocats ressortissants des pays de l'UE.

Le message précise également que « [l]a LLCA n'a pas pour but de remplacer complètement les législations cantonales sur les avocats, qui resteront nécessaires, mais d'unifier un certain nombre de points en raison de l'abandon du contrôle exercé jusqu'à présent par les cantons sur les avocats au moment de la délivrance des autorisations de pratiquer »⁸¹¹.

⁸⁰⁹ Message LLCA, p. 5357.

⁸¹⁰ *Idem*, p. 5358.

⁸¹¹ *Ibid.*

Compte tenu de sa nature particulière, certains auteurs la qualifient de loi-cadre⁸¹², alors qu'il s'agit plutôt d'une loi mixte⁸¹³, dans la mesure où elle forme une loi complète et exhaustive sur de nombreux points, ce qui paraît d'ailleurs conforme à son objectif qui consiste à « combler un vide dans la législation fédérale »⁸¹⁴.

B. Les buts

D'après le message, « [l]a LLCA a non seulement pour but de garantir la libre circulation des avocats, mais également de fixer les principes applicables à la profession d'avocat en Suisse »⁸¹⁵. Ainsi, les avocats « n'auront plus à se préoccuper des particularismes cantonaux en matière de règles professionnelles »⁸¹⁶.

Le législateur suisse n'a pas jugé utile de prévoir une disposition qui mentionnerait explicitement les buts poursuivis par la LLCA. Comme nous l'avons relevé dans la première partie de notre travail⁸¹⁷, l'absence d'objectifs dans les réglementations sur la profession d'avocat semble être la règle plutôt que l'exception, et ce dans de nombreuses juridictions. À notre sens, il serait souhaitable que la future loi fédérale sur la profession d'avocat énonce clairement quels sont les buts qu'elle poursuit.

Il est possible d'en déduire que le but qui consiste à garantir la libre circulation des avocats vise à *renforcer la concurrence* entre les avocats et que la fixation des principes applicables à la profession d'avocat vise à *protéger le public*. D'après nous, ces deux objectifs importants devraient non seulement figurer dans la loi, mais également servir de guide à la préparation de la future loi sur la profession d'avocat.

⁸¹² BUCHELER, *Formation continue des avocats*, p. 230 ; PFEIFER, *Das Berufsgeheimnis*, p. 111 ; DREYER/DUBEY, *La place des avocats dans les accords sectoriels*, p. 212.

⁸¹³ Dans ce sens, BOHNET/MARTENET, N 211.

⁸¹⁴ Message LLCA, p. 5337.

⁸¹⁵ *Idem*, p. 5335.

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ Voir *supra*, p. 65 ss.

C. Le champ d'application personnel

Sous la note marginale « champ d'application personnel », l'article 2 alinéa 1 LLCA précise que cette loi s'applique aux titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse.

La LLCA s'applique aussi, par ailleurs, aux avocats des États membres de l'UE ou de l'AELE où ils sont habilités à exercer leur profession, en déterminant les modalités selon lesquelles ils peuvent pratiquer la représentation en justice (art. 2 al. 2 et 21 ss LLCA).

Les modalités relatives à l'exercice de la représentation en justice des avocats ressortissants s'appliquent également aux ressortissants suisses habilités à exercer la profession d'avocat dans un État membre de l'UE ou de l'AELE (art. 2 al. 3 LLCA).

La rédaction de l'article 2 LLCA n'est pas exempte de critiques⁸¹⁸, puisque le premier alinéa traite du champ d'application personnel de la loi, alors que les deux alinéas suivants se rapportent aux modalités d'exercice de la profession d'avocat pour des personnes qui tombent sous le coup des directives de l'UE⁸¹⁹.

Par ailleurs, comme le relèvent BOHNET/MARTENET, si les avocats doivent être inscrits dans un registre cantonal pour bénéficier de la libre circulation (art. 4 LLCA), le champ d'application personnel n'est pas expressément conditionné par l'inscription à un registre cantonal⁸²⁰. Ainsi, la LLCA est applicable même lorsque le droit cantonal autorise la représentation en justice par des avocats qui ne sont pas inscrits dans un registre cantonal prévu par la LLCA en vertu de l'article 3 alinéa 2 LLCA⁸²¹.

Il faut également constater que la LLCA régit le praticien dans sa *dimension individuelle* au sens strict du terme, ce qui signifie que la *dimension de l'organisation* dans laquelle ce dernier est amené à exercer n'est à aucun moment appréhendée dans la loi. Ce qui précède est d'ailleurs corroboré par les

⁸¹⁸ SCHILLER, N 309 et 316, est d'avis que le champ d'application personnel de la LLCA est rédigé de manière déconcertante.

⁸¹⁹ BGFA-NATER, art. 2, N 2, qui indique que les alinéas 2 et 3 de l'article 2 LLCA auraient ainsi plutôt leur place à l'article 1 LLCA, intitulé « Objet ».

⁸²⁰ BOHNET/MARTENET, N 214; dans le même sens, BGFA-NATER, art. 2, N 3.

⁸²¹ BGFA-NATER, art. 2, N 3. Pour les différents cas de figure, voir BOHNET/MARTENET, N 218 ss.

propos tenus par FERNAND MARIETAN lors des travaux parlementaires consacrés à la LLCA :

« Par la complexité des problèmes posés, la question de l'organisation des études d'avocats ne peut être résolue en quelques articles dans la loi sur la libre circulation des avocats, qui est construite, je le rappelle, sur le modèle d'avocat considéré comme une personne physique »⁸²².

La réglementation du praticien individuel est, en quelque sorte, la philosophie dont la LLCA est empreinte. Ce qui précède aura, comme nous le verrons, des conséquences importantes lorsqu'il s'agira d'examiner l'indépendance institutionnelle d'un avocat employé par une société ou d'un avocat qui souhaiterait s'associer avec un tiers non inscrit dans un registre cantonal.

Enfin, comme exemples de titulaires d'un brevet d'avocat qui ne sont pas inscrits au registre cantonal et ne sont dès lors pas soumis à la LLCA, le message mentionne ce qui suit :

« Souvent [...], des avocats exercent une activité de juge ou de greffier, travaillent dans des administrations ou sont salariés de banques, de fiduciaires, etc. ; ils ne s'inscriront donc pas au registre et ne seront pas soumis au contrôle de l'autorité de surveillance. De même, un avocat qui n'entendrait pas pratiquer la représentation en justice mais uniquement le conseil juridique, et qui ne s'inscrirait pas à un registre cantonal des avocats, ne sera pas non plus soumis à la présente loi. Il ne pourra donc se prévaloir du titre d'« avocat inscrit au registre » ou d'« avocat au barreau », ce qui le distinguera aux yeux du public des avocats inscrits au registre »⁸²³.

D. L'inscription à un registre professionnel

Nous allons examiner le principe (1), les conditions (2) et les effets de l'inscription à un registre professionnel (3).

1. Le principe

L'article 4 LLCA dispose que « tout avocat inscrit à un registre cantonal des avocats peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sans autre autorisation ». Il consacre le principe de la libre circulation des avocats inscrits dans un registre cantonal.

⁸²² BO CN 2000 44 (MARIÉTAN).

⁸²³ Message LLCA, p. 5359.

Les cantons ne peuvent pas exiger que l'avocat satisfasse à d'autres conditions que l'inscription au registre pour bénéficier de la libre circulation consacrée à l'article 4 LLCA⁸²⁴.

2. Les conditions

L'inscription au registre est subordonnée à la réalisation de certaines conditions qui ont trait, d'une part, à la formation de l'avocat (art. 7 LLCA) et, d'autre part, à certaines qualités personnelles qu'il doit revêtir (art. 8 LLCA). Il convient de noter que seules les personnes physiques peuvent être inscrites à un registre cantonal, à l'exclusion des personnes morales⁸²⁵.

Du point de vue des conditions de formation (art. 7 LLCA), pour être inscrit au registre, l'avocat doit être titulaire d'un brevet d'avocat. Les cantons demeurent, à cet égard, compétents pour fixer les exigences pour l'obtention du brevet cantonal d'avocat (la LLCA ne fixant que des conditions minimales à cet égard).

Du point de vue des conditions personnelles (art. 8 LLCA), pour être inscrit au registre, l'avocat doit avoir l'exercice des droits civils (let. a) ; ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale pour des faits incompatibles avec la profession d'avocat, à moins que cette condamnation ne figure plus sur l'extrait du casier judiciaire (let. b) ; ne pas faire l'objet d'un acte de défaut de biens (let. c) ; être en mesure de pratiquer en toute indépendance, l'avocat ne pouvant être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal (let. d).

Enfin, l'avocat doit disposer d'une adresse professionnelle (art. 5 al. 1 LLCA) et demander l'inscription au registre du canton dans lequel celle-ci se trouve (art. 6 al. 1 LLCA). Si l'avocat dispose de plusieurs études, il doit s'inscrire dans le canton où il dispose de son étude principale⁸²⁶. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser qu'il s'agit de l'endroit où l'avocat concerné exerce la plus grande partie de son activité⁸²⁷.

⁸²⁴ BGFA-STAEHELIN/OETIKER, art. 4, N 12; CR LLCA-JEANNERET, art. 4, N 5 ; BOHNET/MARTENET, N 770.

⁸²⁵ BOHNET/MARTENET, N 646 ; BGFA-STAEHELIN/OETIKER, art. 5, N 8.

⁸²⁶ Message LLCA, p. 5361.

⁸²⁷ ATF 131 II 639, consid. 3.3 et 3.5, JdT 2006 I p. 535.

3. Les effets

L'inscription à un registre professionnel pour l'assujettissement à la LLCA est décisive⁸²⁸. En effet, peu de cantons ont fait usage de la réserve prévue à l'article 3 alinéa 2 LLCA jusqu'à maintenant⁸²⁹ et l'inscription demeure, quoi qu'il en soit, indispensable pour pouvoir bénéficier de la libre circulation au sens de la LLCA.

L'inscription au registre confère à l'avocat une présomption irréfragable que ce dernier satisfait aux conditions de formation et aux conditions personnelles requises par les articles 7 et 8 LLCA, puisque le respect de ces exigences est une condition *sine qua non* de l'inscription au registre (art. 6 al. 2 LLCA)⁸³⁰.

Par ailleurs, l'inscription d'un avocat au registre cantonal est dite couvrante⁸³¹, ce qui signifie que « la surveillance s'exerce sur l'ensemble des activités professionnelles de l'avocat, et non pas seulement sur son activité dans le cadre du monopole cantonal »⁸³². L'avocat inscrit est dès lors soumis aux règles professionnelles de l'article 12 LLCA, non seulement lorsqu'il représente une partie en justice ou fournit des conseils juridiques, mais aussi lorsqu'il exerce d'autres activités en qualité d'avocat ou lorsqu'il se prévaut de son titre, par exemple dans les domaines de la médiation ou de l'arbitrage, à tout le moins lorsqu'il intervient comme conseil d'une partie⁸³³.

Il peut ainsi être exposé à des sanctions pour toutes les activités professionnelles qu'il exerce sous son titre, qu'il s'agisse tant de la représentation en justice et du conseil que d'activités commerciales⁸³⁴. D'après BOHNET/MARTENET, « [u]n tel *régime unitaire* répond au besoin de faciliter la surveillance, en évitant qu'il faille se demander, pour chaque acte accompli par un avocat, s'il relève du conseil ou de la représentation en justice »⁸³⁵. Cette définition très large de la profession d'avocat retenue en matière disciplinaire vise à protéger l'intérêt public⁸³⁶.

⁸²⁸ BGFA-NATER, art. 2, N 3.

⁸²⁹ BGFA-STAEHELIN/OETIKER, art. 6, N 4.

⁸³⁰ CR LLCA-JEANNERET, art. 4, N 5.

⁸³¹ CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD/SCHWEIZER, art. 2, N 14.

⁸³² Message LLCA, p. 5372. Voir aussi BOHNET/MARTENET, N 215 ; BGFA-NATER, art. 2, N 8 et les réf. cit.

⁸³³ BOHNET/MARTENET, N 215.

⁸³⁴ Pour une casuistique, voir BOHNET/MARTENET, N 1118 ss.

⁸³⁵ BOHNET/MARTENET, N 215.

⁸³⁶ Voir aussi CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD/SCHWEIZER, art. 2, N 16.

La situation est, en revanche, différente en ce qui concerne le secret professionnel. En effet, si celui-ci s'impose dans « toutes les activités de l'avocat qui s'inscrivent dans l'exercice de sa profession et non seulement dans ses activités judiciaires »⁸³⁷ (activités typiques de l'avocat, monopolistiques ou non), le champ de protection exclut du secret professionnel toute activité étrangère au mandat d'avocat au sens strict, qu'il s'agisse d'une activité privée, politique, commerciale, sociale ou autre⁸³⁸.

E. L'indépendance

Nous allons, dans un premier temps, présenter les fondements et la portée du principe d'indépendance (1). Nous exposerons, dans un deuxième temps, la genèse de la disposition qui règle la question du degré d'indépendance que l'avocat doit avoir pour s'inscrire à un registre (2) et la disposition qui a finalement été retenue par le législateur (3). Nous terminerons par quelques commentaires (4).

1. Les fondements et la portée du principe

L'indépendance est un principe cardinal gouvernant la profession d'avocat⁸³⁹. D'après le Tribunal fédéral, l'indépendance de l'avocat est un principe « mondialement reconnu »⁸⁴⁰. La Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE) indique que « la conception du rôle de l'avocat dans l'ordre juridique de l'Union [...] est celle d'un collaborateur de la justice appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin »⁸⁴¹.

Selon la Charte des principes essentiels de l'avocat européen, l'indépendance de l'avocat est le premier des dix principes communs à l'ensemble de la profession d'avocat en Europe⁸⁴². Le commentaire de la Charte explique que l'avocat

⁸³⁷ CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13, N 73.

⁸³⁸ CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13, N 145 ; BOHNET/MARTENET, N 1820 et les réf. cit.

⁸³⁹ JØRGENSEN, p. 55 ; MATILE, p. 207 ; MARTENET, p. 668 ; BOHNET/MARTENET, N 1306 ss. Voir aussi *supra*, p. 96 ss.

⁸⁴⁰ ATF 123 I 193, consid. 4, JdT 1999 I 310 (rés.) ; ATF 130 II 87, consid. 4.1, RDAF 2005 I 519 (rés.).

⁸⁴¹ Arrêt CJUE du 6 septembre 2012, *Prezes Urzedu Komunikacji Elektronicznej et République de Pologne c/ Commission européenne*, affaires jointes, C-422/11 P et C-423/11 P.

⁸⁴² CCBE, Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens, Charte adoptée le 24 novembre 2006, disponible sur :

doit être libre, politiquement, économiquement et intellectuellement, dans l'exercice de sa mission de conseil et de représentant du client. Cette liberté signifie que l'avocat doit être indépendant de l'État et des sources de pouvoir comme des puissances économiques. Il ne doit pas compromettre son indépendance suite à une pression induite d'associés commerciaux. L'avocat doit aussi rester indépendant par rapport à son client s'il doit jouir de la confiance des tiers et des cours et tribunaux.

Le Code de déontologie des avocats européens précise ce qui suit :

« La multiplicité des devoirs incombant à l'avocat lui impose une indépendance absolue, exempte de toute pression, notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou d'influences extérieures. Cette indépendance est aussi nécessaire pour la confiance en la justice que l'impartialité du juge. L'avocat doit donc éviter toute atteinte à son indépendance et veiller à ne pas négliger le respect de la déontologie pour plaire à son client, au juge ou à des tiers »⁸⁴³.

L'*International Bar Association* (ci-après : IBA) a publié une liste de dix principes internationaux s'appliquant à la profession d'avocat, dont le premier est l'indépendance⁸⁴⁴. Le commentaire ajoute qu'il est indispensable pour l'administration de la justice et le fonctionnement de la règle de droit qu'un avocat agisse pour son client en tant que professionnel libre d'instructions de contrôle ou d'ingérences.

Malgré ces différentes définitions, la portée exacte de l'indépendance est controversée, au point d'être comparée par VINCENT MARTENET à une auberge espagnole⁸⁴⁵. En effet, sur la base des textes précités, l'indépendance est davan-

http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/FR_CCBE_CoC-pdf2_1382973057.pdf.

⁸⁴³ CCBE, Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens, Code par. 2.1.1, adopté le 28 octobre 1988, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/FR_CCBE_CoC-pdf2_1382973057.pdf.

⁸⁴⁴ International Bar Association, International Principles on Conduct for the Legal Profession, adopté le 28 mai 2011, disponible sur : <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=1730FC33-6D70-4469-9B9D-8A12C319468C>.

⁸⁴⁵ MARTENET, p. 668, qui suggère d'appliquer aux avocats les critères relatifs à l'indépendance des tribunaux. Selon JØRGENSEN: « Independence is clearly central to the unique role played by a lawyer in society but its true meaning is elusive » (p. 56). D'après MATILE, c'est au niveau de l'application du principe que se cachent de nombreuses nuances, voire des contradictions (p. 207). Selon HAZARD/DONDI, *Legal Ethics*, le concept d'indépendance est ambigu (p. 147).

tage évoquée qu'elle n'est définie ; c'est surtout sa raison d'être qui est rappelée⁸⁴⁶. Nous reviendrons sur cette question lorsque nous nous pencherons sur le texte légal adopté par le législateur.

Enfin, il est intéressant de relever que le monopole des avocats trouve sa justification, notamment en raison de l'exigence d'indépendance⁸⁴⁷. Nous examinerons le bien-fondé de cette justification lorsque nous commenterons le texte légal adopté par le législateur.

En résumé, le concept d'indépendance peut être examiné en se demandant quelles sont les influences « contaminantes » dont un avocat doit se prémunir pour être indépendant⁸⁴⁸. Elles peuvent être classées en trois catégories : l'indépendance à l'égard des autorités (a) ; l'indépendance à l'égard des tiers (b) ; et l'indépendance à l'égard du client (c)⁸⁴⁹.

a. Indépendance à l'égard des autorités

L'avocat est parfois amené à contester des décisions prises à l'égard de son client par des autorités administratives ou judiciaires, raison pour laquelle il doit disposer d'une liberté d'action et de jugement totale pour qu'il puisse remplir sa mission avec un maximum d'autorité et d'efficacité⁸⁵⁰.

Pour rappel, dans la deuxième partie de notre travail, nous avons souligné qu'au Royaume-Uni, le super-régulateur des professions juridiques, le LSB, a une proximité dangereuse avec le pouvoir exécutif qui est prédominant dans la désignation de ses membres⁸⁵¹. Un contrôle trop important du gouvernement sur les avocats est en effet susceptible de nuire à leur indépendance. Des exemples plus extrêmes existent. Il est utile de les rappeler brièvement.

⁸⁴⁶ Voir aussi FAVREAU, *Le devoir d'indépendance*, pp. 10-11.

⁸⁴⁷ D'après le Message LLCA, p. 5339, « Le respect des règles professionnelles et la surveillance disciplinaire sont le corollaire du monopole de l'avocat ».

⁸⁴⁸ Dans ce sens, HAZARD/DONDI, *Legal Ethics*, p. 147.

⁸⁴⁹ HAZARD/DONDI, *Legal Ethics*, ajoutent encore l'indépendance de l'avocat à l'égard de ses propres opinions concernant la politique, la morale et l'état de la société (p. 147).

⁸⁵⁰ CHRISTE, p. 183.

⁸⁵¹ Voir *supra*, p. 152 ss.

En Allemagne, sous le régime national-socialiste, les avocats étaient devenus de véritables fonctionnaires au service de l'État et leur indépendance avait disparu⁸⁵².

En République populaire de Chine, la loi gouvernant les avocats ne fait aucune référence à l'indépendance. Les avocats sont placés sous la surveillance du Ministère de la Justice et doivent, lors de leur serment, prêter allégeance au Parti communiste chinois⁸⁵³. Dans ce contexte, les avocats – en particulier les avocats pénalistes – se trouvent dans une position intenable consistant à choisir entre leur obligation de défendre les intérêts de leurs clients et leur devoir de sauvegarder les intérêts de l'État et du peuple⁸⁵⁴.

Il est évident que sans le maintien de l'indépendance des avocats à l'égard des autorités, le respect des droits de l'homme et la garantie de l'État de droit n'est pas concevable.

b. Indépendance à l'égard des tiers

L'indépendance de l'avocat peut être menacée par des tiers. Qui sont donc ces tiers ? D'après HAZARD et DONDI, il pourrait s'agir d'un autre client de l'avocat, voire même de ses propres collègues avocats⁸⁵⁵. À première vue, les possibilités semblent infinies.

JACQUES MATILE cite l'exemple – inquiétant – d'associations très puissantes qui pourraient faire pression sur les avocats pour qu'ils n'acceptent pas de mandats contre elles ou contre leurs membres en les menaçant de leur faire retirer tous les mandats qui leur ont été confiés par des clients qui font partie de leur organisation et de faire en sorte qu'ils n'en reçoivent plus à l'avenir⁸⁵⁶.

De son côté, PIERRE CHRISTE estime qu'au regard des tiers, l'avocat ne saurait subir aucune contrainte et c'est la raison pour laquelle il n'acceptera aucun emploi à gage, aucune obligation pouvant comporter une quelconque subordination⁸⁵⁷.

⁸⁵² JØRGENSEN, p. 57 ss.

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ *Ibid.*

⁸⁵⁵ HAZARD/DONDI, *Legal Ethics*, p. 147.

⁸⁵⁶ MATILE, p. 209.

⁸⁵⁷ CHRISTE, p. 184.

Dans le même ordre d'idée, JEAN-PIERRE GROSS indique que l'avocat doit être libre de tous liens pouvant l'exposer, dans l'exercice de sa profession, à quelque influence que ce soit de la part de tiers⁸⁵⁸. Il ne peut pas être subordonné à des personnes physiques ou morales extérieures au barreau⁸⁵⁹. Ainsi, la seule exception qui puisse se concevoir, c'est l'exercice au service d'un autre avocat qui soit indépendant au sens de cette définition⁸⁶⁰. D'une manière générale, bien que ce mode corresponde de moins en moins aux exigences de la pratique, un avocat exerçant seul est la manifestation la plus pure de l'indépendance⁸⁶¹.

Pour citer un cas plus concret, le Tribunal administratif du canton de Genève avait jugé incompatible avec le principe de l'indépendance que des études d'avocats regroupées en réseau soient dépendantes d'une seule et même entité, en l'occurrence un important cabinet d'audit, pour toute leur organisation administrative et structurelle, les locaux qu'elles occupent ainsi qu'un prêt éventuel pour financer leur activité⁸⁶².

c. Indépendance à l'égard du client

Seul l'avocat indépendant de son client est susceptible de lui apporter une assistance objective⁸⁶³. L'avocat doit être indépendant de son client matériellement et moralement⁸⁶⁴. Matériellement, l'avocat ne doit pas être le créancier ou le débiteur de son client, s'il en résulte une atteinte à sa liberté de décision⁸⁶⁵. Moralement, l'avocat doit rester à distance des intérêts de la partie qu'il représente et ne pas devenir le porte-parole de son client⁸⁶⁶.

HAZARD et DONDI notent que le fait d'avoir de nombreux clients est un aspect important de l'indépendance de l'avocat, car cela permet de réduire la dépendance de l'avocat à l'égard du patronage d'un seul client⁸⁶⁷.

Comme l'a souligné la CJUE dans un arrêt de septembre 2010, « l'exigence d'indépendance implique l'absence de tout rapport d'emploi entre l'avocat et

⁸⁵⁸ GROSS, *Cabinet d'avocat*, pp. 8-9.

⁸⁵⁹ THEURILLAT, p. 198.

⁸⁶⁰ GROSS, *Cabinet d'avocat*, p. 9.

⁸⁶¹ TAISNE, *La déontologie de l'avocat*, pp. 52-53.

⁸⁶² Tribunal administratif, Genève, 23 juillet 2003, ATA 1206/2002 ; SJ 2007 II 274.

⁸⁶³ BGFA-FELLMANN, art. 12 N 75 ; ATF 130 II 95.

⁸⁶⁴ BOHNET/MARTENET, N 1367 ss.

⁸⁶⁵ *Idem*, N 1368.

⁸⁶⁶ *Idem*, N 1376, qui citent l'ATF 106 Ia 100, consid. 6b, JdT 1982 I 579 (rés.).

⁸⁶⁷ HAZARD/DONDI, *Legal Ethics*, p. 155.

son client »⁸⁶⁸. JEAN-JACQUES TAISNE précise que l'avocat salarié de son client risquerait fort d'oublier ses obligations déontologiques pour satisfaire les exigences de son employeur non-avocat⁸⁶⁹.

2. La genèse de la disposition

a. Le projet du Conseil fédéral

D'après le message, « [l]a question la plus controversée du projet de loi fut celle du degré d'indépendance que l'avocat doit avoir en vertu du droit fédéral pour s'inscrire à un registre, et donc pouvoir plaider sans autre formalité dans toute la Suisse »⁸⁷⁰. Le principal enjeu du problème concernait les différentes conceptions cantonales de l'indépendance de l'avocat, singulièrement quant à sa compatibilité avec un statut de salarié.

En particulier, certains redoutaient que, par le biais de l'inscription au registre, les avocats salariés autorisés à pratiquer la représentation en justice en vertu de la pratique « libérale » de certains cantons puissent plaider dans toute la Suisse. Le message explique que si tous les cantons admettaient qu'un avocat puisse exercer une activité salariée indépendante de son activité d'avocat, les cantons à la pratique « libérale » (Thurgovie, Saint-Gall et Zurich) allaient plus loin, en ce sens qu'ils admettaient, à certaines conditions, que des avocats salariés représentent en justice les clients de leur employeur⁸⁷¹. Ces cantons exigeaient, notamment, que certaines conditions figurent dans les contrats de travail des avocats salariés, afin de garantir leur indépendance (par exemple, les us et coutumes du barreau doivent être respectés ; le devoir de fidélité à l'égard du client a la priorité sur le devoir de fidélité à l'égard de l'employeur ; l'employeur n'a pas le droit d'exiger des comptes de l'employé ou d'examiner ses dossiers, etc.).

À ce stade, le projet de loi du Conseil fédéral avait retenu une solution d'après laquelle l'autorité de surveillance examine déjà au moment de la demande d'inscription au registre si l'avocat présente toutes les garanties en matière d'indépendance⁸⁷². Selon le projet en question, l'indépendance de l'avocat restait aussi

⁸⁶⁸ Arrêt CJUE du 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akcros Chemicals Ltd c/ Commission européenne*, C-550/07 P, ch. 44.

⁸⁶⁹ TAISNE, *La déontologie de l'avocat*, p. 58.

⁸⁷⁰ Message LLCA, p. 5349.

⁸⁷¹ *Idem*, pp. 5349-5350.

⁸⁷² *Idem*, p. 5354.

une règle professionnelle s'imposant à ce dernier dans l'ensemble de son activité professionnelle⁸⁷³.

S'agissant de la définition de l'indépendance, le message retenait une solution souple et ouverte :

« Cette solution laisse aux autorités de surveillance, voire aux tribunaux, le soin de fixer les contours de l'indépendance en tenant compte essentiellement des problèmes de conflits d'intérêts. Elle ne porte pas préjudice à une évolution des pratiques cantonales en la matière. Elle favorise, par le biais de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'émergence d'une conception uniforme de la notion d'indépendance au niveau suisse, et donc conduit à une harmonisation progressive des pratiques cantonales. Enfin, cette solution est parfaitement compatible avec la jurisprudence du Tribunal fédéral »⁸⁷⁴.

Lors des travaux parlementaires, la portée et le niveau de l'indépendance ont donné lieu à d'intenses débats.

b. Aperçu des travaux parlementaires

(i) *Conseil national : décision modifiant le projet du Conseil fédéral*

La majorité de la Commission des affaires juridiques a proposé le texte suivant :

« [L'avocat] exerce son activité professionnelle en toute indépendance, en son nom personnel et sous sa propre responsabilité ; il ne peut être employé, pour exercer sa profession, que par des organisations sans but lucratif ou par une personne qui est inscrite elle-même dans un registre cantonal ».

Quant à la minorité, elle a proposé une disposition rédigée comme suit :

« [L'avocat] remplit en son nom personnel et sous sa propre responsabilité les mandats qui lui sont confiés. L'employeur accorde par contrat à l'avocat qu'il salarie la même indépendance que celle dont jouit l'avocat non salarié, et il respecte le secret professionnel de l'avocat ».

Par ailleurs, une proposition HOCHREUTENER était rédigée en ces termes :

« Pour être inscrit au registre, l'avocat doit [...] être en mesure de pratiquer indépendamment de conflits d'intérêts dans le mandat individuel ».

Enfin, une proposition BAUMBERGER retenait le texte suivant :

⁸⁷³ Message LLCA, p. 5354.

⁸⁷⁴ *Ibid.*

« Il lui est interdit de contracter des engagements qui permettraient à des tiers non inscrits au registre cantonal d'influer en droit ou fait, directement ou indirectement, sur l'exercice de son activité ».

Lors des débats, NORBERT HOCHREUTENER a exprimé l'avis selon lequel la structure organisationnelle en tant que telle n'est pas décisive pour déterminer si un avocat est indépendant ou non. D'après lui, seul un cas particulier et concret permet de se prononcer à ce sujet⁸⁷⁵.

LILI NABHOLZ était aussi d'avis, contrairement à la majorité de la Commission des affaires juridiques, que le critère de la structure organisationnelle n'était pas pertinent en ce qui concerne l'inscription au registre. Elle s'est prononcée, à ce sujet, en ces termes :

« Diese Voraussetzung ist eindeutig ein Rückschritt gegenüber der heutigen Praxis in liberalen Kantonen, und sie widerspricht - es wurde schon erwähnt - nicht nur den allgemeinen Liberalisierungstendenzen in der Wirtschaft; sie trägt namentlich auch den Realitäten, wie und wo Anwälte heute tätig sind, nicht Rechnung. Wir schaffen mit dem Antrag der Mehrheit zwei Klassen von Anwälten, nämlich die angestellten Anwälte einerseits, die freiberuflich tätigen Anwälte andererseits - und das zum Nachteil des Klienten, weil damit der Klient in seiner Anwaltswahl, die frei sein soll, eingegrenzt wird. [...] Am schlimmsten finde ich, dass der Mehrheitsantrag unseren anwaltlichen Nachwuchs in seinen Berufschancen behindert. Junganwälte haben längst nicht mehr immer die Möglichkeit, einfach in Anwaltspraxen einzusteigen. Sie müssen sich beruflich anderswo betätigen können. Wenn sie nach vier, fünf Jahren in einer Treuhandfirma oder in einem anderen Angestelltenverhältnis einer Unternehmung in die anwaltliche Praxis zurückkehren, haben sie gewisse Fähigkeiten verloren, weil ihnen die Ausübung wesentlicher Teile ihrer beruflichen Ausbildung in der Praxis verwehrt war, denn sie durften ja nicht vor Gericht plädieren. Das möchte ich nicht, auch aus der Perspektive der Entwicklung des ganzen Berufsstandes »⁸⁷⁶.

Quant au Président de l'Union suisse des professions libérales, PETER BAUMBERGER, il était d'avis que l'indépendance dans un cas particulier n'était ni contrôlable ni vérifiable. Il relevait, en particulier, ce qui suit :

« Es geht bei der Unabhängigkeit, und zwar bei der institutionellen Unabhängigkeit des Anwaltes, um eine Voraussetzung des Rechtsstaates. [...] Die Anwälte dürfen keine Bindungen eingehen, die sie direkt oder indirekt beeinflussen. Gemeint sind eben insbesondere Bindungen aus Arbeitsverträgen. »⁸⁷⁷

Les propos de MARGUERITE FLORIO, qui résument l'avis de la Commission, méritent aussi d'être mentionnés :

⁸⁷⁵ BO CN 1999 1556-1557 (HOCHREUTENER).

⁸⁷⁶ BO CN 1999 1557-1558 (NABHOLZ).

⁸⁷⁷ BO CN 1999 1559 (BAUMBERGER).

« Je vais annoncer la couleur tout de suite: je suis avocate indépendante depuis plus de vingt ans et heureuse de l'être! Je vais donc vous parler de l'indépendance de l'avocat. J'imagine que cela ne vous étonnera pas. Indépendance veut dire : pas de patron, pas de salaire, pas d'assurances sociales de type assurance-chômage. Il faut savoir ce que c'est : c'est un choix. Mais je dirais que l'indépendance pour la pratique de l'avocature ou du métier d'avocat est absolument cardinale. Il n'est pas envisageable, et c'est l'avis de la commission, qu'un avocat salarié ait les avantages de l'indépendant et ceux du salarié. Je peux tout à fait admettre que quelqu'un ait fait des études de droit, un brevet d'avocat et s'engage dans une compagnie d'assurances ; il a fait un choix, il a choisi d'être salarié, et, par conséquent, de ne plus aller défendre devant les tribunaux. En revanche, celui qui, ayant fait ce choix, veut en plus continuer à défendre, cela pourra créer des conflits d'intérêts par rapport aux clients. [...] Si vous acceptez la proposition de minorité Nabholz, soutenue par le Conseil fédéral, et qui est contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral, vous courez des risques, vous, consommateurs potentiels - vous n'avez peut-être jamais eu besoin d'avocat, tant mieux; mais un jour, cela viendra peut-être ! Eh bien, si les avocats indépendants sont réduits à la portion congrue - parce que vous aurez des avocats employés de compagnies -, alors, premièrement, vous n'aurez plus le choix de votre défenseur, et deuxièmement, vous n'aurez pas la certitude qu'il est parfaitement libre d'agir comme il l'entend. Je crois que ça, c'est la protection du consommateur, et ça n'est pas du tout la défense d'un monopole. Car nous l'avons assez entendu en commission : "Vous défendez votre beefsteak et votre monopole !" C'est possible, mais comme je vous l'ai dit au début de cette intervention, l'indépendance a un prix »⁸⁷⁸.

Par ailleurs, la conseillère fédérale RUTH METZLER-ARNOLD indiquait que la notion d'indépendance telle que définie par la majorité de la Commission était mesurée selon un critère formel, à savoir un contrat de travail. Elle soulignait ce qui suit :

« Da spielt es keine Rolle, ob der Arbeitgeber ein im Register eingetragener Anwalt oder eine Bank ist. Entscheidend ist, dass die Interessen der Klientinnen und Klienten bestmöglich vertreten werden können. Unabhängigkeit meint somit auch nicht die wirtschaftliche Unabhängigkeit, also die Selbständigkeit, sondern eben die geistige Unabhängigkeit. Die von der Kommissionsmehrheit beantragte Fassung ist demnach zu restriktiv und würde in der Tat einen Rückschritt bedeuten. Der Entwurf des Bundesrates bietet demgegenüber eine offene, entwicklungsfähige Lösung an »⁸⁷⁹.

Elle soulignait également qu'avec cette disposition, il ne s'agissait pas de régler un monopole, mais bien de poser une règle professionnelle ouverte et libérale afin de protéger les clients.

C'est finalement la proposition PETER BAUMBERGER, jugée assez restrictive, qui a été acceptée par le Conseil national.

⁸⁷⁸ BO CN 1999 1564-1565 (FLORIO).

⁸⁷⁹ BO CN 1999 1565 (METZLER-ARNOLD).

(ii) *Conseil des États : divergences*

Une majorité de la Commission des affaires juridiques proposait le texte suivant :

« Il y a indépendance lorsqu'il n'existe aucun lien qui expose l'avocat, pendant l'exercice de sa fonction, à une quelconque influence de la part de tiers qui ne sont pas inscrits dans un registre cantonal ».

Une proposition minoritaire (MERZ) était, en outre, rédigée en ces termes :

« L'avocat exerce sa profession de manière indépendante lorsqu'aucun engagement de fait ou de droit n'existe qui puisse conduire à un conflit entre les intérêts de ses clients et ses propres intérêts ou ceux de personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé ».

À ce stade, FRANÇOISE SAUDAN résumait l'enjeu des débats en ces termes : « Faut-il [...] libéraliser la profession ou maintenir une forme de monopole pour l'avocat indépendant ? »⁸⁸⁰.

HANS-RUDOLF MERZ, membre de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, n'a pas manqué de souligner que sur les treize membres qui siégeaient au sein de la Commission, douze étaient des juristes dont la majorité étaient des avocats inscrits dans un registre. Il a ainsi relevé que cela reviendrait au même de confier la rédaction d'une loi sur l'agriculture à une commission de paysans et d'agriculteurs et qu'il était dès lors conscient qu'il n'allait pas récolter de lauriers en plaidant pour une certaine libéralisation⁸⁸¹. Il indiquait, notamment, ce qui suit :

« Die Formulierung "unabhängig" - womit gemeint ist, dass die Berufsausübung frei von irgendwelchem Einfluss von Dritten ist, die nicht im Register eingetragen sind - ist meines Erachtens eine Floskel. Sie verändert auch den Sinn und Geist des Anwaltsgesetzes; denn statt einer kontrollierten Freizügigkeit schafft sie ein neues Monopol zugunsten der registrierten Anwälte. Entscheidend ist demgegenüber, dass der anwaltlich Tätige in der Ausübung seiner Mandate eben vor allem Interessenkonflikten ausweicht. Deshalb macht es konsequenterweise auch keinen Sinn, die Anwälte aus Gründen der Unabhängigkeit weiter in ihrer Organisationsfreiheit einzuschränken. Auch hier heisst es, den Gang der Entwicklung zu berücksichtigen. Es muss für Anwälte zulässig sein, sich mit anderen Berufsgattungen, wie Revisor, Treuhänder, Wirtschaftsprüfer, im Sinne der multidisziplinären Praxis zu verbinden »⁸⁸².

⁸⁸⁰ BO CE 1999 1159 (SAUDAN).

⁸⁸¹ BO CE 1999 1159 (MERZ).

⁸⁸² BO CE 1999 1160 (MERZ).

C'est finalement la formulation – plus restrictive – proposée par la majorité de la Commission des affaires juridiques qui a été retenue par une majorité de sénateurs.

(iii) *Conseil national : divergences*

La majorité de la Commission a proposé la formulation suivante :

« Pour être inscrit au registre, l'avocat doit [...] être en mesure de pratiquer en toute indépendance ; il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal ».

Quant à la minorité, elle a proposé d'adhérer à la décision du Conseil des États.

Lors des débats, WALTER BOSSHARD a relevé que le critère formel de la relation de subordination n'était, d'après lui, pas décisif pour examiner l'indépendance d'un avocat⁸⁸³. FERNAND MARIÉTAN, quant à lui, s'est exprimé comme suit :

« Une majorité écrasante des milieux consultés demande que l'activité relevant du monopole soit réservée à ceux qui l'exercent dans une étude d'avocats. Par ailleurs, l'indépendance garantie par l'employeur dans un contrat de travail, tel que soulevé par M. Bosshard, est un leurre. Ni le client, ni l'autorité de surveillance ne serait en mesure de contrôler efficacement le respect des engagements de l'employeur »⁸⁸⁴.

FERNAND MARIÉTAN a expliqué que, dans un premier temps, la Commission avait suivi à une large majorité la formulation du Conseil des États. Il s'était toutefois posé ensuite la question, avec la formulation précitée, de savoir si un avocat pouvait encore siéger dans un conseil d'administration, diriger un secrétariat d'association professionnelle, voire être membre d'un parti politique. D'après FERNAND MARIÉTAN, une autre interrogation concernait l'exercice de la profession avec des personnes qui n'ont pas de brevet d'avocat, comme un expert-comptable ou un expert fiduciaire⁸⁸⁵.

C'est finalement la formulation de la majorité de la Commission qui a été retenue par le Conseil national.

⁸⁸³ BO CN 2000 38 (BOSSHARD).

⁸⁸⁴ BO CN 2000 38 (MARIÉTAN).

⁸⁸⁵ BO CN 2000 39 (MARIÉTAN).

(iv) *Conseil des États : renvoi à la Commission*

Le Conseil des États a décidé de renvoyer l'objet à la Commission, sur proposition d'ANTON COTTIER. Ce dernier a critiqué la définition de la notion d'indépendance de l'avocat retenue par la Commission en ces termes :

« À mon humble avis, la commission, comme le président l'a dit, a éliminé certaines divergences en [sic] créant d'autres. Elle a notamment éliminé la définition qui forme la clef de voûte de la loi, c'est-à-dire la définition de la notion d'indépendance de l'avocat. Elle l'a remplacée par une autre disposition, qui règle uniquement la condition de l'avocat employé, alors que la notion d'indépendance s'applique à la totalité de l'activité d'un avocat. C'est le critère premier du travail de l'avocat en général. On ne peut dès lors le remplacer que par la condition de l'avocat employé. On le remplace donc par une disposition qui n'est qu'une disposition particulière, qui est un cas marginal mineur. On ne peut dès lors pas éliminer la condition de base, la définition de l'indépendance »⁸⁸⁶.

(v) *Conseil des États : divergences*

La majorité de la Commission a proposé d'adhérer à la décision du Conseil national, alors qu'une minorité a proposé de maintenir la décision du Conseil des États.

DICK MARTY a exposé les motifs pour lesquels la Commission recommandait d'adhérer à la décision du Conseil national :

« Le Conseil national estime que la formulation de l'alinéa 2 ajoutée par le Conseil des États est à la fois trop vaste et surtout trop vague. La notion d'absence d'une "quelconque influence de la part de tiers" - "irgendwelchem Einfluss von Dritten" - est en effet très vaste et très difficile à interpréter. Un mandat politique, un siège dans un conseil d'administration, la participation active à une association professionnelle, sont autant de circonstances qui pourraient aisément tomber sous le coup d'une telle disposition, ce qui n'est évidemment pas ce que nous voulons. Ce sur quoi nous sommes tous d'accord, c'est que nous ne voulons pas d'avocats qui travaillent dans un rapport de dépendance comme employés, à moins que leur employeur soit aussi inscrit au registre. À cela s'ajoute la norme qu'impose la fonction d'avocat d'éviter tout conflit d'intérêts »⁸⁸⁷.

Quant aux arguments de la minorité de la Commission soutenant une formulation plus restrictive, SIMON EPINEY les exposait en ces termes :

« On ne peut en effet servir deux maîtres à la fois. On ne peut être à la fois le serviteur d'une banque, d'une assurance ou d'une fiduciaire et être en même temps avocat indépendant, comme on ne peut être en même temps médecin-chef dans un hôpital et médecin indépendant en ville. Il faut éviter, pour que l'indépendance soit garantie, et c'est le but

⁸⁸⁶ BO CE 2000 112 (COTTIER).

⁸⁸⁷ BO CE 2000 234 (MARTY).

de la proposition de minorité, qu'en vertu de sa position dominante, un tiers puisse dicter à un avocat sa façon de conduire une procédure ou tout simplement la marche à suivre. Ce sont les rapports de travail et de domination qui exposent précisément l'avocat à une influence extérieure qui compromet son indépendance. Dans la défense des intérêts de son client, dans les avis qu'il dispense, l'avocat doit être affranchi de toute pression susceptible de déteindre sur les positions qu'il doit adopter en tant qu'auxiliaire de la justice. L'avocat sous influence prive son client de l'accès aux garanties qu'offre le droit. Il vaut mieux prévenir cette transgression plutôt que de devoir la sanctionner a posteriori. Dans un cabinet pluridisciplinaire, seul le client peut instruire son avocat, et non pas les associés spécialisés dans telle ou telle matière. L'avocat doit choisir: ou bien il s'associe à un expert et il travaille comme juriste, et là, il n'a pas besoin d'être inscrit dans un registre pour plaider en justice; ou bien alors il veut rester seul maître à bord et il se contente, et c'est légitime, c'est même nécessaire, de s'entourer de conseils de spécialistes. [...] S'il choisit d'être avocat, il doit dès lors renoncer à ce qui est incompatible avec le métier d'auxiliaire de la justice »⁸⁸⁸.

Les résultats ont été très serrés. Sur la question de l'indépendance des avocats, le Conseil des États a suivi la décision du Conseil national (résultat du vote : 21 voix pour la majorité, contre 21 voix pour la minorité) avec la voix prépondérante du président.

(vi) *Adoption de la loi par le Conseil national et le Conseil des États*

Avant qu'il soit procédé au vote, JEAN-NILS DE DARDEL a précisé les raisons pour lesquelles le groupe socialiste voterait contre cette loi. D'après lui, cette loi a eu un accouchement difficile. Beaucoup d'avocats « se sont doctement agités sur cette naissance, et le résultat est loin d'être satisfaisant »⁸⁸⁹.

En substance, la critique principale contre cette loi vient du fait qu'elle prévoit une interdiction pour les avocats salariés des syndicats d'employés, mais aussi des associations d'employeurs, de locataires et de propriétaires ainsi que de patients et d'assurés. D'après ce parlementaire, il s'agit là d'un recul social que l'on pouvait parfaitement éviter au moment où l'on prend une mesure d'adaptation au droit européen.

Le Conseil national et le Conseil des États ont finalement adopté la loi le 23 juin 2000.

⁸⁸⁸ BO CE 2000 237 (EPINEY).

⁸⁸⁹ BO CN 2000 853 (DE DARDEL).

3. Le texte adopté

L'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA prévoit que pour être inscrit au registre, l'avocat doit « être en mesure de pratiquer en toute indépendance ; il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal ». Il s'agit de l'indépendance dite structurelle. L'indépendance matérielle, qui doit exister dans chaque cas particulier et à l'occasion de chaque mandat, est prévue à l'art. 12 let. b LLCA. La disposition exige que l'avocat « exerce son activité professionnelle en toute indépendance, en son nom personnel et sous sa propre responsabilité ».

4. Commentaires et analyse

Ce qui précède appelle quelques remarques. Même si la question à résoudre était complexe, le résultat n'est pas dénué de critiques. Il nous semble, en effet, que le législateur – ou plutôt, les avocats qui se sont doctement agités lors des débats – ait donné naissance à une disposition « taillée sur mesure » pour les praticiens indépendants.

Au lieu de définir les contours de la notion d'indépendance et d'exiger que toute influence de tiers fasse l'objet d'un examen avant qu'il soit procédé à l'inscription d'un avocat dans un registre cantonal – disposition qui était réclamée par certains – le législateur a opté pour une solution « à la carte », où l'avocat ne fera, en principe, l'objet d'aucun examen au moment de son inscription en ce qui concerne ses relations, ses appartenances à des associations plus ou moins douteuses ou ses nombreux mandats dans des conseils d'administration de sociétés diverses et variées⁸⁹⁰. Le législateur s'est ainsi écarté du projet de loi du Conseil fédéral qui prévoyait un premier examen de l'indépendance de l'avocat dès sa demande d'inscription au registre⁸⁹¹.

Ainsi, un avocat pourrait – en théorie – se retrouver dans une situation de complète dépendance vis-à-vis de tiers, sans être inquiété lors de sa demande d'inscription au registre, à tout le moins tant qu'il exerce comme praticien indépendant ou comme salarié d'un autre avocat inscrit au registre. Une telle situation pourra uniquement être sanctionnée *a posteriori*, lorsqu'il sera trop tard. C'est

⁸⁹⁰ Dans le canton de Berne, p. ex., l'avocat doit cocher la case d'un formulaire intitulé « Déclaration d'indépendance » certifiant qu'il n'entretient ni ne noue de relations avec des tiers non inscrits dans un registre cantonal pouvant exercer une influence sur la manière d'exercer ses mandats.

⁸⁹¹ Message LLCA, p. 5365.

cette liberté qui semble avoir été voulue, respectivement concédée, par le législateur. Cette solution, libérale pour les praticiens indépendants, a de quoi surprendre, pour ne pas dire désarçonner, lorsque l'on sait que le texte aboutit, en même temps, à l'impossibilité pour un avocat employé par une association de locataires ou un syndicat d'obtenir son inscription au registre, en raison de son absence d'indépendance⁸⁹². Il y a ici clairement, d'après nous, deux poids et deux mesures.

Aussi, il est permis de se demander si la disposition adoptée par le législateur vise à protéger l'intérêt public ou celui de la profession. Il ne fait pas l'ombre d'un doute, à ce propos, que le principe d'indépendance vise à protéger l'intérêt public. Force est toutefois de constater que lors des débats, la question de l'indépendance – celle qui est censée protéger l'intérêt public – s'est très souvent retrouvée éludée par des propos ou des remarques qui, semble-t-il, ne visaient pas du tout la même finalité, mais qui touchaient plus spécifiquement à la question du *monopole de l'indépendance*. Or un tel monopole ne vise à protéger aucun intérêt public particulier, sinon celui de la profession.

À notre avis, il serait opportun que le législateur définisse préalablement des objectifs clairs à atteindre et s'y tienne, même durant les débats parlementaires, afin d'aboutir à une solution finale qui corresponde aux objectifs recherchés. Marteler, de manière rhétorique, que l'avocat doit être indépendant et qu'il s'agit d'un principe cardinal ne permet pas d'aboutir à un résultat satisfaisant, à plus forte raison lorsque le principe même de l'indépendance n'avait pas été remis en question durant les débats et que la nature de ces derniers consistait à définir cette notion – ce qui n'a pas été fait. De plus, il n'est pas certain que le critère du rapport de subordination posé dans la loi – déjà vivement critiqué par certains lors des débats – soit adapté à la pratique du métier d'avocat en société et, d'une manière générale, protège l'intérêt public. Ce critère laisse plus de questions ouvertes qu'il n'en résout et n'est pas du tout évolutif, puisqu'il est centré sur une pratique individuelle.

Ainsi, BOHNET et al. ont raison lorsqu'ils affirment que « [l]a loi vise avant tout l'avocat à l'ancienne, soit celui qui est enregistré sur un rôle local et qui pratique

⁸⁹² Concernant la question du respect par les avocats de l'ASLOCA de l'obligation d'indépendance inscrite aux art. 12 et 8 LLCA lorsque ceux-ci entendent assurer, devant le Tribunal fédéral, la défense des membres et clients de l'association, voir BOHNET, *Le Tribunal fédéral, l'avocat et l'ASLOCA*.

sous une enseigne personnelle ou comme associé ou collaborateur d'une étude constituée en société de personnes (société simple, en nom collectif) »⁸⁹³.

D'après MEIER et al., la LLCA n'a pas été pensée pour répondre aux questions délicates que peut poser l'exercice du barreau en la forme d'une société de capitaux⁸⁹⁴. Nous irons même plus loin : d'après nous, la loi, dont le modèle est le praticien individuel (personne physique), n'a pas du tout été pensée pour répondre aux questions que peut poser l'exercice du barreau en société, et ce d'une manière générale.

Lorsque nous avons examiné la portée et les fondements du principe d'indépendance⁸⁹⁵, nous avons relevé que le monopole des avocats trouve sa justification, notamment en raison de l'exigence d'indépendance. Au regard des solutions législatives adoptées dans d'autres pays, cette position ne nous semble pas soutenable. S'il est justifié d'accorder un monopole de la représentation aux avocats afin de protéger le public, compte tenu de leur formation et de leur connaissance particulière, prétendre que l'octroi d'un monopole de l'indépendance aux avocats, respectivement à certaines catégories d'avocats, est la seule façon de sauvegarder le principe d'indépendance est une vue de l'esprit qui ne résiste pas à l'examen. L'indépendance, corollairement le risque de conflit d'intérêts, doit être examinée au cas par cas, et non tranchée de manière schématique. L'indépendance est avant tout un état d'esprit⁸⁹⁶.

Nous rejoignons ainsi l'avis de VINCENT MARTENET, qui estime qu'il n'est pas possible d'affirmer a priori qu'une personne travaillant au sein d'une banque, d'une firme d'audit ou d'une fiduciaire sera systématiquement exposée à des conflits d'intérêts l'empêchant d'offrir ses prestations de manière indépendante⁸⁹⁷. Nous sommes d'avis qu'il n'est pas non plus possible d'affirmer a priori qu'un avocat inscrit dans un registre s'associant avec un tiers qui n'est pas avocat ne sera pas en mesure d'offrir ses prestations de manière indépendante. L'exercice de la profession d'avocat au sein d'une étude composée exclusivement d'avocats inscrits au registre ne constitue nullement une garantie absolue d'indépendance. Ce qui précède avait d'ailleurs été relevé, à juste titre, lors des débats, par NORBERT HOCHREUTENER, en ces termes :

⁸⁹³ CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD/SCHWEIZER, art. 2, N 21.

⁸⁹⁴ CR LLCA-MEIER/REISER, art. 8, N 52.

⁸⁹⁵ Voir *supra*, p. 222 ss.

⁸⁹⁶ FAVREAU, *Le devoir d'indépendance*, p. 23.

⁸⁹⁷ MARTENET, p. 668.

« Nicht jeder Anwalt eines Anwaltsbüros ist a priori immer unabhängig. Abhängigkeiten gibt es durchaus auch bei Anwälten in Anwaltsbüro »⁸⁹⁸.

Le monopole de l'indépendance octroyé à certaines catégories d'avocats est ainsi fondé sur une prémisse inexacte : l'inscription dans un registre ne constitue nullement une garantie absolue d'indépendance⁸⁹⁹. Cette thèse est encore plus difficilement soutenable aujourd'hui, le métier d'avocat ne s'exerçant plus dans la solitude, comme se plaisaient à le rappeler certains auteurs⁹⁰⁰, mais parfois dans des structures de tailles importantes et constituées de réseaux tentaculaires. De plus, alors que le commerce était à l'origine le domaine défendu de l'avocat, la tradition y attachant une sorte de prohibition superstitieuse⁹⁰¹, l'activité de l'avocat s'est depuis lors considérablement diversifiée. L'avocat inscrit dans un registre apparaît ainsi comme étant a priori moins indépendant aujourd'hui qu'il ne l'était hier, car il est soumis à des pressions plus importantes. Les risques ont ainsi changé et évolué, à tel point que l'octroi d'un monopole de l'indépendance à certaines catégories d'avocats n'apparaît plus comme étant justifié.

Il nous paraît ainsi difficilement soutenable de présenter le principe d'indépendance comme le corollaire du monopole de l'avocat. Il s'agit là d'une vision réductrice, inexacte et beaucoup trop étriquée. Comme nous l'avons vu, l'avocat inscrit dans un registre n'est a priori pas plus indépendant qu'une autre personne. C'est pourtant la solution préconisée par la LLCA, qui a été adoptée d'après la vision d'une certaine catégorie d'avocats exerçant essentiellement seuls.

Lors du processus législatif, il serait prudent de veiller à ce que l'indépendance de l'avocat ne soit pas utilisée comme un faux-semblant que l'on brandirait pour couvrir la défense corporatiste d'une profession qui se sent menacée. Ce qui précède est d'autant plus important que la plus grande menace pour la profession provient très certainement des règles protectionnistes elles-mêmes. Il est en effet capital, pour ne pas dire vital, de doter la profession d'avocat des outils et des moyens lui permettant d'évoluer en adéquation avec son environnement. À l'inverse, les règles corporatistes ont tendance à isoler l'avocat, à le marginaliser et à le rendre vulnérable sur le marché, en l'empêchant de se développer, de s'organiser de la manière la plus libre possible, et d'innover dans sa façon de

⁸⁹⁸ BO 1999 CN 1557 (NORBERT HOCHREUTENER).

⁸⁹⁹ Voir aussi notre commentaire des arrêts de la CJUE, *infra*, p. 329 ss.

⁹⁰⁰ MATILE, p. 209 ; CHRISTE, p. 184.

⁹⁰¹ CHRISTE, p. 184.

fournir des services juridiques. Or, un avocat marginalisé, qui n'a pas la possibilité de vivre de son activité, est un avocat dont l'indépendance n'est pas garantie.

Dans la première partie de notre travail, nous avons relevé que deux visions de la pratique du droit s'opposent⁹⁰². Si ce constat est correct, il n'en demeure pas moins réducteur lorsqu'il s'agit de réfléchir à l'adoption d'une solution législative : d'un côté, il y aurait les pourfendeurs de l'indépendance, guidés par l'économie de marché, avec comme modèle la réglementation en Angleterre et au Pays de Galles⁹⁰³ ; de l'autre côté, les avocats issus de la tradition civiliste, défenseurs d'une indépendance absolue. Il semble utile, à cet égard, de citer les propos d'ASSIER-ADRIEU comparant deux compréhensions différentes de l'idée de liberté qui est le corollaire de l'indépendance de l'avocat :

« Chez Ferrière, il s'agit d'une liberté totale envers le pouvoir politique, le pouvoir religieux et, par l'exclusion des dérogations, que la profession ne cessera de décliner sur le mode des listes d'incompatibilités, avec l'intérêt économique. L'avocat n'est pas l'employé de son client, il n'est l'employé de personne car, par lui, passe le service du droit, donc de l'intérêt de tous. Chez Stephen, l'un des pères intellectuels du *Legal Services Act 2007* qui a dérégulé la profession d'avocat en Angleterre et au Pays de Galles, la perspective est totalement inversée : ce n'est pas l'avocat qui doit être libre – cela n'est qu'un « bastion » historique caduc dans un monde qui a changé – mais c'est la concurrence qui doit être libre, c'est-à-dire non plus un serviteur du droit dans l'intérêt de tous, mais un principe abstrait connecté à cette autre abstraction qu'est la fameuse « main invisible » du marché »⁹⁰⁴.

À bien comprendre ces deux positions, il s'agirait de la théorie du libre marché opposé à la tradition. En fin de compte, un seul modèle l'emporterait⁹⁰⁵. Dans l'optique de l'adoption d'une réglementation, nous sommes d'avis qu'il doit exister une position médiane beaucoup plus pragmatique que cette bataille des idées, qui apparaît contre-productive, puisqu'elle attise l'instinct d'autopréservation de la profession, qui vit alors dans la crainte de perdre ses acquis et réagit de manière viscérale pour les défendre. Dans un sens, il serait imprudent de considérer que le marché dans lequel l'avocat évolue n'a pas changé⁹⁰⁶ et d'attendre qu'il s'adapte à la profession, ce qui paraît illusoire et même dangereux. Dans un autre sens, embrasser la vision de la doctrine la plus libérale semble

⁹⁰² Voir *supra*, p. 27 ss.

⁹⁰³ Voir *supra*, p. 121 ss.

⁹⁰⁴ ASSIER-ANDRIEU et al., *L'indépendance des avocats*, p. 12.

⁹⁰⁵ D'après ASSIER-ANDRIEU et al., *L'indépendance des avocats*, p. 121 : « Il n'est guère aisé de déclarer la paix à quiconque nous déclare la guerre : comment prétendre adapter la tradition au marché alors que le marché veut la disparition de la tradition ? ».

⁹⁰⁶ Voir à cet égard *supra*, p. 7 ss.

probablement nier à l'avocat sa spécificité, le rôle important qu'il doit jouer dans la société en tant qu'auxiliaire de la justice et garant de l'État de droit.

La solution idéale pourrait ainsi consister en un savant dosage entre libre marché, d'une part, et tradition, d'autre part. Encore faudrait-il pouvoir s'accorder sur le concept d'indépendance pour ne pas se tromper dans les dosages.

Il semble utile, à cet égard, de relever les réflexions de PIERRE SCHLAG qui tente d'appréhender le concept d'indépendance. Cet auteur constate, tout d'abord, que les avocats et leurs institutions se déclarent indépendants⁹⁰⁷. Il n'est donc pas impossible qu'ils se sentent indépendants et par conséquent qu'ils le soient jusqu'à un certain degré. Il n'est pas impossible non plus de considérer l'affirmation d'une indépendance comme étant un idéal. Il observe cependant qu'il n'est certainement pas acquis que la simple affirmation des avocats soit effective pour rendre leur profession indépendante⁹⁰⁸. Ce constat est intéressant, puisqu'il revient, en quelque sorte, à procéder comme les auteurs de la LLCA, en affirmant qu'une catégorie d'avocats est indépendante et qu'elle peut dès lors être inscrite dans un registre. Il ne s'agit pourtant que d'une simple affirmation, sans fondement ni rigueur. Pour PIERRE SCHLAG, l'examen du concept d'indépendance sous l'angle sociologique, d'une part, et de l'éthique ou de la philosophie politique, d'autre part, n'est pas non plus concluant : sa signification reste toujours indéterminée et problématique⁹⁰⁹. D'une manière plus concrète, il suffit probablement de demander à quelqu'un : « Qu'est-ce que l'indépendance des avocats ? » pour s'apercevoir que l'on arrive très vite à répéter les mêmes mots, les mêmes termes, ce qui n'est pas très utile pour appréhender un concept, il faut bien l'admettre.

Face à ces difficultés, une autre approche pourrait consister à s'interroger sur le rôle de l'avocat dans la société, lequel est indissociable de la question du développement du droit. PIERRE SCHLAG explique, à ce sujet, que le droit est un système de coordination sociale parmi d'autres, comme le libre marché, la moralité, la technologie ou d'autres types de professions⁹¹⁰. Ces systèmes de coordination sont par moments plus ou moins en compétition avec le droit. Il existe cependant des intensités différentes.

Lorsque le droit est perçu comme exempt de compétition avec les autres systèmes de coordination sociale, son domaine est bien délimité : le droit est ainsi

⁹⁰⁷ ASSIER-ANDRIEU et al., *L'indépendance des avocats*, p. 103.

⁹⁰⁸ *Idem*, pp. 103-104.

⁹⁰⁹ *Idem*, pp. 104-105.

⁹¹⁰ *Idem*, p. 107.

perçu comme une science⁹¹¹. Dans ce cadre, il est facile de penser au droit et à la profession comme étant indépendants⁹¹².

Quand le droit emprunte et intériorise d'autres professions et d'autres savoirs, il est vu comme étant relativement autonome⁹¹³ : le droit est alors perçu comme une expertise. Cette approche démontre une certaine dépendance du droit par rapport à d'autres professions et savoirs, bien que le droit reste en position dominante. Dans ce contexte, la croyance en l'autonomie du droit et de la profession est un peu plus difficile à maintenir, mais certainement pas impossible.

Lorsque le droit est colonisé par d'autres systèmes de coordination, il perd son intégrité structurelle. Sa dominance est en question. La croyance en l'autonomie ou en l'indépendance du droit ou de la profession devient alors de plus en plus difficile à maintenir⁹¹⁴. C'est ce que PIERRE SCHLAG appelle le mode de « différenciation »⁹¹⁵.

Pour illustrer cette évolution, un bref coup d'œil aux matières enseignées dans les Facultés de droit suisse permet de se rendre compte de l'ampleur du phénomène : droit et nouvelles technologies, droit et progrès médical, droit et sport, droit et biotechnologie.

Ce qui précède ne s'arrête toutefois pas aux cours, puisque les Masters eux-mêmes ont souvent des orientations avec une composante non juridique : « Master en droit et économie », « Master en droit, criminalité et sécurité des nouvelles technologies de l'information », Masters orientations « Business and Tax Law », « droit de la santé et des biotechnologies », « droit du sport », « Innovation – Propriété Intellectuelle – PME ». Il en résulte ainsi un trafic et mélange des idées entre le droit et d'autres savoirs⁹¹⁶, déjà au stade de l'enseignement du droit.

Ce phénomène est également perceptible s'agissant de la profession d'avocat elle-même. Il n'y a plus une seule profession d'avocat composée de généralistes faisant du droit, mais une kyrielle de professionnels du droit, souvent eux-mêmes spécialisés dans des domaines connexes au droit et s'alliant les services de spécialistes non juristes.

⁹¹¹ ASSIER-ANDRIEU et al., pp. 108-109.

⁹¹² *Idem*, p. 109.

⁹¹³ *Idem*, p. 110.

⁹¹⁴ *Idem*, p. 112.

⁹¹⁵ SCHLAG, *The dedifferentiation problem*.

⁹¹⁶ ASSIER-ANDRIEU et al., *L'indépendance des avocats*, p. 110.

Il est ainsi possible que la dilution du droit rende la profession d'avocat moins autonome et beaucoup plus dépendante d'autres savoirs et professions, ce qui permettrait d'expliquer la difficulté lorsqu'il s'agit de justifier ou de défendre le monopole de la profession d'avocat ou une indépendance absolue. Il est aussi possible que la dilution du droit dans un magma indéterminé d'autres savoirs et professions entraîne sa marchandisation, tout comme celle de la profession d'avocat.

Une question s'impose : est-il encore possible de lutter contre ce phénomène ? D'après nous, il est sans doute possible de ralentir ce processus par le maintien de règles corporatistes. En revanche, nous pensons qu'il ne s'agit pas d'une solution viable à long terme, car elle soumet la profession à des pressions extérieures considérables et à un mécontentement des clients dont les attentes ne sont plus satisfaites. Il suffit de songer à la situation au Royaume-Uni et au Pays de Galle : le mécontentement des clients des avocats est, parmi d'autres facteurs, à l'origine des bouleversements qui ont donné lieu au *Legal Services Act 2007*. Aux États-Unis, la profession d'avocat tente de maintenir son monopole concernant la fourniture de services juridiques en essayant de juguler la concurrence que lui livrent certains acteurs du marché présents sur Internet, tel que LegalZoom. Pendant combien de temps pourra-t-elle encore y parvenir ?

Au final, le concept d'indépendance pourrait très bien n'être qu'un mythe, mais pas n'importe lequel : un mythe désirable⁹¹⁷. En effet, parmi tous les systèmes de coordination sociale, il est peut-être mieux d'avoir affaire à des avocats et au droit qu'à d'autres professionnels. Cela est tout à fait soutenable. Dans ce sens, la justification du principe d'indépendance pourrait ainsi n'être qu'un choix de société et, partant, une question politique⁹¹⁸. Nous avons conscience qu'il s'agit là, aux yeux de nombreux avocats, d'une désacralisation du principe d'indépendance – sans doute jugée inadmissible. Or, *n'est-ce pas justement la définition même d'un mythe que d'être répété par une communauté, de manière liturgique et sans aucun questionnement, pour qu'il puisse continuer de vivre ?* Selon nous, une telle conception de l'indépendance relève bien plus de l'incantatoire que de la réalité. Elle ne permet d'aboutir à aucun résultat satisfaisant d'un point de vue législatif. À l'inverse, appréhender le principe d'indépendance de manière plus critique permet d'aller au-delà d'une simple affirmation répandue qui consiste à dire que « les avocats sont indépendants parce qu'ils sont avocats », alors que dans la réalité, il est plus juste d'affirmer que les avocats sont indépendants parce que le législateur l'a décidé ainsi.

⁹¹⁷ Dans ce sens, ASSIER-ANDRIEU et al., *L'indépendance des avocats*, p. 113.

⁹¹⁸ Selon KARPIK, *Les avocats*, p. 87, c'est par l'alliance avec le public qu'une collectivité aussi petite et aussi faible peut échapper aux deux forces historiques que sont l'État et le marché.

F. Le secret professionnel

Nous allons, dans un premier temps, présenter les fondements et la portée du secret professionnel (1), avant d'exposer, dans un deuxième temps, son champ d'application (2). Nous nous intéresserons ensuite à la genèse de la disposition (3), puis nous présenterons le texte légal qui a été adopté par le législateur (4). Nous terminerons par quelques remarques (5).

1. Les fondements et la portée du principe

Le secret professionnel sert aussi bien l'intérêt du client, qui doit pouvoir se fier entièrement à la discrétion de son mandataire, que l'intérêt de l'avocat lui-même et celui de la justice, dont l'avocat est l'auxiliaire⁹¹⁹. Ainsi, c'est le client qui est bénéficiaire du secret professionnel, il est conçu pour ce dernier et non pas pour protéger l'avocat⁹²⁰. Il empêche, en quelque sorte, que l'individu ne devienne transparent aux yeux des pouvoirs publics et privés⁹²¹.

Sur le plan du droit privé, le secret professionnel découle du devoir de fidélité prévu à l'art. 398 al. 2 CO. En tant que règle professionnelle, il était d'abord inscrit dans les lois cantonales avant d'être repris à l'art. 13 LLCA. La violation du secret professionnel est sanctionnée pénalement. L'art. 321 CP punit, sur plainte, d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire les avocats, défenseurs en justice, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci.

Déjà avant l'entrée en vigueur de la LLCA, le Tribunal fédéral avait précisé les fondements du secret professionnel de l'avocat en ces termes :

« En ce qui concerne les relations entre l'avocat et son client, ce dernier doit pouvoir compter sur l'entière discrétion de son mandataire. Si le client ne lui fait pas une entière confiance et ne l'informe pas de tout ce qui a de l'importance, il est difficile voire impossible pour l'avocat de bien conseiller son mandant et de l'assister efficacement. Or s'il importe que l'avocat bénéficie de cette indispensable confiance, il doit pouvoir refuser de produire les pièces relatives aux faits qui lui ont été confiés ou dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession. Sans quoi le client devrait tenir compte du risque que son avocat soit un jour contraint de révéler des faits confiés sous le sceau du secret, alors que le client lui-même n'aurait pas l'obligation de déposer au sujet des faits en cause (RO 91-I-205/206 c. 3 et citations, JdT 1966 I 299). Certes le refus de renseigner

⁹¹⁹ Message LLCA, p. 5369, qui se réfère à l'ATF 117 Ia 348.

⁹²⁰ GROSS, *Le secret professionnel*, p. 14.

⁹²¹ DAL et al., *Le secret professionnel*, p. 16.

la justice peut compliquer la recherche de la vérité. Mais dans un État de droit cet inconvénient doit être accepté »⁹²².

Selon la Charte des principes essentiels de l'avocat européen, le respect du secret professionnel est le deuxième des dix principes communs à l'ensemble de la profession d'avocat en Europe⁹²³. Le commentaire de la Charte explique qu'il est de l'essence de la profession d'avocat que celui-ci se voie confier par son client des informations confidentielles, qu'il ne dirait à personne d'autre et que l'avocat doit recevoir ces informations et toutes autres sur la base de la confiance. Il ajoute que sans certitude de confidentialité, la confiance ne peut exister.

Le Code de déontologie des avocats européens précise que l'obligation de l'avocat relative au secret professionnel sert les intérêts de l'administration de la justice comme ceux du client. Elle doit par conséquent bénéficier d'une protection spéciale de l'État.

Avec l'indépendance de l'avocat, le secret professionnel est la pierre angulaire de tout État de droit⁹²⁴. D'après les juges européens, il existe une corrélation entre le principe de l'indépendance et celui du secret professionnel. L'indépendance est en effet une condition *sine qua non* pour que les clients bénéficient efficacement du secret professionnel.

2. Le champ d'application

D'après le message, la définition du cercle des activités tombant sous le coup du secret professionnel est parfois difficile⁹²⁵. Les activités entrant dans le cadre du monopole de l'avocat sont protégées. En revanche, l'avocat exerçant pour un client des activités autres que celles qui relèvent spécifiquement du barreau ne peut se prévaloir à leur propos du secret professionnel de l'avocat ; celui-ci ne couvre pas l'activité commerciale de l'avocat telle que l'administration de

⁹²² ATF 112 Ib 606, JdT 1987 IV 150. Il est intéressant de noter que les considérants du Tribunal fédéral rejoignent les conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire Wouters relevant ce qui suit : « Le secret professionnel est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client » (CJCE, 19.2.2002, Wouters, aff. C-309/99, conclusions de l'avocat général Philippe Léger, point 182).

⁹²³ CCBE, Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens, Charte adoptée le 24 novembre 2006, disponible sur : http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/FR_CCBE_CoC-pdf2_1382973057.pdf.

⁹²⁴ GROSS, *Le secret professionnel*, p. 8 et les réf. cit.

⁹²⁵ Message LLCA, p. 5369.

sociétés, la gérance de fortune ou la gestion de fonds, activités qui pourraient tout aussi bien être exercées par des gérants de fortune, des fiduciaires ou des banquiers⁹²⁶. Il est intéressant de noter que le Tribunal fédéral n'a jamais varié dans sa ligne et que les arrêts les plus récents reprennent les mêmes principes⁹²⁷.

Ainsi, c'est la nature des activités de l'avocat qui est déterminante pour que celles-ci soient susceptibles d'être protégées par le secret⁹²⁸. Avec l'augmentation des activités atypiques de l'avocat⁹²⁹, PAUL MARTENS va même plus loin et estime que le secret professionnel n'est plus inhérent à la personne de l'avocat : il ne s'impose plus *ratione personae*, mais *ratione materiae*⁹³⁰.

3. La genèse de la disposition

a. Le projet du Conseil fédéral

L'art. 11 let. c du projet de loi du Conseil fédéral disposait que l'avocat est soumis au secret professionnel sans limitation dans le temps conformément à l'art. 321 du Code pénal ; il veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel.

b. Aperçu des travaux parlementaires

Dans son principe, la question du secret professionnel n'a pas donné lieu à d'intenses débats. La seule question controversée – et non des moindres – était de savoir si l'avocat délié du secret professionnel par son client était obligé de témoigner ou non. Les opinions étaient très divergentes à ce sujet. Certains jugeaient qu'il était extrêmement important que l'avocat reste maître du secret, d'autres estimaient en revanche qu'il n'était pas justifié d'accorder une portée plus grande au secret professionnel de l'avocat qu'à celui du médecin ou du pasteur.

⁹²⁶ Message LLCA, p. 5369, qui se réfère notamment à l'ATF 112 Ib 606, consid. 2c, JdT 1987 IV 150, SJ 1987 539.

⁹²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_461/2014 du 10 novembre 2014, consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_380/2012 du 20 août 2012, consid. 3.1 ; ATF 135 III 410, consid. 3.3 ; ATF 132 II 103, consid. 2.1.

⁹²⁸ CHAPPUIS, *La profession d'avocat Tome I*, p. 183.

⁹²⁹ Pour une liste des activités atypiques de l'avocat, voir CHAPPUIS, *La profession d'avocat Tome I*, p. 185 ss. Voir aussi REISER/VALTICOS, *Les règles professionnelles*.

⁹³⁰ DAL et al., *Le secret professionnel*, p. 16.

(i) *Conseil national : décision modifiant le projet du Conseil fédéral*

Lors de la session spéciale d'août 1999, la Commission du Conseil national a proposé un art. 11bis, à teneur duquel il était précisé que le fait d'être délié du secret professionnel n'obligeait pas l'avocat à divulguer des faits qui lui avaient été confiés.

D'après MARGUERITE FLORIO – qui avait déjà annoncé la couleur s'agissant de l'indépendance de l'avocat – il était extrêmement important que l'avocat puisse refuser de témoigner, en particulier lorsqu'il avait le sentiment que les confidences qui lui avaient été faites n'étaient pas le reflet de la réalité. Ainsi, par le biais de cette disposition, c'est le consommateur que l'on vise à protéger⁹³¹.

C'est la proposition de la Commission du Conseil national qui a été retenue, au détriment du projet du Conseil fédéral.

(ii) *Conseil des États : divergences*

FRANÇOISE SAUDAN était d'avis qu'il fallait reprendre la proposition du Conseil fédéral. Elle relevait qu'il n'y avait pas de raison de donner une portée plus grande au secret professionnel de l'avocat qu'à celui du médecin, du psychologue, du pasteur, qui renvoient également à la disposition du Code pénal en la matière⁹³².

D'après SIMON EPINEY, la commission du Conseil des États a voulu créer une divergence avec le Conseil national en introduisant une exception qui, en fait, dénature le secret professionnel et l'affaiblit gravement. Il justifiait sa position comme suit :

« Selon notre commission, le fait d'être délié du secret professionnel ne libère pas l'avocat de l'obligation de divulguer, sur demande de son client, des faits qui lui ont été confiés. Cette obligation est incohérente, car le secret professionnel, on l'a dit tout à l'heure, n'a pas la même portée dans tous les cantons ; et elle est surtout fâcheuse, car l'avocat dans un État de droit doit rester maître du secret qui lui a été confié, car lui seul peut apprécier la portée de la révélation. De plus, on peut imaginer les pressions énormes dont un client peut faire l'objet pour qu'il autorise son avocat à témoigner ou à produire les notes de ses entretiens »⁹³³.

⁹³¹ BO CN 1999 1565 (FLORIO).

⁹³² BO CE 1999 1171 (SAUDAN).

⁹³³ BO CE 1999 1172 (EPINEY).

C'est finalement la proposition de la Commission du Conseil des États qui a été acceptée.

(iii) *Conseil national : divergences*

La Commission du Conseil national a proposé de maintenir l'art. 11bis. FERNAND MARIÉTAN invoquait, notamment, les raisons suivantes :

« Nous considérons que l'avocat doit rester seul maître du secret, car lui seul est en mesure d'apprécier la portée d'une révélation des informations recueillies dans l'exercice de son mandat. Nous pensons aussi que réserver la maîtrise du secret à l'avocat est le seul moyen d'éviter toute pression sur son client dans l'instruction d'affaires dirigées contre ce dernier, notamment des enquêtes pénales. C'est aussi protéger le client contre lui-même s'il apprécie mal la portée de la révélation ou s'il y voit un avantage sans commune mesure avec les inconvénients qui pourraient en découler, dans le cadre notamment d'une procédure civile.

Par ailleurs, la libre circulation des avocats dans toute la Confédération commande une solution uniforme, car l'avocat ne doit pas être exposé à devoir révéler dans un canton ce qu'il a appris en exerçant dans un autre canton où la maîtrise du secret lui est garantie.

Enfin, nous partons de l'idée que la défense efficace des intérêts du client suppose que l'avocat puisse garantir de façon absolue qu'il n'aura jamais à révéler ce qui doit rester confidentiel entre lui et son client ; c'est la condition essentielle de tout conseil juridique éclairé.

Je vous demande donc de soutenir la proposition de la commission »⁹³⁴.

Le Conseil national a décidé, à une très large majorité, de maintenir l'art. 11bis et de rejeter le projet du Conseil fédéral.

(iv) *Conseil des États : divergences*

JEAN STUDER ne manquait pas de souligner qu'il serait gêné, en tant qu'avocat, si on lui accordait un privilège que seuls les avocats connaîtraient dans le cadre de la reconnaissance d'un secret absolu⁹³⁵. D'après lui, le secret de l'avocat n'est pas forcément toujours dans l'intérêt du client.

À propos du fait que le client ne serait pas toujours à même d'apprécier la portée de l'autorisation qu'il donnerait, il mentionnait ce qui suit :

⁹³⁴ BO CN 2000 45 (MARIÉTAN).

⁹³⁵ BO CE 2000 240 (STUDER).

« On constatera que, le plus souvent, ces questions sont discutées avec l'avocat lui-même ou en tout cas avec un autre avocat. Mais on peut aussi imaginer un client qui agit en fonction de conseils que lui donne un avocat et qui se justifie de ce qu'il fait en invoquant justement le conseil qu'on lui a donné et qui, pour prouver sa bonne foi, pour prouver ce que chez nous on appelle l'erreur de droit, demande justement à ce qu'on entende l'avocat pour qu'il confirme au juge, au tribunal le mauvais conseil qu'il a donné. À ce moment-là, les intérêts entre l'avocat et le client deviennent très divergents. Avec la possibilité d'un secret absolu, vous offrez la possibilité du conflit entre le client et son avocat, et cette possibilité-là n'est pas forcément toujours dans l'intérêt du client. [...]. J'estime que si le client veut que son avocat rende des comptes, l'avocat doit le faire »⁹³⁶.

Le Conseil des États a décidé de maintenir sa position concernant l'art. 11 let. c et de soutenir le projet du Conseil fédéral.

(v) *Conseil national : divergences*

Selon FERNAND MARIETAN, « il s'agit là d'une question essentielle pour l'exercice normal et correct de la profession d'avocat ». Toujours d'après ce dernier, « c'est la raison pour laquelle, si l'on renonce au contenu du secret professionnel, il est vraisemblable que c'est la fonction même de l'avocat – telle que nous la concevons aujourd'hui – qui est remise en question »⁹³⁷. La maîtrise du secret par l'avocat est bien plus qu'un cas de refus licite de témoignage, il s'agit ici « d'une garantie de droit de rang que l'on peut dire constitutionnel ».

Le Conseil national a décidé de maintenir la proposition de la Commission concernant l'art. 11bis.

(vi) *Conseil des États : adhésion*

De l'avis de DICK MARTY, le Conseil national a introduit, pour ne pas dire « contrebandé », dans cette loi une norme qui n'a absolument rien à voir avec la libre circulation des avocats, une norme qui a une importance dans le cadre de la procédure⁹³⁸. Il s'agit d'une norme qui n'est dans l'intérêt ni du client, ni de l'avocat, ni de la justice. Il est vrai qu'il peut y avoir des cas où le client délègue l'avocat du secret et que l'avocat peut avoir de bonnes raisons, dans l'intérêt même du client, de ne pas déposer comme témoin.

⁹³⁶ BO CE 2000 240 (STUDER).

⁹³⁷ BO CN 2000 659 (MARIETAN).

⁹³⁸ BO CE 2000 398 (MARTY).

Dans ces cas, toujours d'après DICK MARTY, la meilleure solution serait celle, comme cela existe dans certains cantons, de déléguer la décision si l'avocat doit témoigner ou pas à un organisme neutre⁹³⁹.

Dernière perplexité : on introduit avec cette loi un privilège qui n'est valable que pour l'avocat, et non pour d'autres professions soumises au secret professionnel, par exemple les médecins.

Pour ne pas compromettre l'adoption de la loi, qui viendrait à tomber à défaut d'élimination des divergences, la Commission du Conseil des États a proposé, à une très faible majorité et à contrecœur, d'adhérer à la décision du Conseil national.

Le Conseil des États a finalement décidé d'adhérer à la décision du Conseil national concernant l'art. 11bis.

4. Le texte adopté

L'article 13 alinéa 1 LLCA prévoit que l'avocat est 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, étant relevé que le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés. L'alinéa 2 exige que l'avocat veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel.

5. Commentaires et analyse

Au-delà de l'aspect historique, il est intéressant de relever que le fait d'accorder à l'avocat le privilège d'être le seul maître du secret n'a pas fait l'unanimité lors des débats. Pour défendre une telle solution, certains parlementaires, la plupart des avocats, n'ont pas hésité à invoquer la sauvegarde de l'État de droit, la mise en danger du contenu du secret professionnel et la remise en question du rôle de l'avocat dans la société.

⁹³⁹ BO CE 2000 398 (MARTY).

D'autres, plus modestement, ont évoqué des arguments liés à la protection des consommateurs (« Je pense que cela, c'est aussi une protection pour le consommateur potentiel que vous êtes ou que vous serez un jour, et ça me paraît important »)⁹⁴⁰.

À notre sens, les arguments avancés par certains parlementaires pour défendre une maîtrise absolue du secret doivent être relativisés. Il suffit de rappeler que sous l'empire de certains droits cantonaux le client pouvait obliger son avocat à témoigner⁹⁴¹ pour s'apercevoir qu'il est sans doute excessif, dans ce contexte, d'invoquer la sauvegarde de l'État de droit ou la remise en question du rôle de l'avocat dans la société.

Par ailleurs, cette prérogative unique accordée à l'avocat est discutable. Elle confère à l'avocat toute latitude pour se déterminer sous réserve d'un éventuel abus de droit⁹⁴². Or, si l'on part de l'idée que le client n'est pas en mesure d'apprécier les conséquences de la levée du secret professionnel à laquelle il aura consenti et que ce privilège ne peut être accordé qu'à l'avocat, on peut aisément s'imaginer toutes les difficultés auxquelles un client sera confronté pour tenter de démontrer un éventuel abus de droit de la part de son mandataire. Cette règle, censée protéger l'État de droit, ne sera ainsi pas toujours dans l'intérêt exclusif du client.

Il aurait été plus judicieux, comme l'avait suggéré DICK MARTY lors des débats, de déléguer la décision quant à savoir si l'avocat doit témoigner ou non à un organisme neutre. Il faut être prétentieux ou alors particulièrement naïf pour s'imaginer que l'avocat, dans la pesée des intérêts, agira toujours dans l'intérêt exclusif de son client. Il est évident que le refus de témoigner pourrait, dans certains cas, être invoqué par l'avocat de manière abusive et pour défendre ses seuls intérêts. Cette solution est d'autant plus surprenante qu'il est admis, s'agissant des conflits d'intérêts, que les intérêts du client sont parfois susceptibles d'entrer en collision avec les intérêts propres de l'avocat⁹⁴³. Dans ce cas, il serait logique que le client bénéficie d'une certaine protection et puisse s'en remettre à un organisme neutre, à moins d'admettre que la maîtrise du secret sert aussi à protéger les intérêts de l'avocat.

⁹⁴⁰ BO CN 1999 1565 (FLORIO).

⁹⁴¹ Voir par ex., dans le Canton de Neuchâtel, art. 14 aLav du 26 mars 1986.

⁹⁴² LLCA-MAURER/GROSS, art. 13, N 381.

⁹⁴³ Voir *infra*, p. 254.

G. L'interdiction des conflits d'intérêts

1. Les fondements et la portée du principe

Le Tribunal fédéral définit l'interdiction des conflits d'intérêts comme une règle cardinale de la profession d'avocat⁹⁴⁴. Elle découle de l'obligation d'indépendance, de l'obligation de fidélité et du devoir de diligence de l'avocat⁹⁴⁵. Comme l'explique BENOIT CHAPPUIS, la prohibition des conflits d'intérêts n'est pas une règle isolée : elle est soit la condition nécessaire, soit la conséquence des trois autres principes fondamentaux que sont l'obligation de diligence, l'indépendance de l'avocat et le secret professionnel⁹⁴⁶. L'étroite relation entre l'exigence d'indépendance et l'interdiction des conflits d'intérêts est telle que le projet de loi intégrait initialement les deux principes dans la même disposition⁹⁴⁷.

Aux termes de l'art. 12 let. c LLCA, l'avocat évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé. La règle ne définit pas la notion de conflits d'intérêts, raison pour laquelle il y a lieu de recourir à la doctrine et à la jurisprudence pour interpréter, voire même parfois compléter, la disposition légale. D'après ALAIN LE FORT, « il y a conflit d'intérêts chaque fois que quelqu'un se charge de représenter ou de défendre les intérêts d'autrui et est amené à ce titre à prendre des décisions qui sont susceptibles d'entrer en conflit avec ses intérêts propres ou avec ceux de tiers dont il assume également la représentation ou la défense »⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ ATF 138 II 162, consid. 2.4 ; ATF 135 I 261, consid. 5.7, JdT 2010 I 282, SJ 2009 I 386 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_885/2010 du 22 février 2011, consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_688/2009 du 25 mars 2010, consid. 3.1, SJ 2010 I 433 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.293/2003 du 9 mars 2004, consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1A.223/2002 du 18 mars 2003, consid. 5.2.

⁹⁴⁵ ATF 135 I 261, consid. 5.7, JdT 2010 I 282, SJ 2009 I 386 ; ATF 134 II 108, consid. 3 ; ATF 130 II 87, consid. 4, RDAF 2005 I 519 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_885/2010 du 22 février 2011, consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.310/2006 du 21 novembre 2006, consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.293/2003 du 9 avril 2004, consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1A.223/2002 du 18 mars 2003, consid. 5.2. À noter que la conception en France comporte des similitudes très frappantes, puisque la notion de conflit d'intérêts s'appuie principalement sur quatre valeurs qui sont la liberté, la délicatesse, l'indépendance et le secret professionnel (NOTO-JAFFEUX, p. 31 ss).

⁹⁴⁶ CHAPPUIS, *La profession d'avocat Tome I*, pp. 114-116.

⁹⁴⁷ Art. 11 let. b du projet, Message LLCA, p. 5391.

⁹⁴⁸ LE FORT, p. 184.

2. Les types de conflits

a. La double représentation

L'avocat a le devoir d'éviter la double représentation, c'est-à-dire le cas où il serait amené à défendre les intérêts opposés de deux parties à la fois, car il n'est alors plus en mesure de respecter pleinement son obligation de fidélité et son devoir de diligence envers chacun de ses clients⁹⁴⁹. Elle est prohibée, tant pour la représentation en justice que pour l'activité de conseil, avec quelques nuances. Il est en effet admissible que l'avocat intervienne lorsque les intérêts des deux parties sont convergents (p. ex. création d'une société, rédaction d'un contrat d'entreprise pour le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, divorce à l'amiable)⁹⁵⁰.

La double représentation peut également intervenir lorsque les parties sont certes représentées par des avocats distincts, mais exerçants au sein de la même étude, en qualité d'associés. Ainsi, l'interdiction des conflits d'intérêts ne se limite pas à l'avocat, mais s'étend à l'ensemble de l'étude ou du groupement auquel il appartient⁹⁵¹. L'art. 14 al. 1 du Code suisse de déontologie rappelle ce principe.

Des difficultés peuvent également survenir lorsqu'un avocat collaborateur change d'étude ou que des avocats s'associent⁹⁵². Dans de tels cas, l'art. 14 al. 2 du Code suisse de déontologie précise que « toutes mesures doivent être prises pour sauvegarder le secret professionnel et éviter les conflits d'intérêts ». Concrètement, le nouvel employeur doit renoncer au mandat qui lui a été confié lorsque le collaborateur qui le rejoint travaillait sur le dossier pour la partie adverse⁹⁵³. De même, si le client a suivi ce collaborateur, ce dernier devrait renoncer à son mandat.

⁹⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_98/2015 du 28 juillet 2015, consid. 2.1 ; ATF 135 II 145, consid. 9.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_376/2013 du 18 novembre 2013, consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_420/2011 du 21 novembre 2011, consid. 1.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_688/2009 du 25 mars 2010, consid. 3.1, SJ 2010 I p. 433.

⁹⁵⁰ BOHNET, *Droit des professions judiciaires*, N 50 ; BOHNET/MARTENET, N 1400 ss.

⁹⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2P.297/2005 du 19 avril 2006, consid. 4.1 ; CR LLCA-VALTICOS, art. 12, N 156 ; BGFA-FELLMANN, art 12, N 88.

⁹⁵² Voir p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 5A_967/2014 du 27 mars 2015.

⁹⁵³ BOHNET/MARTENET, N 1436.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que lorsque le risque d'un conflit d'intérêts entre un assureur et un assuré est purement abstrait, l'avocat qui représente les deux parties dans un procès dirigé contre un tiers ne contrevient pas à l'interdiction de la double représentation⁹⁵⁴. Ainsi, seuls les risques concrets de conflits d'intérêts sont prohibés⁹⁵⁵. Un risque théorique ne suffit pas.

b. Les mandats opposés

L'art. 13 du Code suisse de déontologie prévoit que « l'avocat n'accepte pas un nouveau mandat si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé ou lorsque la connaissance des affaires d'un précédent client pourrait porter préjudice à ce dernier ». Contrairement à la double représentation évoquée ci-dessus, les mandats opposés se succèdent dans le temps. Même si le devoir de fidélité subsiste après la fin du mandat⁹⁵⁶, il n'en demeure pas moins qu'il peut s'estomper avec le temps. Il n'y a ainsi aucune interdiction absolue d'agir contre un ancien client⁹⁵⁷, mais cette situation ne va pas sans poser problème⁹⁵⁸.

Notre Haute Cour a rappelé qu'il y a conflit d'intérêts au sens de l'art. 12 let. c LLCA dès que survient la possibilité d'utiliser, consciemment ou non, dans un nouveau mandat les connaissances acquises antérieurement sous couvert du secret professionnel, dans l'exercice d'un premier mandat, avec pour conséquence que l'avocat doit renoncer au nouveau mandat envisagé⁹⁵⁹. En résumé, d'après BOHNET/MARTENET, « il convient de déterminer si les connaissances acquises par rapport à l'ancien mandat sont nécessaires ou utiles dans le cadre du nouveau »⁹⁶⁰.

⁹⁵⁴ ATF 134 II 108, consid. 4.2, JdT 2009 I 333, SJ 2007 II 282.

⁹⁵⁵ BOHNET, *Conflits d'intérêts*, p. 364.

⁹⁵⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_885/2010 du 22 février 2011, consid. 3.1 ; ATF 134 II 108, consid. 3, JdT 2009 I 333, SJ 2007 II 282.

⁹⁵⁷ BOHNET/MARTENET, N 1439. Sur la question de l'ancien client, voir CHAPPUIS, *La profession d'avocat Tome I*, pp. 139-142.

⁹⁵⁸ ATF 134 II 108, consid. 5.2, JdT 2009 I 333, SJ 2007 II 282.

⁹⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_885/2010 du 22 février 2011, consid. 3.1.

⁹⁶⁰ BOHNET/MARTENET, N 1440 ; CR LLCA-VALTICOS, art. 12, N 175 ss. Voir aussi ATF 134 II 108, consid. 5.2, JdT 2009 I 333, SJ 2007 II 282.

c. Les intérêts propres de l'avocat

Bien que l'art. 12 let. c LLCA ne prévoit pas cette hypothèse, le Tribunal fédéral a précisé que l'interdiction des conflits d'intérêts vise également la situation dans laquelle les intérêts du client sont susceptibles d'entrer en collision avec les intérêts propres de l'avocat⁹⁶¹. L'avocat doit par exemple éviter de solliciter un prêt personnel de son client, au risque de se retrouver dans une situation de conflit d'intérêts et de compromettre son indépendance⁹⁶².

3. Les conséquences en cas de conflit d'intérêts

L'avocat qui s'aperçoit qu'en acceptant un deuxième mandat, il risque d'être pris dans un conflit d'intérêts, doit renoncer au deuxième mandat, le consentement éventuel des parties n'y change rien⁹⁶³. S'il accepte le deuxième mandat, il doit alors se défaire des deux mandats⁹⁶⁴. Ce principe est rappelé à l'art. 12 al. 2 du Code suisse de déontologie. L'avocat qui accepte ou poursuit la défense d'intérêts contradictoires doit se voir dénier la capacité de postuler, soit par l'autorité saisie du litige principal, soit par l'autorité de surveillance des avocats si elle en a la compétence selon le droit cantonal⁹⁶⁵. Il pourra aussi se voir infliger une sanction disciplinaire par l'autorité de surveillance des avocats.

II. Les règles cantonales sur la profession d'avocat

Depuis l'entrée en vigueur de la LLCA, les cantons n'ont plus que des compétences résiduelles. Les lois cantonales sur la profession d'avocat, dont la dénomination peut varier, comprennent les dispositions d'application de LLCA⁹⁶⁶.

⁹⁶¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2P.318/2006 du 27 juillet 2007, consid. 11.1. Voir aussi l'art. 11 du Code suisse de déontologie qui prévoit que « l'avocat ne confond pas les intérêts de son client, ceux de tiers et les siens propres ».

⁹⁶² Arrêt du Tribunal fédéral 2C_889/2008 du 21 juillet 2009, consid. 3.1.3. Voir également sur cet arrêt, BOHNET, *Prêt du client en faveur de son avocat*.

⁹⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_7/2009 du 16 mars 2009, consid. 5.7, arrêt du Tribunal fédéral 1A.223/2002 du 18 mars 2003, consid. 5.2, qui cite WERRO, p. 250.

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ ATF 138 II 162, consid. 2.5.1. Voir également, GRODECKI/JEANDIN, p. 127.

⁹⁶⁶ BOHNET/MARTENET, N 259.

En principe, les lois cantonales sur la profession d’avocat comptent des dispositions sur l’organisation de la surveillance des avocats, la procédure disciplinaire et les voies de recours⁹⁶⁷.

Les cantons ont le droit de fixer, dans le cadre de la LLCA, les exigences pour l’obtention du brevet d’avocat (art. 3 al. 1 LLCA)⁹⁶⁸ et la possibilité d’autoriser les titulaires des brevets d’avocats qu’ils délivrent à représenter des parties devant leurs propres autorités judiciaires (art. 3 al. 2 LLCA). Les cantons ont ainsi la faculté, dans une certaine mesure, d’élargir le monopole des avocats qui représentent des parties devant leurs tribunaux⁹⁶⁹. En revanche, les cantons n’ont pas la compétence de prévoir des règles professionnelles cantonales qui iraient au-delà de celles prévues par le droit fédéral⁹⁷⁰. Ce qui précède ressort d’ailleurs clairement du message qui indique que pour éviter un double système de règles professionnelles (cantonales et fédérales), la LLCA règle de manière exhaustive les règles professionnelles pour les avocats⁹⁷¹. Toujours d’après le message, « [u]ne unification des règles professionnelles sera également de nature à encourager la mobilité des avocats, et à permettre une pratique plus transparente des autorités de surveillance en cas de recours »⁹⁷².

Enfin, la loi impose aux cantons d’instaurer un registre des avocats au sens de l’article 5 LLCA, une autorité chargée de la surveillance des avocats qui pratiquent la représentation en justice sur son territoire (art. 14 LLCA), ainsi qu’un tableau public des avocats des États membres de l’UE ou de l’AELE autorisés à pratiquer la représentation en justice de manière permanente sous leur titre d’origine (art. 28 LLCA).

III. La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)

A. L’objet, les buts et les principes

La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) est entrée en vigueur le 6 octobre 1995⁹⁷³.

⁹⁶⁷ BOHNET/MARTENET, N 259.

⁹⁶⁸ Voir p. ex. l’arrêt du Tribunal fédéral 2C_138/2015 du 6 août 2015, consid. 4.4.2.

⁹⁶⁹ CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD/SCHWEIZER, art. 2, N 7.

⁹⁷⁰ BOHNET/MARTENET, N 264.

⁹⁷¹ Message LLCA, p. 5355.

⁹⁷² *Ibid.*

⁹⁷³ RS 943.02.

La LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1^{er} al. 1 LMI). Elle vise, en particulier, à « faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse » (art. 1^{er} al. 2 let. a LMI).

L'article 2 alinéa 1 LMI dispose que toute personne « a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement ». L'article 2 alinéa 4 1^{ère} phrase LMI prescrit, en outre, 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'article 3.

Il faut retenir, enfin, que la profession d'avocat entre dans le champ d'application de la LMI⁹⁷⁴.

B. L'arrêt de principe (ATF 134 II 329)

Cette affaire concerne un avocat qui s'est établi dans le canton de Vaud où il lui a été interdit d'engager un avocat-stagiaire, au motif qu'il ne bénéficiait pas d'une pratique d'au moins cinq ans dans le canton de Vaud au regard des activités dont il s'était prévalu (en l'espèce, pratique de plus de cinq ans dans le canton de Genève).

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner les rapports entre la LLCA et la LMI. Il a relevé que la LLCA était considérée, à son entrée en vigueur, comme une loi spéciale et postérieure à la LMI, ce qui devrait lui donner la préséance, du moins sur tous les points qu'elle avait réglementés⁹⁷⁵.

La LMI a cependant fait l'objet d'une modification, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006, visant à améliorer le fonctionnement du marché intérieur, notamment en supprimant les entraves cantonales et communales à l'accès au marché. L'article 2 alinéa 4 LMI révisé permet à celui qui veut s'établir dans un autre

⁹⁷⁴ BOHNET/MARTENET, N 196 et les réf. cit.

⁹⁷⁵ ATF 134 II 329, consid. 5.2.

canton de se prévaloir du principe de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, dans les limites de l'article 3 LMI⁹⁷⁶.

Ainsi, le Tribunal fédéral a retenu qu'il n'était plus possible de déterminer la loi applicable en se fondant simplement sur les adages consacrés en la matière, tels que « *lex specialis derogat generali* » et « *lex posterior derogat priori* »⁹⁷⁷. Il y avait dès lors lieu d'adopter, d'après notre Haute Cour, « une approche plus nuancée et d'examiner, en respectant au mieux la volonté du législateur fédéral, si, selon les matières, la LMI n'est pas applicable parallèlement à la LLCA »⁹⁷⁸.

Le Tribunal fédéral a, en particulier, souligné ce qui suit :

« Les cantons ne sauraient donc, par le biais de la réserve figurant à l'art. 3 al. 1 LLCA, qui concerne seulement la réglementation des exigences pour l'obtention du brevet d'avocat, porter atteinte à la substance même du principe du libre accès au marché par les avocats. Ce domaine, dans la mesure où il n'a pas été réglementé de façon exhaustive par la loi spéciale (LLCA), entre dans le champ d'application de la loi générale (LMI). En d'autres termes, une disposition cantonale, édictée sur la base de l'art. 3 al. 1 LLCA, comme l'art. 18 LPAv, ne peut avoir pour résultat de restreindre la liberté d'accès au marché des avocats garantie par l'art. 2 al. 4 LMI que si les conditions de l'art. 3 LMI sont remplies »⁹⁷⁹.

En l'espèce, notre Haute Cour a estimé que les juges cantonaux, en considérant que l'avocat ne remplissait pas l'exigence de cinq ans de pratique dans le canton de Vaud, ont imposé une restriction qui viole le principe de la proportionnalité et, par conséquent, s'avère contraire à l'article 3 alinéa 1 lettre c LMI⁹⁸⁰.

⁹⁷⁶ FF 2005 440.

⁹⁷⁷ ATF 134 II 329, consid. 5.2.

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ ATF 134 II 329, consid. 5.4.

⁹⁸⁰ *Idem*, consid. 6.2.3.

Chapitre 14 : Quelques décisions cantonales

Nous allons présenter les décisions cantonales les plus importantes concernant les sociétés d'avocats des cantons d'Obwald (I), de Zurich (II) et de Genève (III).

Il est justifié d'examiner ces décisions de manière détaillée, car seule une telle approche permet de se rendre compte des véritables difficultés rencontrées par les autorités cantonales de surveillance lorsqu'il s'agit de trancher des questions liées aux sociétés d'avocats, alors que les arrêts du Tribunal fédéral sont peu nombreux – trois en l'occurrence⁹⁸¹ – et ne reflètent pas, d'après nous, la réalité sur le terrain. En effet, comme nous le constaterons, les arrêts du Tribunal fédéral apportent certes des éclaircissements, mais souvent plusieurs années seulement après l'adoption d'une pratique par une autorité cantonale de surveillance. C'est donc bien les autorités de surveillance qui sont en première ligne de front.

I. Obwald

A. Décision du 29 mai 2006

Après un résumé de l'affaire (1), nous allons examiner les questions qui ont été abordées par l'autorité en ce qui concerne la liberté d'organisation des avocats (2), le principe de l'indépendance (3), le secret professionnel (4) et le régime de responsabilité (5). Nous terminerons par quelques remarques (6).

1. Résumé de l'affaire

Trois avocats inscrits au registre des avocats du canton d'Obwald ont déposé une demande auprès de la Commission des avocats de ce canton dans le but d'organiser leur cabinet d'avocats sous la forme d'une SA. Les requérants étaient arrivés à la conclusion que pour des raisons de flexibilité (l'entrée de

⁹⁸¹ Voir *infra*, p. 293 ss.

nouveaux associés et la sortie éventuelle de certains d'entre eux), la SA était la forme juridique qui correspondait le mieux à leurs besoins.

2. La liberté d'organisation

L'autorité a constaté que la question de la liberté d'organisation pour les avocats n'était pas clairement tranchée dans la loi et qu'elle était controversée dans la doctrine et la jurisprudence⁹⁸². Si l'association entre avocats était traditionnellement vue comme une société simple, le Tribunal fédéral est par la suite arrivé à la conclusion qu'une étude d'avocats d'une certaine importance pouvait être considérée comme une entreprise exploitée en la forme commerciale et être soumise aux dispositions concernant la responsabilité d'une société en nom collectif⁹⁸³.

Elle a noté qu'aucune autre autorité cantonale de surveillance ne s'était encore prononcée, à ce stade, sur la question de savoir si des avocats pouvaient être inscrits dans un registre cantonal des avocats et s'organiser sous la forme d'une société anonyme, respectivement être employés par une telle société⁹⁸⁴.

L'autorité a ainsi expliqué qu'elle allait examiner plus en détail le rapport de tension qui existe entre, d'une part, le souhait de pouvoir s'organiser librement et, d'autre part, l'exigence d'indépendance.

3. Le principe de l'indépendance

a. Remarques introductives

L'autorité obwaldienne s'est référée, tout d'abord, au message de la LLCA, qui précise que la loi vise avant tout la libre circulation des avocats. Toujours d'après le message, la solution retenue dans la LLCA doit, notamment : ne pas bloquer une possible évolution dans ce domaine (la question de l'organisation des études d'avocats [p. ex. sous la forme de sociétés anonymes] se posera pro-

⁹⁸² Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 2.1.

⁹⁸³ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 1.2, qui cite l'ATF 124 III 363, consid. 2.b, JdT 1999 I 402, SJ 1999 I 38.

⁹⁸⁴ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 2.1.

chainement en Suisse, comme elle se pose déjà dans de nombreux pays) ; respecter la casuistique du Tribunal fédéral ; être dans l'intérêt du justiciable ; permettre une définition de l'indépendance valable pour l'ensemble de la Suisse⁹⁸⁵.

Lors des débats parlementaires, l'indépendance des avocats a été le point le plus contesté du projet. D'après l'autorité, l'avis du Conseil national et du Conseil des États, selon lequel un libre choix de la forme d'organisation devait être prévu, n'a pas pu s'imposer dans les débats⁹⁸⁶. Les Chambres fédérales ont plutôt décidé qu'il fallait imposer pour la protection des clients des exigences strictes en matière d'indépendance des avocats. Il a finalement été décidé que pour maintenir leur indépendance, les avocats ne pouvaient être employés que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal⁹⁸⁷.

Avant l'entrée en vigueur de la LLCA, l'autorité a rappelé que le Tribunal fédéral avait adopté une position différente concernant la représentation des clients de l'employeur par des avocats : le critère des conflits d'intérêts apparaissait comme déterminant⁹⁸⁸.

D'après l'autorité, si l'avocat employé se chargeait du mandat d'un client de son employeur, il le faisait – aussi – dans l'intérêt de son employeur, qui, au regard de la relation de travail, était autorisé à donner des directives à son employé. Or cette possibilité n'avait pas été complètement exclue par la jurisprudence, à condition qu'il semble garanti, dans un cas concret, que l'avocat puisse accomplir son mandat, sans qu'il soit possible que l'intérêt des clients soit influencé par l'intérêt divergent des employeurs⁹⁸⁹.

Ensuite, dans sa jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur de la LLCA, le Tribunal fédéral a estimé que l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA devait être interprété en ce sens qu'il existe une présomption réfragable qu'un avocat employé, dont l'employeur n'est pas inscrit au registre, ne dispose pas de l'indépendance requise⁹⁹⁰.

⁹⁸⁵ FF 1999, 5354.

⁹⁸⁶ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 3.2.

⁹⁸⁷ Pour un aperçu de la genèse de la disposition, voir *supra*, p. 227 ss.

⁹⁸⁸ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 3.3.

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ ATF 130 II 87, consid. 5.1.1, RDAF 2005 I 519.

b. L'indépendance institutionnelle d'avocats employés par une société entièrement contrôlée par des avocats inscrits

D'après l'autorité, pour que des avocats contrôlent durablement une SA, ils doivent disposer de la majorité des voix et du capital à l'assemblée générale⁹⁹¹. En l'espèce, les statuts de la société prévoyaient une clause selon laquelle les actions de la société ne pouvaient être transférées qu'à des avocats inscrits dans un registre⁹⁹². Des dispositions similaires concernant les cas de transfert dans le cadre du régime matrimonial, d'une succession ou de mesures d'exécution forcée étaient prévues dans une convention d'actionnaires. Les statuts de la société autorisaient, par ailleurs, les actionnaires à se faire représenter à l'assemblée générale. Concernant ce dernier point, l'autorité a estimé qu'une représentation des actionnaires à l'assemblée générale par des tiers n'était pas admissible et devait être exclue des statuts, afin que la société soit pleinement contrôlée par des avocats inscrits au registre⁹⁹³.

C'est à ces conditions, d'après l'autorité, que la société sera durablement contrôlée à l'assemblée générale par des avocats inscrits au registre. L'autorité a ajouté que si les actionnaires étaient libres de faciliter la transmission des actions – comme prévu dans les statuts – la situation des avocats employés par la SA devrait alors faire l'objet d'un réexamen.

Par ailleurs, une autre condition déterminante pour que la SA soit durablement contrôlée par des avocats est la composition du conseil d'administration⁹⁹⁴. En l'espèce, les statuts de la société prévoyaient que seuls des actionnaires – des avocats inscrits au registre – seraient éligibles au conseil d'administration.

Au vu des mesures qui ont été prises, l'autorité a estimé que la présomption d'absence d'indépendance pouvait être renversée, dans la mesure où la SA était durablement contrôlée par des avocats inscrits dans un registre et que l'influence de tiers pouvait dès lors être exclue⁹⁹⁵.

⁹⁹¹ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 3.5.1.

⁹⁹² *Ibid.*

⁹⁹³ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 3.5.1.

⁹⁹⁴ *Idem*, consid. 3.5.2.

⁹⁹⁵ *Idem*, consid. 3.5.3.

c. L'indépendance institutionnelle appliquée à l'article 12 lettre b et c LLCA

(i) *Les instructions données à l'avocat par le conseil d'administration*

En ce qui concerne les instructions qui pourraient être données par le conseil d'administration à certains avocats employés, l'autorité a précisé ce qui suit :

« Der Arbeitgeber hat die Unabhängigkeit von angestellten Anwältinnen und Anwälten bei der Berufsausübung (Art. 12 lit. b und c BGFA) zu respektieren. Insoweit hat er sicherzustellen, dass ein Interessenkonflikt zwischen seinen Interessen, die durch die Geschäftsführung vertreten werden (vgl. Art. 55 Abs. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]), und den Interessen des Klienten nicht aufzukommen vermag. Dies gelingt dem Arbeitgeber nur, in dem er die Geschäftsführung dazu verpflichtet, die so verstandene Unabhängigkeit der mandatsführenden Anwältinnen und Anwälte zu akzeptieren und zu beachten. Da die geschäftsführenden Anwältinnen und Anwälte selbst zwar der disziplinarischen Staatsgewalt unterstehen, jedoch nicht Arbeitgeber sind, kann dies lediglich über die Statuten der zu gründenden Aktiengesellschaft bzw. über ein Organisationsreglement sichergestellt werden [...] »⁹⁹⁶.

L'autorité a admis qu'il n'était pas nécessaire pour garantir l'indépendance que tous les avocats de la société soient membres du conseil d'administration et participent à sa gestion.

En revanche, elle a considéré que les avocats auxquels la gestion de la société était confiée devaient, dans tous les cas, respecter l'indépendance des avocats dans l'exécution de leur mandat. Pour y parvenir, elle a exigé de la requérante la mise en place d'un mécanisme – pour le moins assez vague – dont la nature serait la suivante :

« Da der Statutenentwurf (und auch der Entwurf des Aktionärbindungsvertrags) keine entsprechende Bindung der Geschäftsführung in Bezug auf die Weisungsunabhängigkeit enthält und ein Organisationsreglement nicht vorhanden ist, muss eine diesbezügliche Regelung geschaffen werden und zwar in dem Sinne, als der Arbeitgeber und insbesondere die Geschäftsführung die mandatsführenden Anwältinnen und Anwälte die Rechtsdienstleistungen unter Beachtung der Berufsregeln gemäss BGFA erbringen zu lassen haben »⁹⁹⁷.

⁹⁹⁶ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 3.6.1.

⁹⁹⁷ *Ibid.*

(ii) *L'exercice de l'activité professionnelle « en son nom personnel » et « sous sa propre responsabilité »*

D'après l'autorité, l'avocat procède devant les tribunaux « en son propre nom » et non pas au nom de la société qui l'emploie. Il engage ainsi, pour son activité, sa propre responsabilité disciplinaire. Le fait que le mandat soit conclu entre la société d'avocats et le client, alors que la procuration sera, en revanche, établie directement au nom des avocats, n'y change rien⁹⁹⁸. L'autorité a ainsi estimé que l'obligation faite à l'avocat d'exercer son activité professionnelle « en son nom personnel » et « sous sa propre responsabilité » ne s'opposait pas à l'admissibilité d'une SA d'avocats.

(iii) *Le but de la société*

La possibilité d'inclure dans le but de la société la faculté d'acquérir ou de vendre des immeubles n'a pas été jugée admissible par l'autorité, contrairement à la possibilité d'acquérir des immeubles destinés aux infrastructures nécessaires à l'exercice de ses activités⁹⁹⁹.

Par ailleurs, l'autorité est d'avis que le but de la société doit se référer à la fourniture de services juridiques dans le respect de la LLCA¹⁰⁰⁰. Une telle mention permettrait, lors de la formation et de la transposition de la volonté sociale, de fixer des limites aux actionnaires, au conseil d'administration, ainsi qu'à la direction.

Les avocats qui contrôlent la société ne sont, en réalité, que les agents de celle-ci. Avec la mention précitée, la volonté que les services juridiques soient fournis dans le respect de la LLCA émane désormais de la société elle-même en tant que personne morale¹⁰⁰¹. Une concrétisation de ce principe serait, par exemple, de prévoir dans les statuts l'engagement du conseil d'administration à respecter la LLCA, respectivement à ne pas interférer dans l'exécution des mandats des avocats employés par la société.

⁹⁹⁸ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 3.6.2. Il est intéressant de souligner que l'autorité estime, curieusement, que le mandat conclu entre la société et le client est ensuite transféré aux avocats employés par la société.

⁹⁹⁹ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 3.6.3.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰⁰¹ *Ibid.*

4. Le secret professionnel

La protection du secret professionnel n'est pas problématique lorsque la SA est durablement contrôlée par des avocats inscrits dans un registre¹⁰⁰². De plus, les requérants ont prévu une clause statutaire, d'après laquelle la liquidation de la société serait confiée aux membres du conseil d'administration (des avocats inscrits dans un registre cantonal).

L'autorité s'est demandé, enfin, si le secret professionnel de l'avocat est garanti en ce qui concerne l'organe de révision d'une SA. Comme la fonction de révision est attribuée à un organe de la société et non à un auxiliaire des avocats, elle a estimé que l'organe en question n'était pas tenu au secret professionnel en vertu de l'article 13 alinéa 2 LLCA. Ce qui précède n'est toutefois pas déterminant d'après l'autorité, qui retient que l'organe de révision est tenu au secret professionnel dans la même mesure que les avocats (art. 321 CP en relation avec l'art. 730b CO)¹⁰⁰³.

5. Le régime de responsabilité

L'autorité s'est demandé, sous l'angle du régime de la responsabilité, si un cabinet d'avocats pouvait être organisé sous la forme juridique d'une SA dont la responsabilité est limitée¹⁰⁰⁴. Elle a indiqué que si les avocats devaient exercer leur profession sous leur propre responsabilité, le législateur n'a pas entendu imposer une responsabilité personnelle illimitée aux avocats. Même si l'avocat est couvert par une assurance responsabilité civile professionnelle, les mandats qu'il accepte peuvent dépasser le montant maximal de la somme assurée. Les cabinets d'avocats suisses ne seraient ainsi pas compétitifs par rapport aux sociétés d'avocats étrangères (avec une responsabilité limitée), banques, fiduciaires ou assurances de protection juridique¹⁰⁰⁵.

Il faut cependant garder à l'esprit, d'après l'autorité, que la responsabilité de l'avocat vise en priorité la protection du public. Comme la responsabilité n'est pas comparable dans le cas d'un avocat organisé sous la forme d'une société de capitaux (art. 725 CO) et dans le cas d'un avocat organisé sous la forme d'une société en nom collectif (art. 568 CO), il n'est pas insignifiant pour le public de

¹⁰⁰² Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 5.2.

¹⁰⁰³ *Idem*, consid. 5.2.

¹⁰⁰⁴ *Idem*, consid. 6.1.

¹⁰⁰⁵ *Idem*, consid. 6.2.

connaître la forme juridique de l'organisation. L'autorité a relevé, en particulier, ce qui suit :

« Das rechtssuchende Publikum hat – bei der Wahl eines Anwaltsbüros – ein Bedürfnis, vor dem Hintergrund eines allfälligen persönlichen Haftungssubstrats über die Organisationsform des Anwaltsbüros informiert zu werden. Demgegenüber steht das Interesse der Anwältinnen und Anwälte, die Haftung zu beschränken, um die während eines Erwerbslebens angesammelten Ersparnisse zu schützen. Aus Sicht des Gesetzgeber steht der Führung eines Anwaltsbüros in Form einer Aktiengesellschaft aus haftungsrechtlichen Gründen nichts entgegen; mithin ist also eine entsprechende Haftungsbeschränkung zulässig »¹⁰⁰⁶.

Dans le cas des sociétés de capitaux, le client est certain de connaître le régime juridique qui s'applique, dans la mesure où l'inscription au registre du commerce est obligatoire (art. 640 CO), tout comme la désignation, dans sa raison sociale, de la forme juridique (art. 950 CO)¹⁰⁰⁷. L'autorité a, par ailleurs, laissé indécise la question de savoir si la forme de l'organisation devait être mentionnée sur le papier à lettres du cabinet d'avocats.

Ainsi, d'après l'autorité, rien ne s'oppose à la création d'une SA d'avocats et, partant, au transfert de la responsabilité personnelle des avocats à la société.

Toutefois, elle a encore relevé que l'exclusion de la responsabilité personnelle avait pour conséquence qu'en cas de faillite de la société, les éventuels actes de défaut de biens seraient délivrés contre celle-ci, et n'auraient pas d'influence sur l'inscription des avocats au registre. En effet, l'article 8 alinéa 1 lettre c LLCA prévoit que pour être inscrit au registre, l'avocat ne doit pas faire l'objet d'un acte de défaut de biens. Il s'agirait là, d'après l'autorité, d'une inégalité de traitement par rapport aux avocats qui ne sont pas organisés sous la forme d'une société de capitaux. L'autorité a ainsi précisé qu'elle se réservait la possibilité, en cas de faillite d'une SA, de procéder à une levée du voile corporatif de la société, afin d'examiner si les avocats peuvent demeurer inscrits au registre¹⁰⁰⁸.

6. Commentaires

L'autorité a exprimé ses inquiétudes concernant l'indépendance d'avocats employés par une société d'avocats qui pourrait être menacée lorsque ces derniers reçoivent des instructions des membres du conseil d'administration – eux-

¹⁰⁰⁶ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 6.2.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁰⁸ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, AKO 06/001/ab, consid. 6.3. Depuis l'ouverture de la première faillite d'une SA d'avocats zurichoise à la mi-décembre 2015, la question n'est plus seulement théorique (Plädoyer 2016/1, p. 7).

mêmes inscrits à un registre cantonal des avocats – concernant la conduite de leurs mandats. Ces craintes, certes légitimes, sont néanmoins révélatrices d'un certain malaise.

Comme nous l'avons relevé dans la première partie de notre travail, « les avocats sont généralement animés par l'esprit des professions libérales et, en conséquence, rétifs à l'idée d'une hiérarchie et d'une structure qui les limite dans leur liberté de mouvement »¹⁰⁰⁹. Or il existe aujourd'hui, plus particulièrement pour les cabinets d'avocats internationaux, un consensus d'après lequel les entreprises de services professionnelles doivent être gérées d'une manière similaire aux groupes de sociétés, c'est-à-dire qu'une intervention centrale doit être possible selon les besoins du moment¹⁰¹⁰. La commercialisation de la pratique du droit – opposée à la conception libérale de la profession¹⁰¹¹ – n'est pas étrangère à ce phénomène qui, d'après nous, ne se limite pas aux seuls cabinets d'avocats internationaux, mais concerne aussi les cabinets d'avocats de plus petite taille qui souhaitent se développer¹⁰¹².

À notre avis, si l'approche de l'autorité obwaldienne devait s'appliquer dans toute sa rigueur, cela signifierait une impossibilité pour les cabinets d'avocats de disposer d'un organe supérieur de direction ou d'administration effectif¹⁰¹³, à moins que les compétences décisionnelles de ce dernier ne soient limitées à des questions très secondaires, comme l'agencement des bureaux du cabinet.

Or dans ce contexte, aucun cabinet d'avocats ne serait en mesure de se développer, car ils devraient continuer à être gérés de manière très traditionnelle, c'est-à-dire sans aucune intervention centrale. Chaque avocat traiterait personnellement ses dossiers en « vase clos », sans interaction avec une hiérarchie, voire sans interaction avec ses propres collègues avocats. Ce qui précède semble nier la complexité du travail juridique et devrait, à notre avis, nous amener à nous interroger à propos de la nécessité et surtout de la compatibilité d'une telle approche avec la réalité des cabinets d'avocats telle qu'elle existe aujourd'hui.

¹⁰⁰⁹ CHAPPUIS, *La profession d'avocat Tome II*, p. 38. Dans ce sens également, STEWENS/DROLSHAMMER, *Managing the International Law Firm*, p. 500.

¹⁰¹⁰ DROLSHAMMER, *The Future Legal Structure*, p. 459.

¹⁰¹¹ Pour des développements à ce sujet, voir *supra*, p. 27 ss.

¹⁰¹² Voir aussi JEANNERET, *Management d'une étude d'avocats*, p. 496, qui relève que les études, essentiellement moyennes à grandes, comprennent qu'un management efficace et si possible subtil est l'un des facteurs clefs qui permettra de progresser.

¹⁰¹³ BOHNET/MARTENET, N 2397, indiquent qu'il faut prendre garde à ne pas limiter excessivement la possibilité de donner des instructions, faute de quoi l'avocat pourrait éventuellement être considéré comme un sous-mandataire agissant à titre indépendant, ce qui ne correspond pas à l'esprit dans lequel la société de capitaux d'avocats est conçue.

À titre de comparaison, il est intéressant de noter que la France maintient une approche très stricte s'agissant du statut de l'avocat salarié d'un cabinet d'avocats. L'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dispose expressément que l'avocat salarié d'un cabinet d'avocats bénéficie de l'indépendance que comporte son serment et n'est soumis à un lien de subordination à l'égard de son employeur que pour la détermination de ses conditions de travail. Comme indiqué ci-dessus, il s'agit d'une gestion très traditionnelle des cabinets d'avocats. Nous ignorons, dans la pratique, si cette approche peut réellement fonctionner. Le simple fait que l'employeur décide des conditions de travail de l'avocat semble difficilement conciliable avec l'indépendance telle qu'elle est prônée dans cette disposition. L'avocat salarié peut-il gérer ses dossiers en faisant comme si son employeur n'est pas, en réalité, celui qui tient « la carotte et le bâton » ?¹⁰¹⁴

Enfin, le fait de devoir mentionner dans les statuts que la société d'avocats devra respecter la LLCA nous semble être une idée intéressante¹⁰¹⁵. Dans l'hypothèse où le cabinet d'avocats compterait au sein de ses organes des tiers non-avocats – ce qui n'a toutefois pas été tranché par l'autorité – cela permettrait de rappeler à ces derniers – actionnaires, membres du conseil d'administration, employés au sein de la direction – que la volonté sociale de la société est, certes, la fourniture de services juridiques, mais que celle-ci doit intervenir dans le respect de la LLCA.

B. Décision du 2 octobre 2008

Une avocate pratiquant seule a déposé une demande auprès de l'autorité cantonale de surveillance du canton d'Obwald, afin d'être autorisée à exercer sous la forme d'une Sàrl. L'autorité a précisé, en substance, que les conditions étaient les mêmes que pour une SA et s'est référée à sa décision du 29 mai 2006¹⁰¹⁶. En l'espèce, l'autorité a constaté que les conditions énoncées dans sa décision du 29 mai 2006 étaient toutes ancrées dans les statuts de la Sàrl et, partant, que la requérante remplissait les conditions pour être inscrite au registre des avocats¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁴ Dans le dernier chapitre de notre travail, nous proposons une solution, sous la forme d'une clause de conscience, pour tenir compte de cette problématique, voir *infra*, p. 389.

¹⁰¹⁵ Cette mention sera reprise dans le modèle que nous proposons concernant la réglementation de la société d'avocats, voir *infra*, p. 382 ss.

¹⁰¹⁶ Anwaltskommission, Obwald, 2 octobre 2008, AKO 08/005/ab, consid. 9.

¹⁰¹⁷ *Idem*, consid. 11.

II. Zurich

A. Décision du 5 octobre 2006

Après un résumé de l'affaire (1), nous allons présenter les questions qui ont été examinées par l'autorité concernant l'indépendance institutionnelle (2), les sociétés anonymes d'avocats (3), la situation de la société anonyme dans le cas d'espèce (4), ainsi que les règles professionnelles et le secret professionnel (5).

1. Résumé de l'affaire

Un cabinet d'avocats a fait parvenir à la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich une requête, intitulée « Demande de décision préalable », afin d'obtenir la confirmation que même après une transformation de l'étude en une SA, les avocats du cabinet (et ceux qui seront engagés à l'avenir) pourront toujours rester inscrits au registre cantonal. À cet effet, le cabinet a remis à l'autorité différents documents sous la forme d'un projet, à savoir les statuts, le règlement d'organisation édicté par le conseil d'administration et une convention d'actionnaires.

Il était prévu que les actionnaires de la SA seraient majoritairement des avocats inscrits au registre des avocats du canton de Zurich, mais aussi des avocats inscrits dans un autre registre cantonal, des personnes sans brevet d'avocat ou du moins sans brevet d'avocat européen, ainsi que des personnes titulaires d'un brevet d'avocat suisse, mais exerçant leur activité à une adresse commerciale à l'étranger.

Formellement, il était envisagé que les actionnaires de la SA constituent une société simple et soient liés par une convention d'actionnaires. Dans cette dernière, il était prévu en outre que deux tiers au moins des associés seraient des avocats inscrits. Enfin, les avocats zurichois auraient été liés par un contrat de travail avec la SA. Nous reviendrons plus en détail sur la nature des différents documents qui ont été remis à l'autorité.

2. Indépendance institutionnelle

L'autorité a examiné quelles seraient les conséquences d'une transformation de l'étude de la requérante en une SA s'agissant de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA, d'après lequel les avocats doivent pouvoir exercer leur profession en

toute indépendance, et ne peuvent être les employés que de personnes qui sont elles-mêmes inscrites au registre¹⁰¹⁸.

Elle a estimé que la condition de l'indépendance au sens de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA doit être considérée comme étant remplie pour les sociétés simples et les sociétés en nom collectif, dans la mesure où ces dernières sont des communautés axées sur les personnes qui les composent, alors que les avocats engagés dans des sociétés de capitaux d'avocats ne disposent pas forcément d'une indépendance suffisamment grande, en raison du caractère très institutionnel de ce type de société¹⁰¹⁹.

Après avoir procédé à une interprétation de la disposition en question d'après les critères développés par le Tribunal fédéral et à la lumière de sa jurisprudence, l'autorité zurichoise est arrivée à la conclusion que le danger ne réside pas dans le fait d'engager un avocat, mais dans la présence d'une influence étrangère de la part des personnes non inscrites au registre et dont l'indépendance est sujette à caution¹⁰²⁰. Un tel danger semble toutefois exclu pour la SA d'avocats lorsque celle-ci est contrôlée à tous les niveaux décisionnels par des avocats inscrits et lorsque ce contrôle est conçu de manière à ce qu'il demeure inchangé sur une certaine durée.

L'autorité en a dès lors conclu que la portée de l'indépendance de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA devait être interprétée restrictivement, de sorte que la profession d'avocat pouvait également être exercée au sein d'une SA d'avocats¹⁰²¹.

¹⁰¹⁸ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. III, consid. 1.

¹⁰¹⁹ Nous sommes d'avis que ce constat est inexact. Il aboutira, en particulier, à un traitement différencié entre, d'une part, les sociétés de personnes et, d'autre part, les sociétés de capitaux, alors que la justification d'une telle différence de traitement ne repose, d'après nous, sur aucun motif convaincant. Pour une discussion concernant cette inégalité de traitement, voir *infra*, p. 340 ss.

¹⁰²⁰ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. III, consid. 8.2.2.

¹⁰²¹ *Idem*, consid. 8.3.

3. Sociétés anonymes d'avocats

a. Opinion majoritaire des membres de la Commission

La majorité des membres de la Commission a constaté qu'il a existé deux phases concernant la question de l'admissibilité des sociétés de capitaux d'avocats¹⁰²².

Lors de la première phase, l'opinion dominante estimait que seule une personne titulaire d'un brevet d'avocat pouvait être associée d'un cabinet d'avocats¹⁰²³. Dans la seconde phase, il y aurait eu une inversion des tendances, en ce sens que la doctrine soutiendrait désormais unanimement l'opinion selon laquelle il doit être permis aux avocats de s'associer avec des spécialistes non titulaires d'un brevet d'avocat, et ce y compris sous la forme d'une société de capitaux¹⁰²⁴. La majorité des membres de la Commission indique qu'elle partage cet avis.

Il convient, toutefois, d'exiger que les avocats inscrits disposent d'une majorité de voix à l'assemblée générale et au conseil d'administration et que les décisions ne puissent être prises (à tous les niveaux : assemblée générale, conseil d'administration et, concernant l'exécution des mandats, la direction) que lorsque la majorité réunie inclut davantage de voix (par tête) provenant d'avocats inscrits que de personnes non inscrites¹⁰²⁵.

Pour assurer la domination d'avocats inscrits à l'assemblée générale, il suffirait, d'après la majorité des membres de la Commission, de limiter conventionnellement la part de tiers actionnaires à un quart au maximum et de prévoir dans les statuts que les décisions ordinaires (art. 703 CO) requièrent la majorité absolue des voix attribuées à toutes les actions¹⁰²⁶. Ainsi, pour prendre une décision qui exigerait la majorité absolue, les tiers non inscrits devraient trouver, parmi les actionnaires, au moins autant de voix supplémentaires d'avocats inscrits, plus une voix.

De plus, s'agissant de la possibilité pour le conseil d'administration de déléguer la gestion, les mandats de direction de la société ne pourront être confiés qu'à

¹⁰²² Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. IV, consid. 3.1.

¹⁰²³ *Idem*, consid. 3.1 et les réf. cit.

¹⁰²⁴ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. IV, consid. 3.1.

¹⁰²⁵ *Idem*, consid. 3.2.

¹⁰²⁶ *Idem*, consid. 3.3.2.

des avocats inscrits dans un registre¹⁰²⁷. En revanche, les domaines d'exploitation de la société, tels que la responsabilité de l'infrastructure, la comptabilité, les ressources humaines, la formation et la formation continue, etc., pourront être confiés à des tiers.

Le président du conseil d'administration, en vertu des tâches qui lui sont confiées et de sa position de fait, devra être un avocat inscrit dans un registre cantonal¹⁰²⁸.

D'après la majorité des membres de la Commission, il conviendra, par ailleurs, de s'assurer que les actionnaires qui sont des avocats inscrits au registre occupent une position dominante lors des assemblées générales de la SA d'avocats, ce qui peut être réalisé en prévoyant, par exemple, une restriction de la transmissibilité des actions nominatives dans les statuts¹⁰²⁹.

Enfin, compte tenu d'une certaine dépendance des avocats qui sont liés par les décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration, des règles statutaires ou réglementaires devraient fixer des limites aux instructions susceptibles d'être données pour l'exécution des mandats professionnels¹⁰³⁰.

b. Opinion minoritaire des membres de la Commission

Il est intéressant de relever qu'une minorité des membres de la Commission a estimé que d'après l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA, une personne engagée par la société n'est pas légitimée à demander son inscription au registre lorsque la SA ou la Sàrl n'est pas exclusivement composée de personnes elles-mêmes inscrites au registre¹⁰³¹. Partant, l'inscription dans un registre cantonal ne pourrait être admise qu'à la condition expresse que l'actionnariat et le conseil d'administration soient uniquement composés d'avocats inscrits au registre.

¹⁰²⁷ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. IV, consid. 3.5.

¹⁰²⁸ *Idem*, consid. 3.6.

¹⁰²⁹ *Idem*, consid. 3.7.

¹⁰³⁰ *Idem*, consid. 4. Pour rappel, la décision du 29 mai 2006 du canton d'Obwald a également mis en évidence cette problématique. Pour une discussion à ce sujet, voir *supra*, p. 266 ss.

¹⁰³¹ *Idem*, consid. 5.

4. Situation de la SA dans le cas d'espèce

a. Le but de la société

Le paragraphe 2 des statuts de la SA d'avocats est rédigé comme suit :

« Zweck der Gesellschaft ist das Erbringen von Rechtsdienstleistungen im In- und Ausland durch in der Schweiz registrierte Anwältinnen und Anwälte und andere qualifizierte Berater, sowie damit verbundene Tätigkeiten.

Die Gesellschaft kann alle kommerziellen und finanziellen Geschäfte durchführen, die ihrem Zweck förderlich sind.

Sie kann sich an andern Unternehmen beteiligen oder sich mit diesen zusammenschliessen und Zweigniederlassungen sowie Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten.

Die Gesellschaft kann Liegenschaften im In- und Ausland erwerben, halten und veräussern »¹⁰³².

La Commission a constaté que le but principal de l'étude consiste à fournir des services juridiques et que ce dernier, tel qu'il est décrit au paragraphe 2 des statuts, est conforme à l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA¹⁰³³.

Par ailleurs, s'agissant des autres buts décrits aux alinéas 2 à 4, la Commission a considéré que ceux-ci ne sont admissibles, à titre de buts accessoires, que s'ils permettent de réaliser le but principal consistant à fournir des prestations de services juridiques¹⁰³⁴. La Commission a estimé, en l'espèce, que la condition était remplie, puisque l'alinéa 2 précise que la société peut effectuer toutes activités commerciales ou financières qui permettent de réaliser son but¹⁰³⁵.

Concernant l'alinéa 3 qui prévoit que la société peut participer ou collaborer à d'autres sociétés et créer des succursales ou des filiales en Suisse ou à l'étranger, la Commission est d'avis que la participation à d'autres entreprises et la fondation de filiales ne sont admissibles que si ces entreprises poursuivent le

¹⁰³² Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. V, consid. 2.1.

¹⁰³³ *Idem*, consid. 2.2.

¹⁰³⁴ *Idem*, consid. 2.3.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

même but principal que l'étude zurichoise, étant précisé que cette limitation devra figurer dans les statuts¹⁰³⁶.

Enfin, la Commission a jugé qu'une association avec d'autres entités n'était pas de prime abord inadmissible, mais créerait de nouvelles relations, de sorte que l'indépendance devrait faire l'objet d'un nouvel examen¹⁰³⁷.

b. L'assemblée générale

D'après le projet de convention d'actionnaires, les actionnaires s'associent en une société simple (CDA ch. 1^{er}) et les actions de la SA sont détenues en mains communes par les associés qui détiennent un nombre identique d'actions (CDA ch. 7)¹⁰³⁸.

Lors des assemblées générales de la SA, chaque associé représente le nombre d'actions qui équivaut à sa quote-part. D'après le paragraphe 7 première phrase des statuts, chaque action vaut une voix lors des assemblées générales de la SA. Il est prévu, en outre, qu'au moins deux tiers des associés doivent être des avocats inscrits en Suisse.

L'article 703 CO, qui précise que « [s]i la loi ou les statuts n'en disposent pas autrement, l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées », a été repris textuellement au paragraphe 8 alinéa 1^{er} des statuts des requérants.

En l'espèce, la Commission a estimé qu'avec une participation de deux tiers des actions, les avocats inscrits sont en mesure de prendre majoritairement des décisions (aussi bien sur les affaires courantes que les élections), mais aussi d'y faire obstacle¹⁰³⁹. Elle a toutefois constaté que certaines décisions pourraient être prises avec toutes les voix des avocats non inscrits (un tiers de toutes les voix attribuées), additionnées de seulement la moitié des voix des avocats inscrits (un sixième des voix attribuées aux actions, plus une voix). D'après la Commission, cette situation doit être évitée, en fixant un quorum statutaire qui

¹⁰³⁶ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. V, consid. 2.3.

¹⁰³⁷ *Ibid.*

¹⁰³⁸ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. V, consid. 3.1.

¹⁰³⁹ *Idem*, consid. 3.2.

exige que la majorité adoptant une décision doit être composée majoritairement d'avocats inscrits¹⁰⁴⁰.

Par ailleurs, pour les décisions importantes, l'article 704 alinéa 1^{er} CO prévoit qu'il est nécessaire de recueillir « au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité absolue des valeurs nominales représentées ».

En l'espèce, la Commission a relevé que la SA a fait usage de cette possibilité en prévoyant au paragraphe 8 des statuts que l'élection du président et des membres du conseil d'administration est une décision importante au sens de l'article 704 CO, et que le quorum serait fixé à trois quarts de toutes les voix attribuées aux actions et aux valeurs nominales¹⁰⁴¹. La Commission a souligné que c'est à juste titre que la requérante a prévu au paragraphe 8 alinéa 3 des statuts que les décisions importantes ne peuvent être prises que si le nombre d'avocats inscrits votant en faveur excède le nombre de personnes non inscrites¹⁰⁴².

De plus, la convention d'actionnaires prévoit que la part des actions attribuées aux différents associés n'est pas transmissible, que ce soit par cession, succession, transfert de bien matrimonial, ou de toute autre manière (ch. 7 CDA). Elle requiert pour le transfert de la propriété des actions de la SA une décision des associés qui réunit au moins trois quarts de toutes les voix (ch. 10 CDA).

D'après la Commission, cette condition permet de garantir que la part attribuée aux avocats inscrits reste en mains des associés de manière durable¹⁰⁴³.

Enfin, le transfert des actions nominatives non incorporées dans un certificat de travail de la SA nécessite l'accord du conseil d'administration, étant précisé que l'accord peut être refusé pour des motifs importants (par. 4 al. 1^{er} des statuts). D'après le paragraphe 4 alinéa 2 des statuts, l'accord doit en particulier être refusé si les avocats inscrits en Suisse ne disposent plus, à la suite d'une évolution au sein de la société, d'une majorité qui permet de contrôler les voix attribuées aux actions ou les voix au sein de la société qui détient les actions.

¹⁰⁴⁰ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. V, consid. 3.2.

¹⁰⁴¹ *Idem*, consid. 3.3.

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. V, consid. 3.4.

c. Le conseil d'administration

(i) Les décisions

Le paragraphe 10 alinéa 1 des statuts de la SA reprend la formulation de l'ancien article 707 CO, qui prévoyait que le conseil d'administration se compose d'un ou de plusieurs membres¹⁰⁴⁴ qui doivent être actionnaires, tout en le complétant, en ce sens que les membres doivent être majoritairement des avocats inscrits en Suisse. L'article 713 alinéa 1^{er} CO prévoit, en outre, que les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des voix émises ; le président disposant d'une voix prépondérante, sauf disposition contraire des statuts.

Le règlement d'organisation du conseil d'administration précise que le conseil d'administration de la SA ne peut prendre ses décisions que si la majorité de ses membres inscrits au registre sont présents (ROCA ch. 8), les décisions étant prises à la majorité simple des voix (ROCA ch. 19)¹⁰⁴⁵.

Malgré la présence d'un quorum, la Commission a constaté qu'il peut arriver que des décisions soient prises par le conseil d'administration de la SA, alors même que la majorité des voix émane de membres qui ne sont pas inscrits au registre des avocats ; cette situation peut en particulier se produire lorsque les membres inscrits au registre s'abstiennent¹⁰⁴⁶. À cet égard, la Commission a relevé, en particulier, ce qui suit :

« Abgesehen davon gewinnen die nicht eingetragenen Mitglieder - je nach Gesamtzahl der Verwaltungsräte - die Oberhand, wenn der Verwaltungsrat nur gerade die minimale Anzahl im Anwaltsregister eingetragener Mitglieder aufweist und davon nur die Mehrheit an einer Sitzung teilnimmt. Besteht der Verwaltungsrat aus insgesamt drei oder vier Mitgliedern, so stehen immer mindestens zwei eingetragene Mitglieder einem nicht eingetragenen gegenüber. Bei insgesamt fünf, sieben oder acht Mitgliedern könnte sich Stimmengleichheit einstellen. Bei neun Mitgliedern (fünf eingetragene und vier nichteingetragene) schliesslich würden die nicht eingetragenen Mitglieder überwiegen (vier), wenn nur die Mehrheit der eingetragenen Mitglieder (drei) mitwirken würde »¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁴ À l'occasion de la réforme de certaines dispositions du droit de la société anonyme entrée en vigueur en 2008, le législateur a renoncé à exiger que chaque membre du conseil d'administration doive être actionnaire (CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 707 CO, N 4).

¹⁰⁴⁵ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. V, consid. 4.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*

Ainsi, d'après la Commission, il ne peut y avoir de décision du conseil d'administration que si la majorité adoptant cette décision se compose majoritairement d'avocats inscrits par rapport à ceux qui ne le sont pas ; condition qui devra figurer dans les statuts ou dans le règlement d'organisation du conseil d'administration¹⁰⁴⁸.

Il en ira de même s'agissant des décisions prises par voie de circulation, qui requièrent, d'après le paragraphe 12 alinéa 2 des statuts, l'accord d'une majorité de tous les membres du conseil d'administration. Comme l'a relevé la Commission, il pourrait ainsi arriver que le conseil d'administration, composé par exemple de cinq membres, prenne des décisions avec une majorité d'avocats non inscrits¹⁰⁴⁹. La Commission a dès lors exigé que le quorum des décisions prises par voie de circulation soit modifié, afin que les décisions ne puissent là aussi être prises que s'il y a une majorité de voix émanant d'avocats inscrits au registre, et non simplement des voix de tous les membres du conseil d'administration¹⁰⁵⁰.

(ii) *La direction*

Le paragraphe 11 des statuts de la SA prévoit, notamment, que le conseil d'administration a pour fonction de nommer et de révoquer les personnes chargées de la direction et de la représentation de la société, ainsi que d'assurer la haute surveillance des personnes chargées de la direction. Concernant l'exécution des mandats, la requérante a précisé dans l'annexe 1 de son règlement d'organisation du conseil d'administration que les avocats exercent leur profession indépendamment de toutes instructions. Si la direction devait toutefois intervenir, elle ne pourrait le faire que par le biais d'avocats inscrits au registre. Pour les autres affaires courantes, en revanche, la direction peut être confiée à n'importe quelle personne appropriée¹⁰⁵¹.

(iii) *Le président du conseil d'administration*

Compte tenu de l'importance de la fonction de président du conseil d'administration, l'autorité zurichoise a exigé que son éligibilité se limite à des avocats

¹⁰⁴⁸ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. V, consid. 4.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. V, consid. 5.

inscrits et que cette règle soit également applicable aux membres du conseil d'administration (par exemple le vice-président) qui remplacent le président en cas d'empêchement de ce dernier¹⁰⁵².

(iv) *Les principes qui régissent l'acceptation des mandats et l'exercice de la profession*

L'annexe 1 du ROCA énumère les principes qui régissent l'acceptation des mandats (lettre A) et l'exercice de la profession (lettre B).

D'après la lettre A chiffre 1 de l'annexe, chaque associé répond personnellement de l'acceptation ou du refus du mandat. Sa décision est dictée par les principes qui consistent : à éviter les mandats qui peuvent potentiellement compromettre la réputation (a) ; à éviter les conflits d'intérêts (b) ; et à s'assurer d'un rendement (c). La recherche d'un rendement ne dispense pas les avocats employés par la SA d'avocats de devoir accepter parfois des mandats de représentation d'office ou d'assistance judiciaire gratuite, conformément à l'article 12 lettre g LLCA¹⁰⁵³.

Par ailleurs, concernant les affaires à propos desquelles le conseil d'administration réserve son accord (lettre A ch. 2 de l'annexe), la Commission a relevé qu'il ne pouvait s'agir, en l'espèce, que de mandats qui ne touchent pas le monopole habituel de la profession (représentation en justice, devant des tribunaux pénaux, etc.)¹⁰⁵⁴.

Enfin, s'agissant des principes régissant l'exercice de la profession, la lettre B chiffre 7 de l'annexe précise que lorsque le mandat occasionne des pertes financières, les associés doivent examiner si des mesures, allant jusqu'à la révocation du mandat, doivent être prises ; le chiffre 8 de la même lettre fixant une obligation d'annoncer au conseil d'administration des pertes supérieures à CHF 20'000.-. La Commission a souligné que ces exigences étaient économiquement judicieuses et qu'elles restaient conformes au principe d'indépendance des avocats, compte tenu de la somme prévue¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵² Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. V, consid. 6.

¹⁰⁵³ *Idem*, consid. 7.2.

¹⁰⁵⁴ *Idem*, consid. 7.3.

¹⁰⁵⁵ *Idem*, consid. 7.4.

(v) *Le pouvoir de donner des directives*

Le paragraphe 11 du ROCA prévoit que le conseil d'administration n'est pas légitimé à donner des directives aux associés, ni aux collaborateurs juristes qui travaillent pour eux, et qui consisteraient à leur dicter la manière dont ils doivent exécuter le mandat. Le paragraphe 16 du règlement précise, en outre, que la personne responsable d'un mandat professionnel d'avocat ne peut être qu'un avocat inscrit dans un registre suisse.

Dans la mesure où le pouvoir de donner des directives n'est accordé qu'aux avocats inscrits, la condition d'indépendance exigée lors de l'exécution des mandats est, d'après la Commission, garantie¹⁰⁵⁶.

5. Règles professionnelles et secret professionnel

a. Règles professionnelles

D'après la Commission, le fait que les mandats naissent entre la SA d'avocats et le client n'altère en rien la relation de confiance caractérisant le lien qui unit l'avocat et son client¹⁰⁵⁷.

Elle a précisé, en outre, qu'il est possible que la procuration puisse mentionner le nom des avocats, quand bien même la relation contractuelle du mandat unit la SA d'avocats et le client. Cette possibilité permet d'éviter de devoir créer une autre relation directe pour le mandat qui naît entre le client et l'avocat engagé par la SA¹⁰⁵⁸.

La Commission a également relevé que, même si les avocats exercent leur profession comme employés d'une SA d'avocats, ils ne doivent pas seulement agir en leur nom personnel au sens de l'article 12 lettre b LLCA, mais aussi sous leur propre responsabilité. Les avocats employés par une SA doivent dès lors

¹⁰⁵⁶ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. V, consid. 7.5.

¹⁰⁵⁷ *Idem*, chap. VI, consid. 5.2. Il est frappant de noter l'évolution entre cette conception et celle relevée par HERBERT BRUNNER en 1977, voir *supra*, p. 32. Concernant l'évolution du rapport de confiance, voir aussi GURTNER, *Les études d'avocats virtuelles*, p. 338 ss.

¹⁰⁵⁸ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. VI, consid. 5.3.2 et les réf. cit.

respecter les règles professionnelles de la LLCA et le fait d'être engagé par une SA d'avocats ne restreint en rien la responsabilité disciplinaire des avocats¹⁰⁵⁹.

En revanche, la Commission a estimé que pour l'exécution du mandat « sous sa propre responsabilité », il ne faut pas partir du principe que cette disposition dicte une responsabilité personnelle et illimitée de l'avocat, puisque l'article 12 lettre f LLCA impose à l'avocat d'être au bénéfice d'une assurance responsabilité civile professionnelle, ce qui protège essentiellement l'intérêt des justiciables, mais permet aussi de soustraire la fortune personnelle de l'avocat du substrat de responsabilité, ce dernier ne répondant alors pas ou plus sur sa fortune personnelle¹⁰⁶⁰. La Commission a estimé que l'obligation de l'article 12 lettre b LLCA d'exercer la profession d'avocat sous sa propre responsabilité n'exclut pas qu'une étude soit organisée sous la forme d'une SA d'avocats.

De plus, la Commission a également souligné que lorsque la SA d'avocats conclut des mandats, elle est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO). Ainsi, en cas d'inexécution du mandat, c'est elle qui peut être condamnée à des dommages-intérêts, et non les avocats engagés¹⁰⁶¹.

D'après la Commission, cette situation impose à la SA d'avocats de conclure, comme preneuse d'assurance au sens de la LLCA, une assurance responsabilité civile professionnelle qui couvre aussi bien la SA d'avocats que les avocats engagés par cette même SA (associés et avocats collaborateurs)¹⁰⁶². La situation des personnes lésées, respectivement des clients, est également améliorée dans une SA d'avocats, car la société répond de ses organes (art. 55 al. 2 CC) et des dommages causés par les travailleurs (art. 55 CO)¹⁰⁶³.

Enfin, la Commission a constaté que l'étude zurichoise offre une garantie financière supplémentaire, dans la mesure où elle sera fondée avec un capital-actions de CHF 1'000'000¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁵⁹ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, consid. 6.1.

¹⁰⁶⁰ *Idem*, consid. 6.2 et les réf. cit.

¹⁰⁶¹ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. VI, consid. 7.2.1.

¹⁰⁶² *Idem*, consid. 7.2.2.

¹⁰⁶³ *Idem*, consid. 7.3.

¹⁰⁶⁴ *Idem*, consid. 7.4.

b. Secret professionnel

Sous la note marginale « Secret professionnel », l'article 13 alinéa 1 première phrase LLCA dispose que l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession.

La Commission a indiqué que les avocats sont soumis au secret professionnel même lorsqu'ils travaillent au sein d'une SA d'avocats ; en outre, ils sont tenus de veiller à ce que leurs auxiliaires respectent ce secret professionnel, en vertu de l'article 13 alinéa 2 LLCA.

L'organe de révision est lui aussi soumis au secret des affaires et à une obligation de discrétion d'après l'article 730 CO. S'agissant de la violation du secret professionnel et des sanctions qui l'accompagnent, l'article 321 CP met sur un pied d'égalité les avocats et les réviseurs¹⁰⁶⁵. De surcroît, le dossier complet du mandat n'est pas sans autre accessible à l'organe de révision.

Finalement, indépendamment de cette consultation limitée, un certain nombre de procédures relatives à la TVA ont montré qu'il était tout à fait possible de rendre anonymes les données d'une affaire, évitant ainsi une éventuelle violation du secret professionnel¹⁰⁶⁶.

B. Décision du 6 mai 2010

L'autorité s'est en premier lieu penchée sur la question de la détention d'une société d'avocats suisse par une société allemande (1). Nous en profiterons pour présenter l'avis de ERNST STAEBELIN qui critique la position de l'autorité dont on peut déduire – bien qu'elle n'ait pas été amenée à trancher la question – qu'une holding d'avocats ne devrait pas être admise en Suisse (2). L'autorité a examiné, enfin, la question de la détention d'une société d'avocats suisse par des avocats des États membres de l'UE/AELE qui exercent en Suisse à titre permanent au sens des art. 27 ss LLCA (3), ainsi que la détention d'une société d'avocats suisse par des avocats des États membres de l'UE/AELE qui exercent à l'étranger (4).

¹⁰⁶⁵ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, chap. VI, consid. 8.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*

1. **Détention d'une société d'avocats suisse par une société allemande**

L'autorité zurichoise de surveillance des avocats a été amenée à examiner la question de savoir si une société d'avocats allemande (sous la forme d'une « Anwalts-GmbH ») pouvait détenir à hauteur de 100 % une société d'avocats suisse. Elle a jugé qu'une telle possibilité n'était pas admissible. Elle a relevé, en particulier, ce qui suit :

« Der Anforderung an eine Ausgestaltung des Zusammenschlusses von Anwälten zu einer Kapitalgesellschaft, die die institutionelle Unabhängigkeit der für sie tätigen Anwältinnen und Anwälte gewährleistet, wird daher nicht entsprochen, wenn an der Anwalts-Kapitalgesellschaft eine weitere juristische Person beteiligt ist. Dies gilt unabhängig davon, ob diese juristische Person alleiniger, überwiegender oder bloss anteiliger Gesellschafter der Anwalts-Kapitalgesellschaft sein soll und ob es sich bei der juristischen Person um eine schweizerische oder eine ausländische Kapitalgesellschaft handelt »¹⁰⁶⁷.

D'après l'autorité, le danger d'influence extérieure ne peut être exclu de façon fiable pour une société de capitaux d'avocats que lorsque les relations sociales sont organisées de manière transparente et que l'on sait clairement qui se trouve derrière la société¹⁰⁶⁸. Une telle organisation transparente de la société de capitaux n'existe pas lorsqu'un associé est lui-même une personne morale¹⁰⁶⁹.

Par conséquent, la décision zurichoise doit être comprise dans le sens que toute participation d'une personne morale dans une société d'avocats est interdite et qu'il devrait dès lors en aller de même – bien que la décision n'ait pas tranché la question – dans le cas d'une holding d'avocats dont l'organisation serait exclusivement suisse¹⁰⁷⁰.

2. **Excursus : admissibilité d'une holding d'avocats en Suisse**

ERNST STAEHELIN est d'avis que l'argument de la décision zurichoise, qui rejette l'admissibilité d'une holding d'avocats pour des raisons de transparence en lien avec la question de l'indépendance, ne résiste pas à l'examen¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁷ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 6 mai 2010, KF100057/U, chap. VII, ch. 35.

¹⁰⁶⁸ *Idem*, ch. 36.

¹⁰⁶⁹ *Idem*, ch. 37.

¹⁰⁷⁰ Dans ce sens également, STAEHELIN, *Anwalts-Holding*, p. 478; SENNHAUSER, N 440.

¹⁰⁷¹ STAEHELIN, *Anwalts-Holding*, p. 478.

Dans le cas d'une société d'avocats, la preuve de l'indépendance institutionnelle est apportée en démontrant que (en fonction des cantons) tous ou la majorité des actionnaires sont des avocats inscrits au registre¹⁰⁷². D'après ERNST STAEHELIN, si la structure est prévue de telle sorte que l'actionnaire de la société d'avocats (opérationnelle) est une autre société qui remplit les conditions de l'autorité de surveillance pour les sociétés d'avocats, il n'y a aucune perte qualitative au niveau de la transparence, même si l'investissement par l'autorité de surveillance pour l'examen est plus important. Évidemment, la société d'avocats opérationnelle doit également remplir les conditions qui garantissent qu'aucune influence étrangère n'existe à son niveau, précise ERNST STAEHELIN (composition du conseil d'administration, de l'assemblée générale, présidence au conseil d'administration, présidence à l'assemblée générale, etc.).

Si la condition de l'indépendance institutionnelle peut être satisfaite par différents moyens pour une société de capitaux d'avocats, il devrait en aller de même pour une holding.

ERNST STAEHELIN estime ainsi que la formation d'une holding d'avocats doit être admise, à la condition que les exigences actuelles des autorités de surveillance concernant l'admissibilité de l'activité de l'avocat soient consolidées et remplies au sein d'une société d'avocats¹⁰⁷³. Cela exclut d'emblée (à juste titre), d'après ERNST STAEHELIN, qu'une société d'avocats étrangère puisse participer à une société d'avocats suisse¹⁰⁷⁴.

Dans le prolongement de ce qui précède, relevons qu'une holding d'avocats a récemment été admise par le Tribunal administratif du canton de Zurich, qui a estimé que la participation d'une personne morale dans une société d'avocats n'était pas interdite¹⁰⁷⁵.

3. Détention d'une société d'avocats suisse par des avocats des États membres de l'UE/AELE qui exercent en Suisse à titre permanent au sens des art. 27 ss LLCA

Après avoir procédé à une interprétation de l'article 8 alinéa 1 lettre d 2^{ème} phrase, l'autorité zurichoise est arrivée à la conclusion que cette disposition devait être lue dans le sens que des avocats ne peuvent être employés que par des

¹⁰⁷² STAEHELIN, *Anwalts-Holding*, p. 478.

¹⁰⁷³ *Ibid.*

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

¹⁰⁷⁵ Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 10 septembre 2015, VB.2015.00007.

personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal ou *dans un tableau public des avocats des États membres de l'UE ou de l'AELE au sens de l'article 28 LLCA*¹⁰⁷⁶.

Ainsi, l'exigence de l'indépendance institutionnelle ne s'oppose pas à ce qu'une société de capitaux d'avocats soit contrôlée par des avocats des États membres de l'UE ou de l'AELE lorsque ces avocats pratiquent la représentation en justice en Suisse à titre permanent et sont inscrits dans un tableau public au sens de l'article 28 LLCA¹⁰⁷⁷.

4. Détention d'une société d'avocats suisse par des avocats des États membres de l'UE/AELE qui exercent à l'étranger

L'autorité zurichoise a estimé, à juste titre, que l'exigence de l'indépendance institutionnelle n'était pas remplie lorsque la société de capitaux d'avocats suisse était contrôlée par des avocats des États membres de l'UE ou de l'AELE qui exercent la profession d'avocat à l'étranger et qui sont, certes, inscrits dans un registre étranger, mais pas dans un registre suisse au sens des articles 6 et 28 LLCA¹⁰⁷⁸.

En résumé, le contrôle en Suisse de sociétés d'avocats dirigées par de grosses études à l'étranger est exclu¹⁰⁷⁹.

III. Genève

A. Arrêt du Tribunal administratif du 11 mars 2008

Nous débuterons par un résumé de l'affaire (1). Nous présenterons ensuite la position du Tribunal qui a annulé la disposition prohibant l'organisation d'une étude d'avocats sous la forme d'une société de capitaux (2) et a renvoyé, pour le surplus, aux considérants de la décision zurichoise du 5 octobre 2006 (3), avant de se pencher sur la question d'un actionnaire de la société d'avocats suisse exerçant à Londres (4). À la suite de cet arrêt, la Commission du barreau du canton de Genève a adopté en 2011 un document intitulé vadémécum, avant

¹⁰⁷⁶ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 6 mai 2010, KF100057/U, chap. VIII, ch. 56.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*

¹⁰⁷⁸ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 6 mai 2010, KF100057/U, chap. IX, ch. 57.

¹⁰⁷⁹ Dans ce sens également, VON RECHENBERG, *Sociétés d'avocats – où va-t-on ?*, p. 427.

de revoir à nouveau sa pratique (5). Nous terminerons par quelques remarques (6).

1. Résumé de l'affaire

La Commission du barreau du canton de Genève a été saisie d'une requête émanant des associés genevois du cabinet ayant fait l'objet de la décision zurichoise du 5 octobre 2006¹⁰⁸⁰. Dans leur requête, les associés ont conclu à ce que la Commission constate que les avocats actifs au sein du bureau genevois de l'étude puissent continuer à être inscrits au registre des avocats du canton de Genève, même si l'étude prenait la forme d'une SA. Par décision du 4 juin 2007, la Commission a appliqué l'article 10 alinéa 2 de la loi genevoise du 26 avril 2002 sur la profession d'avocat (LPAv), en vigueur au moment où la décision a été rendue, d'après lequel l'association d'avocats ne peut revêtir la forme d'une société de capitaux.

Les avocats ont déposé, le 18 juillet 2007, un recours contre la décision précitée, dans lequel ils ont conclu à son annulation et à ce qu'il soit constaté qu'ils pourront continuer à être inscrits au registre des avocats du canton de Genève, quand bien même le bureau de Genève de l'étude fonctionnerait sous la forme d'une SA.

2. Le principe de la force dérogatoire du droit fédéral

Le Tribunal administratif du canton de Genève, par arrêt du 11 mars 2008, a annulé la décision du 4 juin 2007. Il a considéré, en substance, que le législateur fédéral avait épuisé sa compétence en édictant les articles 8 et 12 LLCA, les cantons ne pouvant dès lors plus imposer de règles supplémentaires quant à l'indépendance des avocats¹⁰⁸¹.

L'autorité genevoise a, en particulier, relevé ce qui suit :

« En considérant que la prohibition de toute organisation d'une étude d'avocat sous la forme d'une société de capitaux était seule propre à garantir l'indépendance de l'avocat, le législateur cantonal a contrevenu à l'un des objectifs essentiels du droit fédéral, qu'il s'agisse de la LMI ou de la LLCA, à savoir l'accès au marché pertinent dans les mêmes conditions pour tous les agents économique concernés. Si la règle cantonale de l'article 10 alinéa 2 LPAv était considérée comme conforme au principe de la force dérogatoire du droit fédéral, elle aurait pour conséquence que tous les avocats inscrits à un registre cantonal d'un canton autorisant l'organisation d'une étude sous la forme d'une société

¹⁰⁸⁰ Voir *supra*, p. 269 ss.

¹⁰⁸¹ Tribunal administratif, Genève, 11 mars 2008, ATA/111/2008, consid. 4. c.

de capitaux pourraient venir plaider dans le canton de Genève alors que les avocats inscrits au registre cantonal genevois auraient pour choix soit de renoncer à toute organisation sous la forme d'une société de capitaux, soit de rejoindre une étude organisée sous cette forme, mais domiciliée dans un autre canton. Une telle conséquence n'a pas été voulue par le législateur fédéral »¹⁰⁸².

3. Renvoi à la décision zurichoise du 5 octobre 2006

L'autorité a estimé que les recourants devaient être considérés comme pouvant demeurer inscrits au registre cantonal des avocats du canton de Genève pour autant que la forme d'organisation de la société de capitaux, à laquelle ils appartiendraient le cas échéant, respecte l'ensemble du contenu de la décision prise le 5 octobre 2006 par la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich¹⁰⁸³.

4. Actionnaire de la société d'avocats suisse exerçant à Londres

La particularité de l'affaire genevoise par rapport à celle de Zurich concernait un avocat de l'étude, titulaire d'un brevet d'avocat suisse, établi de manière permanente à Londres, où il donnait des conseils de droit suisse.

L'autorité genevoise a considéré, en application de l'article 6 alinéa 1 de la directive 98/5/CE du 16 février 1998, que cet avocat ne pouvait être admis comme actionnaire de la SA d'avocats que s'il se soumettait aux mêmes règles professionnelles et déontologiques que les avocats exerçant dans l'État d'accueil et ce pour l'ensemble des activités qu'il exerçait sur le territoire de celui-ci¹⁰⁸⁴.

5. La pratique de la Commission du barreau

Il convient de noter que si l'autorité genevoise a fait siens les considérants de la décision zurichoise, cela ne signifie pas pour autant que l'association multidisciplinaire soit admise dans le canton de Genève. L'article 10 alinéa 1 LPAv dispose, en effet, que l'avocat inscrit au registre ne peut s'associer ou avoir des locaux communs qu'avec des personnes exerçant la même activité professionnelle.

¹⁰⁸² Tribunal administratif, Genève, 11 mars 2008, ATA/111/2008, consid. 4. c.

¹⁰⁸³ *Idem*, consid. 6.

¹⁰⁸⁴ *Idem*, consid. 5.

Dans le prolongement de cet arrêt, la Commission du barreau, lors de sa séance plénière du 4 mars 2011, avait retenu ce qui suit :

« [...] [À] côté de la majorité des actionnaires de la SA ou des associés de la Sàrl nécessairement composée d'avocats inscrits à un registre cantonal, **seuls** peuvent en outre prendre part au capital social :

- les avocats exerçant à l'étranger soumis à une autorité disciplinaire équivalente dans un pays visé par les accords bilatéraux unissant la Suisse à l'UE, conformément à la condition énoncée supra sous let. f (cf. ATA/111/2008, consid. 5d, p. 9 et 6 p. 10) ;
- les avocats étrangers ressortissant d'un État non membre de l'UE ou de l'AELE établis à Genève afin d'exercer une activité juridique, par définition non soumise à la LLCA et à la LPAv, étant précisé que ces avocats doivent impérativement être inscrits à un registre d'avocats et être soumis aux mêmes règles professionnelles et déontologiques similaires à celles qui régissent les activités des avocats en Suisse »¹⁰⁸⁵.

La Commission du barreau a ultérieurement été amenée à revoir sa pratique et n'admet désormais plus que des actionnaires ou associés inscrits à un registre cantonal des avocats¹⁰⁸⁶.

6. Commentaires

a. Le maintien de la prohibition de l'association multidisciplinaire

Si l'interdiction des sociétés de capitaux d'avocats par la LPAv a été jugée par l'autorité judiciaire contraire à la LMI et à la LLCA, car elle introduirait des distorsions sur un marché que l'Assemblée fédérale a précisément voulu unifier, il est permis de se demander si cette réflexion ne devrait pas aussi s'appliquer à la prohibition de l'association multidisciplinaire (voir p. ex. art. 10 al. 1 LPAv) qui crée également des distorsions entre les cantons¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁵ Commission du barreau, L'agrément de la Commission du barreau pour l'exercice de la profession d'avocat sous la forme d'une société de capitaux (art. 10 al. 2 LPAv), *Vade-mecum*, le 4 avril 2011, p. 3.

¹⁰⁸⁶ Courriel du 23 février 2016 de Mme EMMANUELLE BOILLAT, juriste de la Commission du barreau.

¹⁰⁸⁷ Pour la question des relations entre la LMI et la LLCA, voir l'ATF 134 II 329, présenté *supra*, p. 256 ss.

b. La question du niveau de la réglementation dans un marché de libre circulation

Concernant le niveau de la réglementation, bien que celui-ci ne devrait pas fondamentalement différer d'un canton à l'autre pour les motifs évoqués plus haut, cet arrêt est intéressant car il permet de se demander si la pratique libérale connue dans un canton n'aurait pas tendance à s'imposer dans les autres cantons dont la pratique serait plus restrictive, sous l'impulsion de la libre circulation des avocats au niveau national.

Dans ce cadre, il est évident qu'un canton X a tout intérêt à disposer des mêmes possibilités d'organisation pour les sociétés d'avocats présentes sur son territoire qu'un canton Y, à moins bien entendu que ce dernier estime qu'une telle possibilité soit susceptible de mettre en danger le public. Inversement, il est intéressant d'observer que dans un pays qui ne connaît pas la libre circulation des avocats, comme les États-Unis, la pratique libérale d'un État, comme celle du District de Columbia par exemple, n'a pratiquement aucune influence sur la pratique des autres États¹⁰⁸⁸. Dans l'Union européenne, comme nous l'avons vu, les différences concernant le niveau de réglementation sont susceptibles de remettre en question la liberté d'établissement¹⁰⁸⁹.

B. Arrêt du Tribunal administratif du 29 avril 2008

Après un bref résumé de l'affaire (1), nous verrons que le Tribunal a tranché la question de la constitution d'une société de droit étranger sous l'angle de l'intérêt public au caractère effectif de la surveillance (2). Nous concluons par quelques remarques (3).

1. Résumé de l'affaire

La question que le Tribunal a été amené à trancher consistait à déterminer si des avocats inscrits dans un registre suisse et pratiquant le barreau à Genève, à l'exception d'un associé, pouvaient continuer d'être inscrits au registre en pratiquant au sein d'une LLP sise à Genève, succursale d'un bureau à Londres.

¹⁰⁸⁸ Voir *supra*, p. 162 ss.

¹⁰⁸⁹ Voir *supra*, p. 72 ss.

Il était prévu, en outre, que les seuls propriétaires de la LLP seraient des avocats et que la majorité des avocats exerçant effectivement le contrôle sur ses structures seraient des avocats inscrits dans un registre des avocats suisses.

2. L'intérêt public au caractère effectif de la surveillance

Le Tribunal a indiqué qu'il convenait « [...] de déterminer quelles seraient les conséquences de la constitution, selon les règles de droit étranger, d'une société d'avocats sur le pouvoir de surveillance que doit exercer à son égard la commission du barreau alors même que celle-là mène son activité principale en Suisse »¹⁰⁹⁰. La question a été tranchée sous l'angle de l'intérêt public au caractère effectif de la surveillance, en ces termes :

« En l'espèce, le choix d'une forme de société inconnue du droit suisse ne correspond à aucune nécessité dès lors que les associés exercent en Suisse, à l'exception d'un seul. Comme le recourant entend continuer à exercer sa profession sous une forme garantie par un monopole, il n'est pas contraire au principe de la liberté économique de prendre en compte l'intérêt public au caractère effectif de la surveillance à assurer par l'autorité publique et celui consistant à offrir aux justiciables ses services sous une forme commerciale reconnue en droit suisse. Or la surveillance sera rendue plus aisée par le recours à une forme juridique connue en droit suisse, ce qui correspond également à l'intérêt du public. De surcroît, l'organisation sous la forme d'une personne morale de droit suisse facilite les rapports avec les cocontractants sur le marché suisse, l'intérêt public à une surveillance effective l'emporte sur l'intérêt privé du recourant à choisir la forme de la LLP pour poursuivre son activité d'avocat inscrit du registre cantonal »¹⁰⁹¹.

3. Commentaires

La LLP n'a pas été rejetée pour la pratique du barreau en Suisse parce qu'elle n'aurait pas été contrôlée par des avocats inscrits dans un registre suisse, mais pour faire primer l'intérêt public au caractère effectif de la surveillance incombant à l'autorité cantonale sur l'intérêt privé des avocats à s'organiser sous la forme d'une société inconnue du droit suisse et, partant, moins aisée à surveiller.

À notre avis, l'arrêt en question ne peut être interprété que dans le sens selon lequel il rejette la possibilité pour des cabinets d'avocats actifs à Genève d'adopter la forme juridique d'une société étrangère. Comme l'a relevé SENNHAUSER¹⁰⁹², si des doutes pouvaient encore subsister à ce stade, l'arrêt du

¹⁰⁹⁰ Tribunal administratif, Genève, 29 avril 2008, ATA/201/2008, consid. 7.

¹⁰⁹¹ *Idem*, consid. 8 bd.

¹⁰⁹² SENNHAUSER, N 280 et 281.

Tribunal administratif du 12 janvier 2010 aura définitivement entériné la question puisque ce dernier se réfère à l'arrêt du 29 avril 2008 en ces termes :

« Dans le deuxième arrêt, le Tribunal administratif a précisé que, pour que la surveillance de la société de capitaux soit effective, celle-ci devait adopter la forme d'une personne morale de droit suisse »¹⁰⁹³.

Enfin, cet arrêt est intéressant car il se réfère pour la première fois à la nécessité d'opérer une surveillance de la société elle-même, alors que le sujet de la réglementation dans la LLCA est pourtant uniquement centré sur l'avocat individuellement¹⁰⁹⁴.

C. Arrêt du Tribunal administratif du 12 janvier 2010

Après un résumé de l'affaire (1), nous examinerons les questions qui ont été tranchées par le Tribunal concernant la possibilité pour une société anonyme d'avoir un seul avocat comme actionnaire et administrateur (2), les risques liés au vécu antérieur d'une société (3) et l'utilisation des termes « et Cie » (4).

1. Résumé de l'affaire

La Commission genevoise du barreau a rejeté, par décision du 12 janvier 2009, la requête d'un avocat qui souhaitait poursuivre son activité sous la forme d'une SA.

Elle a motivé sa décision par le fait que si l'existence d'un projet commun pouvait justifier la forme juridique d'une SA dans laquelle plusieurs avocats seraient associés, une telle justification serait plus difficile à trouver s'agissant d'un avocat pratiquant seul le barreau. Dans ce contexte, l'utilisation d'un tel véhicule juridique aurait plutôt été motivée par une volonté de limiter la responsabilité personnelle de l'avocat, voire par des considérations financières ou fiscales, lesquelles, d'après la Commission, apparaissaient secondaires par rapport à la protection du public.

Par ailleurs, la commission estimait que la mention « et Cie » dans la raison sociale apparaissait trompeuse.

¹⁰⁹³ Tribunal administratif, Genève, 29 avril 2008, ATA/201/2008, consid. 2.

¹⁰⁹⁴ Pour une discussion générale à ce sujet, voir *supra*, p. 57 ss. Au chapitre 19 de notre travail, nous proposons une réglementation/surveillance de la société d'avocats, voir *infra*, p. 382 ss.

Enfin, quand bien même les statuts de la société avaient été adaptés conformément aux exigences posées par l'arrêt du Tribunal administratif du 11 mars 2008, la commission avait jugé problématique le vécu commercial antérieur de la société, dans la mesure où cette dernière résultait de la fusion de diverses entités, ce qui aurait pu faire craindre « un retour de manivelles ».

2. Société anonyme avec un actionnaire et un administrateur unique

Le Tribunal administratif du canton de Genève a rappelé la teneur de ses deux arrêts précédents et constaté que les statuts adoptés par la SA respectaient ces exigences.

Il a ainsi relevé qu'« [i]l est à cet égard évident que lorsqu'une société de capitaux a, pour actionnaire et administrateur unique, un avocat inscrit au registre, la qualité de l'indépendance n'apparaît 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, ne serait pas inscrite dans ce registre »¹⁰⁹⁵.

De plus, la motivation qui pousse un avocat inscrit au registre à choisir une telle forme juridique pour exercer sa profession n'aurait aucune pertinence, tant l'appréciation à faire apparaît subjective¹⁰⁹⁶.

3. Société anonyme avec un vécu commercial antérieur

S'agissant du véhicule utilisé qui résulte de la fusion de deux sociétés commerciales préexistantes, l'avocat avait entre-temps fait parvenir au Tribunal administratif une attestation de l'organe de contrôle de la SA selon laquelle les provisions pour charges et risques étaient couvertes par des avoirs liquides en banque, la société n'avait pas de crédit hypothécaire, les dettes en rapport avec la détention d'un immeuble avaient été remboursées plusieurs années auparavant, et l'actif net de la société représentait plus de CHF 200'000.-.

Le Tribunal administratif avait ainsi estimé que les risques hypothétiques liés à l'histoire des sociétés fusionnées étaient trop flous et indéterminés pour justifier la décision de la Commission du barreau¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁵ Tribunal administratif, Genève, 12 janvier 2010, ATA/14/2010, consid. 3. a.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*

¹⁰⁹⁷ Tribunal administratif, Genève, 12 janvier 2010, ATA/14/2010, consid. 3. b.

4. Utilisation des termes « et Cie »

La mention « et Cie » dans la raison sociale de la société de l'avocat n'a pas été jugée admissible par le Tribunal administratif. Celui-ci a, en particulier, relevé ce qui suit :

« [L]e Tribunal administratif admettra que l'emploi du terme « et Cie » inséré dans le nom d'une Étude d'avocat oeuvrant sous la forme d'une société anonyme, mais ayant un actionnaire unique et un avocat unique à son service, apparaît apte à induire en erreur. Or, il est notoire que, pour les clients d'un avocat, le fait de savoir si ce dernier oeuvre seul ou non peut avoir de l'importance, ne serait-ce que, par exemple, pour assurer le respect des délais ou le suivi d'un dossier pendant les éventuelles absences de l'avocat concerné »¹⁰⁹⁸.

Dès lors que l'avocat avait indiqué qu'il accepterait de modifier la raison sociale de sa société, afin que l'utilisation des termes « et Cie » n'y figurent pas, cela n'a pas fait obstacle à l'admission de son recours¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁸ Tribunal administratif, Genève, 12 janvier 2010, ATA/14/2010, consid. 3. c.

¹⁰⁹⁹ *Idem*, consid. 4.

Chapitre 15 : La jurisprudence du Tribunal fédéral

Après avoir pris le pouls des décisions cantonales les plus importantes, il est temps d'examiner la jurisprudence récente du Tribunal fédéral concernant les sociétés d'avocats. Le premier arrêt étudié – qui est un arrêt de principe – concerne l'admissibilité d'une société anonyme d'avocats entièrement contrôlée et gérée par des avocats inscrits (I). Le deuxième arrêt qui sera présenté s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt précédent et concerne la demande d'inscription au registre genevois d'une avocate titulaire d'un brevet d'avocat suisse en tant qu'employée d'une société américaine ayant ouvert un bureau à Genève (II). Le dernier arrêt qui sera examiné concerne l'examen de l'inscription d'un avocat exerçant une activité d'avocat indépendant en parallèle de son activité d'associé gérant unique d'une Sàrl (III).

I. Admissibilité d'une société anonyme d'avocats entièrement contrôlée et gérée par des avocats inscrits (ATF 138 II 440)

Nous allons brièvement présenter l'affaire (A). Nous suivrons, étape par étape, le raisonnement du Tribunal fédéral qui a tout d'abord rappelé que la loi garantissait l'indépendance à deux niveaux différents (B). Notre Haute Cour a ensuite examiné l'indépendance d'avocats employés par des personnes non inscrites au registre (C) et l'indépendance d'avocats employés par une étude d'avocats (D). Le Tribunal fédéral est finalement arrivé à la conclusion que l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA devait être interprété de manière téléologique et non pas de manière littérale (E). Nous concluons par quelques commentaires (F).

A. Résumé de l'affaire

Le Tribunal cantonal de Saint-Gall a rejeté, le 18 janvier 2011, le recours des associés d'une étude d'avocats saint-galloise, confirmant la décision du 28 juillet 2010 de la Chambre des avocats du canton de Saint-Gall, d'après laquelle les associés d'une étude seraient radiés du registre des avocats après la réorganisation de leur cabinet en une SA.

Les associés de l'étude ont interjeté un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral concluant, d'une part, à l'annulation de la décision cantonale et, d'autre part, à ce qu'il soit constaté qu'ils sont autorisés à rester inscrits au registre, après la réorganisation de leur étude en SA, en qualité d'employés de cette société. Subsidiairement, ils ont conclu au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouveau jugement.

Le Tribunal fédéral a rendu son jugement le 7 septembre 2012¹¹⁰⁰. Il s'agit d'un arrêt important concernant la possibilité pour les avocats de s'organiser sous la forme d'une SA. Plus particulièrement, le Tribunal fédéral devait trancher la question de savoir si la SA est une forme d'organisation admise par le droit fédéral pour les études qui exercent leur activité dans le cadre du monopole des avocats. Notre Haute Cour devait examiner la question sous l'angle de l'obligation d'indépendance, régie par l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA, qui prévoit que, pour être inscrit au registre, l'avocat doit « être en mesure de pratiquer en toute indépendance ; il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal ».

B. La loi garantit l'indépendance à deux niveaux différents

Le Tribunal fédéral a, tout d'abord, rappelé qu'en raison de son importance, l'indépendance est garantie dans la loi à deux niveaux différents, et qu'il convient de garder à l'esprit les objectifs respectifs. L'indépendance institutionnelle, qui est ancrée à l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA, vise à exclure de la profession tout avocat dont l'indépendance fait d'emblée défaut pour des raisons d'organisation. Une fois inscrit au registre, l'avocat reste tenu d'éviter les conflits d'intérêts et de respecter le principe d'indépendance à chaque fois qu'il accepte et exécute un mandat, conformément à l'article 12 lettre b et c LLCA.

Notre Haute Cour est d'avis que ce qui précède doit influencer la sévérité avec laquelle on doit juger le degré d'indépendance institutionnelle exigé d'un avocat¹¹⁰¹. À cet égard, elle a rappelé sa jurisprudence, d'après laquelle, si l'indépendance matérielle ne peut être réalisée qu'à partir d'un certain degré d'indépendance institutionnelle, les exigences ne doivent toutefois pas être strictes au point d'exclure de manière absolue toute atteinte éventuelle au principe d'indépendance¹¹⁰². En d'autres termes, l'inscription ne peut être refusée qu'à celui

¹¹⁰⁰ ATF 138 II 440.

¹¹⁰¹ ATF 138 II 440, consid. 3.

¹¹⁰² ATF 130 II 87, consid. 5.2, p. 103 s.

qui, compte tenu de son statut particulier et sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à des clarifications approfondies, montre qu'il n'a, selon toute vraisemblance, pas l'indépendance requise¹¹⁰³.

C. L'indépendance d'avocats employés par des personnes non inscrites au registre

Le Tribunal fédéral a relevé qu'il ne s'était prononcé, jusqu'à présent, que sur la question de savoir dans quelle mesure les avocats employés par des personnes non inscrites au registre des avocats pouvaient être considérées comme indépendants¹¹⁰⁴. Il souligne que c'est à cette occasion qu'il avait reconnu que l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA était rédigé de manière trop large et ne reflétait pas son véritable sens. En effet, d'après notre Haute Cour, une interprétation purement littérale de cette disposition aurait pour conséquence, par exemple, que le fait d'avoir un autre emploi même à temps partiel suffirait à exclure l'exercice d'une activité d'avocat indépendant¹¹⁰⁵.

En particulier, comme l'a relevé le Tribunal fédéral, une telle interprétation serait incompatible avec la liberté économique (art. 27 Cst.), qui garantit explicitement le libre accès à une activité économique lucrative privée ; l'activité d'avocat dans le cadre du monopole constituant l'une de ces activités¹¹⁰⁶. À cet égard, le Tribunal fédéral a rappelé que bien que l'article 190 de la Constitution ne l'autorise pas à revoir la constitutionnalité des lois fédérales et, partant, celle de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA, il doit néanmoins tenir compte, dans son interprétation, de la signification constitutionnelle de la norme qu'il examine¹¹⁰⁷.

Pour cette raison, la jurisprudence retient qu'il faut se garder de poser des exigences exagérées en matière d'indépendance institutionnelle et que l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA doit ainsi être interprété, en ce sens qu'il n'est possible d'interdire aux avocats brevetés de pratiquer la représentation de partie en justice que dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif visé par cette disposition¹¹⁰⁸. Comme l'a précisé le Tribunal fédéral, cette interprétation de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA l'a conduit à admettre l'inscription d'un avocat

¹¹⁰³ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.126/2003 du 13 avril 2004, consid. 4.3.

¹¹⁰⁴ ATF 138 II 440, consid. 6.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*

¹¹⁰⁶ ATF 130 II 87, consid. 3, p. 92.

¹¹⁰⁷ ATF 138 II 440, consid. 4.

¹¹⁰⁸ ATF 130 II 87, consid. 3, p. 92 s.

employé à plein temps dans le secteur industriel, mais qui, durant son temps libre et avec l'autorisation expresse de son employeur, traitait des mandats privés¹¹⁰⁹ ; ou alors, celle d'un avocat employé à plein temps par une assurance, mais qui s'était contractuellement engagé à exclure toute confusion possible entre son activité d'avocat indépendant et celle qu'il exerçait pour le compte de l'assurance¹¹¹⁰.

D. L'indépendance d'avocats employés par une étude d'avocats

Le Tribunal fédéral a souligné que la jurisprudence exposée ci-dessus avait toujours concerné l'engagement d'avocats par des employeurs qui n'étaient pas inscrits au registre des avocats et qu'il n'avait, jusqu'à présent, jamais eu à se prononcer sur l'indépendance d'avocats employés au sein d'une étude d'avocats¹¹¹¹. Il a toutefois estimé que les considérations qui précèdent permettent de penser que de tels emplois ne sont pas problématiques, dès lors que l'employeur fournit lui-même les garanties nécessaires¹¹¹². D'après le Tribunal fédéral, l'avocat employeur n'est pas en droit d'exercer une quelconque influence sur son collaborateur au profit d'un autre client, dans la mesure où, contrairement au cas d'une fiduciaire, l'avocat inscrit au registre est soumis, comme employeur, à des règles déontologiques et, en conséquence, à l'autorité disciplinaire.

E. Interprétation téléologique plutôt que littérale

Le Tribunal fédéral a reconnu que le texte de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA n'était pas parfaitement clair¹¹¹³. En effet, le fait que l'avocat soit employé par une personne non inscrite n'exclut pas obligatoirement son admission au registre des avocats¹¹¹⁴. En réalité, la disposition ne fait que poser une présomption réfragable selon laquelle un avocat collaborateur employé par un non-avocat ne dispose pas de l'indépendance nécessaire¹¹¹⁵.

Les juges ont dès lors estimé que l'interprétation littérale du texte qui prévoit que les avocats ne peuvent être employés que « par des personnes elles-mêmes

¹¹⁰⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.111/2003 du 29 janvier 2004.

¹¹¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.124/2005 du 25 octobre 2005, consid. 2.

¹¹¹¹ ATF 138 II 40, consid. 7.

¹¹¹² ATF 130 II 87, consid. 4.3.4, p. 99.

¹¹¹³ ATF 138 II 40, consid. 14.

¹¹¹⁴ ATF 138 II 40, consid. 6.

¹¹¹⁵ ATF 130 II 87, consid. 5.1.1, p. 100.

inscrites dans un registre cantonal » ne jouait pas un rôle décisif, contrairement à l'avis de l'autorité inférieure, qui en déduisait que dans la mesure où une société de capitaux ne peut pas s'inscrire elle-même au registre, les avocats employés par celle-ci ne le peuvent en conséquence pas non plus¹¹¹⁶.

Le Tribunal fédéral a dès lors considéré qu'il convenait plutôt d'orienter l'interprétation de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA d'après le sens et le but de la norme, tout en tenant compte de sa portée constitutionnelle¹¹¹⁷. En particulier, il a relevé que si la norme entend exclure les influences qui découlent d'une relation de travail pour assurer l'indépendance de l'activité de l'avocat, le législateur n'a cependant pas considéré une telle relation comme fondamentalement incompatible avec le principe d'indépendance¹¹¹⁸.

Il en est pour preuve l'article 8 alinéa 2 LLCA, qui autorise les emplois auprès d'une organisation reconnue d'utilité publique, mais également l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA, qui prévoit qu'un avocat peut être employé par des personnes elles-mêmes inscrites au registre¹¹¹⁹. Or comme l'a souligné notre Haute Cour, la situation d'un avocat employé par un avocat inscrit au registre n'est pas différente lorsqu'il s'agit, non pas d'avocats inscrits au registre, mais d'une étude d'avocats organisée sous la forme d'une société entièrement contrôlée par des avocats inscrits¹¹²⁰.

Ainsi, d'après le Tribunal fédéral, l'argument formel qui consiste à dire qu'une personne morale n'est pas elle-même inscrite au registre apparaît dénué de toute pertinence en ce qui concerne le respect de l'indépendance. À cette occasion, le Tribunal fédéral n'a pas manqué de préciser – ce qui est particulièrement important – que l'indépendance de l'avocat ne dépend pas de la forme juridique de l'étude, mais de la manière dont celle-ci est concrètement organisée¹¹²¹.

¹¹¹⁶ Il est intéressant de noter une certaine analogie avec l'affaire *Co-operative Law Co*, dans laquelle un Juge new-yorkais s'opposait à ce que des avocats soient employés par une société d'avocats, au motif que la société elle-même ne pouvait pas remplir les conditions qu'un avocat doit remplir pour pratiquer le droit. Voir *supra*, p. 155 ss.

¹¹¹⁷ ATF 138 II 40, consid. 17.

¹¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ *Ibid.*

¹¹²¹ *Ibid.*

F. Commentaires

1. La portée de l'arrêt

Si la portée de cet arrêt – malgré sa longueur – doit probablement être relativisée d'un point de vue juridique (nous y reviendrons ci-dessous), il en va différemment, d'après nous, en ce qui concerne sa signification sous l'angle de la réglementation de l'exercice en groupe de la profession d'avocat. Un palier « psychologique » important semble, en effet, avoir été franchi avec cet arrêt s'agissant de la réglementation des sociétés d'avocats.

Comme nous l'avons vu dans la première partie de notre travail¹¹²², l'exercice du métier d'avocat a traditionnellement été vu comme celui d'une pratique individuelle et, en Suisse, la forme juridique classique du cabinet d'avocats est la société simple (art. 552 ss CO), même si, en réalité, la forme juridique de la société en nom collectif semble s'imposer à la plupart des cabinets d'avocats¹¹²³, malgré l'absence d'inscription au Registre du commerce (art. 553 CO *a contrario*).

L'arrêt du Tribunal fédéral signifie ainsi que l'avocat a le droit de choisir le véhicule juridique de son choix parmi ceux qui sont prévus par le *numerus clausus* du droit des sociétés suisse et qu'il est dès lors, plus que jamais, un acteur économique comme un autre¹¹²⁴.

2. L'indépendance institutionnelle

a. La pertinence de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA

Cet arrêt permet de tirer plusieurs enseignements. D'une part, comme l'a constaté le Tribunal fédéral, l'article 8 alinéa 1 lettre d *in fine* LLCA n'est pas parfaitement clair. D'autre part, en plus de ne pas être parfaitement clair, on s'aperçoit – ce qui est plus problématique – que la disposition ne met pas véritablement le doigt sur les influences qui pourraient mettre à mal l'indépendance structurelle de l'avocat. Le présent arrêt en est la preuve ! Il est tout de même assez paradoxal – osons l'admettre – que la plus haute instance de notre pays soit amenée, à l'occasion d'un arrêt long de 24 considérants, à s'interroger sur

¹¹²² Voir *supra*, p. 33 ss.

¹¹²³ ATF 124 III 363, JdT 1999 I 402, consid. 2. Voir aussi l'arrêt du *Obergericht* de Zurich du 15 mai 2001 dans la cause n° LB000 068/U concernant une étude de petite dimension.

¹¹²⁴ Voir aussi à ce sujet, *supra*, p. 33 ss.

l'indépendance structurelle d'une étude d'avocats organisée en SA qui est – et ce, à tous les échelons – uniquement contrôlée et dirigée par des avocats inscrits au registre et, partant, soumis à la LLCA. S'il est vrai que dès la fin du 19^e siècle aux États-Unis, certaines juridictions conféraient à l'exercice du métier d'avocat en société des vertus quasi diaboliques¹¹²⁵, on peine à voir, dans une telle configuration, d'où pourraient bien provenir les influences qui mettraient à mal l'indépendance de l'avocat.

Comme le législateur a estimé que les influences qui mettraient en danger l'indépendance structurelle de l'avocat proviendraient exclusivement d'une relation de travail avec un non-avocat (en l'espèce, la relation de travail qui induit une relation de subordination), on en vient inévitablement à s'interroger, comme l'a fait l'autorité inférieure, sur la question de savoir si une société anonyme, détenue exclusivement par des avocats inscrits dans un registre, est « une personne inscrite dans un registre ». Ce qui précède est, certes, compréhensible d'après la lettre de la disposition, mais peu concluant lorsqu'il s'agit d'examiner l'indépendance structurelle d'une entité exclusivement détenue par des avocats. S'agissant des sociétés de capitaux d'avocats, la situation semble d'ailleurs rédhitoire, puisque les avocats seront, dans la plupart des cas, liés par un contrat de travail à la société.

Par ailleurs, il n'est pas non plus certain que l'interprétation téléologique de la disposition puisse lui rendre ses lettres de noblesse, à tout le moins s'agissant des sociétés de capitaux d'avocats. Tout au mieux, elle permet d'arriver à la conclusion que l'intention du législateur n'était pas d'interdire les sociétés de capitaux d'avocats. Si elles ne sont pas interdites, est-ce que les avocats employés par ces sociétés devront systématiquement démontrer à l'autorité de surveillance leur indépendance ? Tel ne semble pas être le cas, puisque le Tribunal fédéral a relevé que la situation d'un avocat employé par un avocat inscrit au registre n'est *pas différente* lorsqu'il s'agit, non pas d'avocats inscrits au registre, mais d'une étude d'avocats organisée sous la forme d'une société entièrement contrôlée par des avocats inscrits¹¹²⁶.

Aussi, force est de constater l'échec de cette disposition lorsqu'il s'agit de reconnaître et d'écarter les influences qui pourraient compromettre l'indépendance structurelle de l'avocat ; peu importe, finalement, que l'intention première du législateur ait consisté à exclure du monopole les avocats engagés par

¹¹²⁵ Voir *supra*, p. 155 ss.

¹¹²⁶ Pour une discussion concernant cette inégalité de traitement, voir *infra*, p. 340 ss.

des entreprises, telles que des fiduciaires, des assurances ou encore des banques, en estimant que ces avocats ne disposent pas d'une indépendance suffisante¹¹²⁷.

b. Mieux délimiter et analyser les risques

À notre avis, au lieu d'examiner exclusivement les risques d'un point de vue contractuel, il serait également judicieux de les évaluer d'un point de vue structurel, c'est-à-dire au sein de l'entité elle-même. Comme l'a relevé à juste titre le Tribunal fédéral, l'indépendance de l'avocat ne dépend pas de la forme juridique de l'étude, *mais de la manière dont celle-ci est concrètement organisée*. Malgré ce constat, il convient de rappeler que le Tribunal fédéral ne s'est 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 est conciliable avec la règle d'indépendance de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA (consid. 23)¹¹²⁸. L'arrêt en question ne fait d'ailleurs pas de distinction selon que les avocats requérant leur inscription au registre sont titulaires de droits de participation (avec le statut d'associés) dans la société qui les emploie ou qu'ils n'en disposent pas (ayant le statut de collaborateurs). Or est-il possible de vérifier qu'une entité est organisée de manière indépendante en prenant uniquement comme référence le praticien individuel et une relation de travail ?

S'agissant de l'exercice du métier d'avocat en société de capitaux, mais également en collectivité d'une manière générale, il serait plus opportun, à notre avis, de prendre en considération les influences qui pourraient découler de la présence de non-avocats – qui ne sont pas soumis à la LLCA – qui contrôlèrent une étude ou qui exerceraient une fonction dirigeante au sein de celle-ci, plutôt que de se focaliser indirectement sur une relation de travail. *Il suffirait alors de poser une règle simple, selon laquelle dès qu'une étude d'avocats organisée collectivement est détenue ou dirigée par des non-avocats, l'entité doit démontrer qu'elle est indépendante d'un point de vue structurel*¹¹²⁹.

En procédant ainsi, on réglementerait l'organisation de l'entité, et non pas uniquement le praticien individuellement ou une relation de subordination entre deux praticiens. En réalité, le problème vient du fait que la LLCA se focalise

¹¹²⁷ Voir aussi *supra*, p. 235 ss.

¹¹²⁸ Concernant certaines décisions cantonales, voir *supra*, p. 259 ss.

¹¹²⁹ Voir p. ex., *infra* p. 345 ss, le projet de loi fédérale sur la profession d'avocat, qui prévoit une obligation d'annonce pour les sociétés d'avocats dont les associés sont tous inscrits (art. 40) et un régime d'autorisation pour les sociétés dont tous les associés ne sont pas inscrits (art. 41). Le projet est reproduit à l'annexe 9.

uniquement – et beaucoup trop, selon nous – sur la réglementation du praticien individuel, sans véritablement tenir compte du fait que celui-ci est amené à exercer au sein d'une entité organisée en collectivité, parfois elle-même dotée de la personnalité juridique.

À cet égard, sans nécessairement soutenir un tel niveau de libéralisation, les réflexions qui ont mené l'Angleterre et le Pays de Galles à l'adoption du *Legal Services Act*, en particulier la partie dédiée aux ABS, sont riches en enseignements¹¹³⁰. Les risques d'influences possibles au sein d'une structure ne découlent pas forcément d'un lien de subordination entre l'avocat et le non-avocat, mais bien plus de la *fonction* exercée par celui-ci au sein d'une entité.

c. La détermination d'un niveau minimum d'indépendance institutionnelle

Comme l'a souligné le Tribunal fédéral, l'indépendance matérielle ne peut être réalisée *qu'à partir d'un certain degré d'indépendance institutionnelle*. Or la question consiste à déterminer quel est ce degré minimum, si tant est que celui-ci puisse être déterminé *in abstracto*, et quels sont les moyens à disposition pour garantir qu'il soit atteint.

S'il ne fait pas l'ombre d'un doute qu'une étude d'avocats organisée en SA, contrôlée uniquement par des avocats inscrits au registre, remplit le degré d'indépendance institutionnelle requis, est-ce qu'il en va de même dans d'autres configurations ? Comme les sociétés de capitaux intègrent la dimension du management, est-ce qu'il ne serait pas opportun, pour des raisons d'efficacité, de pouvoir confier une telle fonction à un non-avocat, qui serait, par exemple, spécialisé dans la gestion d'entreprise ou dans les ressources humaines ? C'est en tout cas ce que suggère le rapport *Copenhagen Economics*, mandaté par le barreau danois, qui va même plus loin puisqu'il recommande que des gestionnaires non-avocats puissent détenir une participation minoritaire dans des cabinets d'avocats¹¹³¹.

Par ailleurs, est-ce qu'il est justifié et nécessaire, pour sauvegarder le principe d'indépendance, de brider les sociétés de capitaux d'avocats afin que celles-ci demeurent contrôlées à 100 % par des avocats inscrits ? Enfin, l'ouverture des études d'avocats à des capitaux extérieurs sonnerait-elle véritablement le glas de l'indépendance de l'avocat ?

¹¹³⁰ Voir *supra*, p. 138 ss.

¹¹³¹ Voir *supra*, p. 199 ss.

Avant de réagir de manière quasi épidermique à ces questions, est-ce qu'il ne serait pas plus judicieux d'évaluer le besoin de protection du public, son désir de protection et le coût d'une telle protection ? DAVID CLEMENTI, dans son rapport¹¹³², a estimé que l'ouverture des études d'avocats à des dirigeants et à des investisseurs qui ne sont pas des avocats permettrait de renforcer la concurrence et, par la même occasion, d'engendrer une pression à la baisse sur les prix, laquelle serait bénéfique pour les consommateurs. L'argumentation de l'étude d'avocats américaine Jacoby & Meyers, qui souhaite obtenir des capitaux d'investisseurs extérieurs, est similaire.

Aussi, à la lumière de ce qui précède, est-ce qu'il ne serait pas contre-productif, du point de vue de l'intérêt public que le principe d'indépendance est justement censé protéger, de verrouiller complètement les sociétés de capitaux d'avocats ?

Si les questions sont multiples, il est à notre avis primordial, dans la pesée des intérêts à effectuer, de tenir compte de la situation au niveau international et de ne pas systématiquement voir dans le principe d'indépendance une impossibilité rédhibitoire à des solutions innovantes et compétitives. Il serait, en effet, à tout le moins présomptueux de considérer que notre ordre juridique est le seul à garantir de manière efficace le principe d'indépendance de l'avocat !

Notre Haute Cour a d'ailleurs reconnu, en se référant à différents auteurs de doctrine¹¹³³, qu'il est important pour être compétitifs sur le plan international, que les cabinets d'avocats suisses puissent disposer des mêmes possibilités d'organisation que dans les pays qui nous entourent, afin de garantir un *level playing field*¹¹³⁴.

Si cette référence au *level playing field* par le Tribunal fédéral est réjouissante, nous sommes d'avis, dans le contexte de la globalisation évoqué dans la première partie de notre travail¹¹³⁵, qu'il serait souhaitable d'assurer aux études d'avocats suisses une compétitivité allant au-delà des pays qui nous entourent¹¹³⁶.

¹¹³² Voir *supra*, p. 125 ss.

¹¹³³ ZINDEL, *Anwaltsgesellschaften in der Schweiz*, p. 251 ss.; BOHNET/MARTENET, N 2359; SCHILLER, N 1247; CR LLCA-VALTICOS, art. 12, N 123.

¹¹³⁴ ATF 138 II 40, consid. 9.

¹¹³⁵ Voir *supra*, p. 14 ss.

¹¹³⁶ À cet égard, voir BIANCHI/PHILIPIN, p. 2, qui estiment que non seulement les sociétés d'avocats des pays limitrophes, mais également celles d'Angleterre ou des États-Unis, viennent concurrencer, sur leur propre territoire, les avocats pratiquant en Suisse.

II. Examen de la demande d'inscription d'une avocate employée d'une société d'avocats régie par le droit étranger (ATF 140 II 102)

Après un résumé de l'affaire (A), nous présenterons les développements du Tribunal fédéral qui a tout d'abord rappelé la différence entre l'indépendance institutionnelle et matérielle (B) et a ensuite opéré une distinction entre l'avocat exerçant à côté d'une activité salariée (C) et l'avocat exerçant sa profession comme employé (D). Il sera ensuite question de la situation des associés de la LLP dans le cas particulier (E) et des restrictions à la liberté économique (F). Nous terminerons par quelques commentaires (G).

A. Résumé de l'affaire

Le 6 décembre 2013, notre Haute Cour a rendu un arrêt important concernant la demande d'inscription au registre genevois d'une avocate, titulaire d'un brevet d'avocat suisse, en tant qu'employée d'une société américaine ayant ouvert un bureau à Genève¹¹³⁷.

En substance, il s'agissait d'une société organisée selon le droit de l'État du Delaware, sous la forme d'une LLP prévue et régie par le droit de cet État. La LLP était, en outre, détenue par une société holding organisée de la même manière et selon le même droit. Elle faisait partie d'un groupe de sociétés qui se présentait comme un cabinet juridique mondial (« global law firm ») exerçant ses activités non seulement dans certaines villes des États-Unis, mais également dans plusieurs villes d'Asie, en Australie et en Europe. Faits importants : les associés de la LLP et de la société holding étaient tous des avocats admis personnellement à exercer leur activité professionnelle dans les États où ils pratiquaient le barreau, à l'exception – notable – de la Suisse. Notons également que les statuts de la holding n'excluaient pas que des non-avocats deviennent associés de ladite holding.

Sur la base de ces éléments, la Commission du barreau du canton de Genève (ci-après : la Commission) a rejeté la requête d'inscription de l'avocate au registre cantonal des avocats, par décision du 7 août 2012, aux motifs que la LLP était « une société de capitaux étrangère » et que l'inscription de l'avocate au registre genevois des avocats ne satisfaisait pas à l'exigence d'indépendance.

L'avocate a recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après : la Cour de justice), qui a

¹¹³⁷ ATF 140 II 102.

rejeté son recours, par arrêt du 19 mars 2013, aux motifs que la condition de l'indépendance, au sens de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA, n'était pas remplie. La Cour de justice a, en substance, constaté, d'une part, que parmi les associés de la LLP, aucun n'était inscrit comme avocat dans un registre cantonal en Suisse et n'était soumis aux règles professionnelles suisses et à la surveillance des autorités suisses et, d'autre part, que la holding ne présentait aucune garantie de rester majoritairement en mains d'avocats.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, l'avocate demande au Tribunal fédéral, avec suite de frais et dépens, principalement, d'annuler l'arrêt du 19 mars 2013, de constater qu'elle remplit toutes les conditions en vue de son inscription au registre genevois des avocats et, partant, d'ordonner à la Commission de procéder à ladite inscription ; subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour qu'elle rende une nouvelle décision dans le sens des considérants.

B. Indépendance institutionnelle et matérielle

Le Tribunal fédéral a rappelé la différence fondamentale entre l'indépendance institutionnelle et matérielle. La première, qui est une condition de l'inscription (art. 8 al. 1 let. d LLCA), est dite institutionnelle car l'avocat doit s'organiser de manière à pouvoir exercer son activité de façon indépendante. La seconde se trouve à l'article 12 lettre b LLCA et impose à l'avocat de veiller, dans chaque affaire qui lui est confiée, à exercer son activité de manière indépendante, en évitant en particulier les conflits d'intérêts¹¹³⁸.

Le fait que ces exigences se superposent à deux niveaux a pour conséquence, d'après le Tribunal fédéral, de réduire quelque peu les exigences relatives à la première. Ainsi, 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'indépendance¹¹³⁹.

Enfin, notre Haute Cour a précisé qu'il n'y avait pas lieu d'étendre les exigences relatives à l'indépendance institutionnelle au-delà de ce qui est nécessaire¹¹⁴⁰,

¹¹³⁸ ATF 138 II 440, consid. 5.

¹¹³⁹ ATF 130 II 87, consid. 5.2 ; ATF 138 II 440, consid. 3.

¹¹⁴⁰ ATF 138 II 440, consid. 4, consid. 18.

dans la mesure où faire dépendre l'inscription de l'indépendance institutionnelle constitue une limitation à la liberté économique (art. 27 al. 2 Cst.).

C. Avocat exerçant à côté d'une activité salariée

Le Tribunal fédéral a rappelé que le texte de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA n'est clair qu'au premier abord et qu'à une interprétation littérale, il faut préférer celle qui se fonde sur le sens de la norme et la volonté du législateur : l'intention du législateur n'était pas d'exclure l'inscription au registre dans tous les cas où l'avocat requérant est employé par une personne qui n'est elle-même pas inscrite, mais de le faire seulement dans la mesure où un tel engagement comporte le risque que l'intéressé subisse des influences extérieures dans l'exercice de sa profession¹¹⁴¹.

Ainsi, l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA – et non pas l'article 8 alinéa 2 2^{ème} phrase LLCA, comme l'indique de manière erronée l'arrêt – crée (seulement) une présomption que l'indépendance fait défaut s'agissant de mandats présentant un lien quelconque avec l'engagement ; ladite présomption pouvant être renversée par l'intéressé¹¹⁴².

D. Avocat exerçant sa profession comme employé

Le Tribunal fédéral a opéré – d'une manière intéressante – la distinction entre, d'une part, l'avocat employé par une étude traditionnelle (1) et, d'autre part, l'avocat employé par une personne morale (2).

1. D'une étude traditionnelle

Notre Haute Cour a relevé que l'article 8 alinéa 1 lettre 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 l'exploitant et les associés sont eux-mêmes inscrits au registre des avocats¹¹⁴³.

¹¹⁴¹ ATF 130 II 87, consid. 4.3.3, consid. 5.2 ; ATF 138 II 440, consid. 6, consid. 14, consid. 15, consid. 17.

¹¹⁴² ATF 140 II 102, consid. 4, et les réf. cit.

¹¹⁴³ ATF 140 II 102, consid. 4.2.2.

2. D'une personne morale

Le Tribunal fédéral a souligné qu'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 employés¹¹⁴⁴.

Notre Haute Cour s'est référée à l'ATF 138 II 440, à l'occasion duquel elle avait jugé, en substance, que les exigences d'indépendance posées par l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA sont satisfaites lorsque la société anonyme est et reste entièrement contrôlée par des avocats inscrits dans un registre cantonal¹¹⁴⁵.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs également mentionné le projet de loi fédérale sur la profession d'avocat, daté du 15 février 2012 et élaboré par la Fédération suisse des avocats¹¹⁴⁶. Il a indiqué, en particulier, que ledit projet prévoit une disposition selon laquelle l'intéressé, afin d'être inscrit au registre, doit « être en mesure d'exercer la profession d'avocat en toute indépendance ; il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites au registre ou par une société d'avocats au sens des art. 38 ss » (art. 17 let. c). Les dispositions en question énoncent certaines conditions qui doivent être remplies par la société d'avocats, tendant notamment à garantir qu'elle soit contrôlée par des avocats inscrits (art. 39 al. 1 let. c, d, et e).

E. Examen de la situation des associés de la LLP

1. Les arguments de l'avocate

L'avocate a fait valoir que si la présomption d'absence d'indépendance de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA peut être renversée dans le cas d'un avocat employé par un non-avocat, cela doit a fortiori être possible s'agissant d'un avocat engagé par un autre avocat, même étranger. Elle estime, en effet, que, dans son cas, toutes les exigences d'indépendance au sens de cette disposition sont remplies, dans la mesure où tous les associés de la LLP sont des avocats habilités à exercer la profession par l'autorité compétente de leur juridiction respective ; l'association avec des non-avocats étant, au surplus, prohibée par les règles professionnelles et codes de conduite des barreaux respectifs. Ainsi, d'après l'avo-

¹¹⁴⁴ ATF 140 II 102, consid. 4.2.2.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

¹¹⁴⁶ ATF 140 II 102, consid. 4.3.

cate, les associés de la LLP répondraient à des exigences professionnelles extrêmement élevées et à tout le moins équivalentes à celles posées par la LLCA¹¹⁴⁷.

2. La position du Tribunal fédéral

En s'appuyant sur l'ATF 138 II 440, le Tribunal fédéral a relevé que le point déterminant consiste à examiner si l'engagement de l'avocate par la LLP présente les mêmes garanties en termes d'indépendance que si elle était employée par un ou plusieurs avocat(s) inscrit(s) dans un registre cantonal¹¹⁴⁸. Le fait que l'avocate ait apparemment un statut de collaboratrice, alors que dans l'affaire 138 II 440 les avocats qui requéraient leur inscription allaient semble-t-il devenir associés de l'étude qu'ils envisageaient de rejoindre, ne jouerait, d'après le Tribunal fédéral, aucun rôle, puisque seule importe la façon dont la personne morale – en qualité d'employeur – est organisée (nous reviendrons sur ce point ultérieurement).

Notre Haute Cour a, tout d'abord, reconnu qu'aucun des associés de la LLP n'est admis à pratiquer le barreau en Suisse, et n'est inscrit ni dans un registre cantonal, ni dans le tableau public des avocats des États membres de l'UE ou de l'AELE autorisés à exercer la représentation en justice en Suisse de manière permanente sous leur titre d'origine, en vertu de l'article 28 alinéa 1 LLCA¹¹⁴⁹. Du moment qu'ils ne pratiquent pas la représentation en justice en Suisse, il convient d'admettre que les associés de la LLP ne sont pas soumis à la LLCA et, partant, ne sont notamment pas tenus d'observer les règles professionnelles de l'article 12 LLCA et ne sont, par la même occasion, pas soumis à la surveillance disciplinaire d'une autorité cantonale suisse¹¹⁵⁰.

Le fait que l'avocate fasse par ailleurs valoir que les règles des différentes juridictions dans lesquelles la LLP a des bureaux s'imposent à l'ensemble des avocats travaillant pour cette dernière, dans la mesure où elle est organisée sous la forme d'une étude active au plan mondial, dirigée par un « partenariat global unique » au sein de la société holding, n'a pas trouvé écho auprès du Tribunal fédéral. Ce dernier a, en effet, considéré qu'en s'astreignant à respecter des règles professionnelles pour des questions d'organisation et de responsabilité,

¹¹⁴⁷ ATF 140 II 102, consid. 5.1

¹¹⁴⁸ *Idem*, consid. 5.2.1.

¹¹⁴⁹ *Idem*, consid. 5.2.2.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

les associés de la LLP ne se trouvent pas dans la même situation que s'ils étaient légalement tenus de les observer¹¹⁵¹.

Au vu de ce qui précède, notre Haute Cour a estimé que l'engagement de l'avocate par la LLP ne présentait pas les mêmes garanties d'indépendance que si elle était employée par un ou plusieurs avocat(s) inscrit(s) dans un registre cantonal et, partant, que la condition de l'article 8 alinéa 1 lettre d 2^{ème} phrase n'était pas remplie¹¹⁵².

F. Les restrictions à la liberté économique

L'avocate se plaint également que le refus de l'inscrire au registre cantonal porte une atteinte grave à sa liberté économique (art. 27 Cst.), atteinte qui ne serait justifiée par aucun intérêt public et qui ne serait en particulier pas dans l'intérêt des clients¹¹⁵³.

Le Tribunal fédéral a précisé que la restriction de la liberté économique selon laquelle seul l'avocat engagé peut figurer au registre dispose d'une base légale à l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA. D'après notre Haute Cour, cette exigence comporte un intérêt public : en exigeant que l'employeur de l'intéressé soit lui-même un avocat soumis aux règles professionnelles de l'article 12 LLCA, cette règle tend à éviter que l'avocat collaborateur ne soit influencé dans le cadre des rapports de travail d'une manière qui mettrait en péril son indépendance¹¹⁵⁴.

Ainsi, le Tribunal fédéral a conclu qu'il ne lui appartenait pas de s'écarter des règles posées par le législateur et qu'il revenait aux acteurs du domaine de l'arbitrage international de s'organiser en conformité de la législation fédérale, ce qui ne semblait pas requérir de mesures disproportionnées ni coûteuses à l'excès (nous reviendrons sur ce point ultérieurement)¹¹⁵⁵.

G. Commentaires

Cet arrêt est intéressant, dans la mesure où il s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt 138 II 440. Il appelle plusieurs remarques de notre part.

¹¹⁵¹ ATF 140 II 102, consid. 5.2.2.

¹¹⁵² *Ibid.*

¹¹⁵³ ATF 140 II 102, consid. 7.1.

¹¹⁵⁴ ATF 140 II 102, consid. 7.2.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*

1. La différence entre associé et collaborateur

Le Tribunal fédéral a relevé que la recourante a apparemment un statut de collaboratrice dans la société, alors que dans l'ATF 138 II 40, les avocats qui requéraient leur inscription allaient, semble-t-il, devenir associés de l'étude qu'ils envisageaient de rejoindre. Notre Haute Cour a toutefois précisé que cette dernière différence ne joue pas de rôle, puisque *seule importe la façon dont la personne morale – en tant qu'employeur – est organisée*.

À notre avis, si le constat qui précède découle de l'application de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA, on peut toutefois douter que la différence entre associé et collaborateur ne joue, dans la pratique, aucun rôle. Cette distinction devrait être déterminante lorsqu'il s'agit d'examiner l'indépendance structurelle d'un avocat qui est engagé par une personne morale. En effet, le critère du lien de subordination entre la personne morale et son employé est, à lui seul, insuffisant pour évaluer l'indépendance d'un avocat associé et/ou collaborateur. Un tel critère permet seulement de se pencher sur les relations contractuelles entre la personne morale et les personnes qui sont employées par cette dernière (relation de subordination). *La règle a, en effet, été prévue dans le cas d'un avocat qui engage un autre avocat, et non pas dans le cas d'une personne morale qui engage un avocat*. La disposition précitée ne prend dès lors pas en considération le fait que l'avocat en question pourrait, certes, être engagé par la société (relation de subordination), mais aussi la contrôler en partie ou même en totalité en étant, par exemple, l'actionnaire principal (la relation de subordination semble tout à coup moins évidente). De plus, c'est ignorer le fait que des influences qui seraient susceptibles de compromettre l'indépendance institutionnelle de l'avocat pourraient également provenir, non pas d'une relation de subordination (relation dite verticale), mais d'un associé de l'avocat (relation dite horizontale).

À suivre le raisonnement du Tribunal fédéral, l'indépendance institutionnelle d'un associé d'un cabinet d'avocats, qui détiendrait la majorité des actions dudit cabinet, devrait être examinée comme si cet associé, engagé par la société d'avocats, présentait les mêmes garanties en termes d'indépendance que s'il était employé par un ou plusieurs avocat(s) inscrit(s) dans un registre cantonal. Or une telle approche n'est pas satisfaisante, puisque dans cet exemple, il n'y aurait en réalité aucun lien de subordination entre l'avocat et la société. L'indépendance institutionnelle de cet avocat serait ainsi examinée à l'aune d'un lien de subordination virtuel ou à tout le moins inexistant. Tout cela est assez paradoxal, il faut bien l'avouer, mais découle – encore une fois – de l'application de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA.

Sous l'angle de l'analyse des risques, ce qui nous semble déterminant, c'est de regarder qui sont les personnes qui ne sont pas inscrites au registre et qui contrôlent et gèrent la société d'avocats. Ce sont, en effet, ces dernières personnes qui seront susceptibles, au sein d'une société d'avocats, d'influencer dans leur pratique les avocats associés et/ou collaborateurs. Une personne morale ne peut dès lors pas être réduite à un seul et unique statut d'employeur lorsqu'il s'agit d'examiner l'indépendance institutionnelle d'un avocat qui requiert son inscription au registre.

En résumé, la relation de subordination, à elle seule, n'est pas suffisante pour examiner l'indépendance institutionnelle d'un avocat engagé par une personne morale, en particulier lorsque cet avocat est lui-même actionnaire/associé, directeur ou membre du conseil d'administration de ladite société.

2. Les autres possibilités d'organisation pour la LLP

Le Tribunal fédéral a relevé, en conclusion, qu'il revenait aux acteurs du domaine de l'arbitrage international de s'organiser en conformité de la législation fédérale, ce qui ne semble pas requérir de mesures disproportionnées ni coûteuses à l'excès.

GEORGES-ALBERT DAL a commenté l'arrêt en question et indiqué que d'autres solutions étaient ouvertes à la requérante et aux associés de la LLP pour organiser leurs relations de travail. Il mentionne les possibilités d'inscription de la requérante en tant qu'avocate non salariée, ou d'inscription d'au moins un associé de la structure, au barreau de Genève¹¹⁵⁶.

S'agissant de la première possibilité évoquée – celle de l'inscription de la requérante comme avocate non salariée – nous partons de l'idée que GEORGES-ALBERT DAL envisageait la possibilité que l'avocate exerce une activité indépendante en parallèle de son activité de salariée de la LLP. Est-ce que cette solution aurait permis à l'avocate d'obtenir son inscription au registre ? Rien n'est moins sûr, d'après nous.

À la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral, l'avocate a déposé une nouvelle demande d'inscription au registre des avocats. Son contrat de travail avait alors été modifié et un article concernant sa pratique indépendante avait été ajouté. En substance, elle était autorisée à représenter, sous sa propre responsabilité et pour son propre compte en qualité d'avocate indépendante, des parties tierces devant les tribunaux et les autorités suisses. Avant d'accepter un mandat

¹¹⁵⁶ DAL, *L'arrêt du Tribunal fédéral du 6 décembre 2013*, p. 137.

en tant qu'indépendante, elle devait s'assurer auprès de son employeur que le moment, l'étendue et la nature de ce mandat n'entraient pas en conflit avec ses responsabilités professionnelles d'employée, ni avec les pratiques, règles et règlements de son employeur. Ce dernier reconnaissait que, dans le cadre de sa pratique en qualité d'avocate indépendante, l'employée devait agir dans le seul respect des intérêts de ses clients et se conformer à toutes les règles du secret professionnel applicables en Suisse vis-à-vis de l'employeur. Il mettait à disposition de l'avocate un meuble sécurisé. Il respecterait en outre la représentation indépendante par son employée de ses clients, s'abstenant d'adopter un comportement pouvant compromettre cette indépendance. Il s'assurerait que l'employée soit en mesure de consacrer le temps nécessaire à ses mandats d'indépendante, y compris, si nécessaire, par l'octroi de congés non payés. Son employeur assumerait le paiement des primes de l'assurance responsabilité civile professionnelle de l'avocate pour l'exercice de son activité indépendante. Cette dernière prendrait de son côté toutes mesures visant à éviter la confusion sur la question de savoir si elle représentait des tiers en tant qu'indépendante ou employée de la LLP.

Par arrêt du 17 février 2015, la Cour de justice de la République et Canton de Genève a estimé que la Commission du barreau était fondée à refuser l'inscription de la requérante au registre des avocats genevois, dans la mesure où la pratique de la profession en toute indépendance au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA n'était, en l'occurrence, pas réalisée¹¹⁵⁷.

Dans un premier temps, la Cour de justice a constaté que ni les associés du cabinet ni les autres collaborateurs ne sont inscrits au registre cantonal des avocats. Partant, ils ne sont pas soumis aux exigences de la LLCA, ni à la surveillance de la commission. Le fait qu'ils soient néanmoins soumis à des standards professionnels élevés n'y change rien.

Elle a également relevé l'existence d'un obstacle concernant la procédure de vérification d'absence de conflits d'intérêts mise en place. La Cour notait, à ce sujet, ce qui suit :

« [...] [P]our donner son accord à la recourante pour l'acceptation d'un mandat, son employeur doit avoir connaissance à tout le moins du nom des potentiels clients de la recourante, voire du nom des éventuelles autres parties, ce sans l'accord exprès de ces dernières, cas échéant de données quant à la nature des litiges traités par la recourante dans le cadre de ses mandats privés. Si cette mesure a certes pour vocation de prévenir l'existence d'éventuels conflits d'intérêts, elle ne s'avère pas pour autant conforme à l'exigence du respect du secret professionnel de l'avocat en tant que devoir découlant de

¹¹⁵⁷ Tribunal administratif, Genève, 17 février 2015, ATA/181/2015, consid. 6.

l'obligation d'indépendance. De plus, une telle intervention de l'employeur dans la sélection des mandats de la recourante ne permet pas d'établir avec certitude que celui-là ne peut exercer aucune influence sur la gestion desdits mandats. Ce doute est encore renforcé par le fait qu'il ressort clairement du contrat de travail que la recourante doit s'assurer auprès de son employeur que le moment, l'étendue et la nature du mandat n'interfèrent pas avec ses responsabilités professionnelles d'employée, ni avec les pratiques, règles et règlements du cabinet »¹¹⁵⁸.

La Cour a enfin estimé que le fait que la requérante soit amenée à exercer son activité d'avocate indépendante dans les locaux de son employeur, en utilisant les mêmes espaces, le même bureau, les mêmes salles de conférences, pour recevoir les clients, cas échéant le même matériel informatique, sous réserve de l'utilisation de son ordinateur portable privé, indifféremment qu'elle traite les dossiers des clients de son employeur ou ceux de ses propres clients, ne permet pas non plus de garantir son indépendance structurelle. De plus, le fait que la réception de ses propres clients soit effectuée non pas à la réception de son employeur, mais à la réception agissant pour toutes les entreprises présentes dans l'immeuble ne permet pas d'assurer davantage cette indépendance, ni le respect du secret professionnel.

Qu'en est-il alors de la seconde possibilité évoquée par GEORGES-ALBERT DAL, celle de l'inscription au barreau de Genève d'au moins un associé de la LLP ? L'issue ne nous semble pas beaucoup plus certaine. En effet, à suivre le raisonnement du Tribunal fédéral qui, comme nous l'avons vu, ne fait pas la distinction entre collaborateur et associé lorsqu'il applique l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA, l'indépendance institutionnelle de l'avocate aurait ainsi été examinée comme si cette dernière avait été engagée par une société qui comporte une majorité d'avocats non inscrits au registre genevois. Partant, son inscription lui aurait probablement été refusée. Récemment, la Cour de justice de la République et Canton de Genève a jugé, sans grande surprise, que la jurisprudence précédente (ATA/181/2015) est applicable même si la personne titulaire du brevet d'avocat suisse qui requiert son inscription est un associé du cabinet d'avocats international¹¹⁵⁹.

La question qui nous vient dès lors à l'esprit est la suivante : combien d'associés avocats inscrits au registre une personne morale doit-elle compter pour que la garantie de l'indépendance institutionnelle soit assurée ? En particulier, comment évaluer les situations suivantes :

¹¹⁵⁸ Tribunal administratif, Genève, 17 février 2015, ATA/181/2015, consid. 6.

¹¹⁵⁹ Tribunal administratif, Genève, 9 juin 2015, ATA/600/2015.

- une société contrôlée par six associés parmi lesquels trois avocats titulaires du brevet d'avocat suisse solliciteraient leur inscription au registre ;
- une société contrôlée par six associés parmi lesquels quatre avocats titulaires du brevet d'avocat suisse solliciteraient leur inscription au registre ;
- une société contrôlée par six associés parmi lesquels cinq avocats titulaires du brevet d'avocat suisse solliciteraient leur inscription au registre.

Est-ce que l'inscription devrait être accordée ou refusée dans chacun des exemples précédents ? En particulier, est-ce que la seule solution admissible serait celle où tous les avocats associés sont inscrits au registre ? Tel ne devrait pas être le cas à notre avis, puisque le Tribunal fédéral considère que « [l]e fait que la condition de l'indépendance institutionnelle, qui doit exister préalablement à l'inscription, est 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 [...] »¹¹⁶⁰. De plus, la condition de l'indépendance institutionnelle ne peut pas être considérée comme étant absolue d'après nous, puisque l'art. 8 al. 1 let. d LLCA tolère l'existence d'un rapport de subordination, lequel est incompatible avec la notion d'indépendance selon la CJUE¹¹⁶¹.

Au vu de ce qui précède, il nous semble que l'admission d'associés non inscrits au registre dans les sociétés d'avocats ne devrait pas être contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral et à son interprétation de l'indépendance institutionnelle. Il semble également que la volonté du législateur n'était pas d'interdire une telle possibilité. Le Tribunal fédéral ne s'est toutefois jamais prononcé à ce sujet.

3. La question des investigations nécessaires

Une autre question qui nous paraît problématique est celle des investigations nécessaires à l'examen de la condition de l'indépendance institutionnelle. En effet, d'après le Tribunal fédéral, « [...] l'inscription doit être refusée seulement

¹¹⁶⁰ ATF 140 II 102, consid. 3, qui cite ATF 130 II 87, consid. 5.2 et ATF 138 II 440, consid. 3.

¹¹⁶¹ Voir à cet égard notre commentaire des arrêts de la CJUE, *infra*, p. 329 ss.

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 »¹¹⁶².

Or la question qui se pose, d'après nous, est la suivante : est-il possible d'examiner la question de l'indépendance institutionnelle, comme dans le cas de la LLP, sans pour autant procéder à des investigations approfondies ? Cela nous semble tout simplement impossible.

Si un examen, sans investigations approfondies, était encore envisageable pour les situations « classiques » qui étaient censées être réglées par l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA, c'est-à-dire lorsqu'un avocat engage un autre avocat, on peut douter qu'il en aille de même lorsque c'est une personne morale qui engage un avocat. Le cas qui nous occupe en est la preuve : la LLP a été passée, ni plus ni moins, au crible par les différentes autorités. De surcroît, il est également permis de se demander où se trouve la base légale qui permettrait de traiter ces deux situations de manière différente, alors qu'elles seraient censées être traitées de la même manière, c'est-à-dire sans investigations approfondies.

En résumé, la légitimité de ce traitement différencié nous paraît très douteuse. D'un côté, on décide de procéder comme s'il n'y avait aucune distinction à faire entre avocat associé et avocat collaborateur et, d'un autre côté, on traite les requêtes des avocats qui seront engagés par un autre avocat de manière totalement différente des requêtes des avocats qui seront engagés par une personne morale. Tout cela manque de cohérence.

4. Les études d'avocats globales et le respect des règles professionnelles

Comme nous l'avons indiqué dans la première partie de notre travail, la question du respect des règles professionnelles par des études d'avocats internationales ou globalisées est complexe. Ces dernières doivent, en effet, respecter une multitude de réglementations qui varient d'une juridiction à l'autre.

À notre avis, il est probablement justifié d'estimer que les cabinets d'avocats dont la présence est globale développent une culture de l'éthique professionnelle et s'astreignent à des règles de conduite selon des processus de contrôles internes qui sont parfois plus stricts que ceux mis en place par les cabinets d'avocats de plus petite taille et dont la présence est confinée à une seule juridiction. Cependant, d'après le Tribunal fédéral, le fait que les avocats associés

¹¹⁶² ATF 140 II 102, consid. 3, qui cite ATF 130 II 87, consid. 5.2 et ATF 138 II 440, consid. 3.

de la LLP soient soumis à des règles professionnelles dans les juridictions auprès desquelles ils sont habilités à pratiquer – la Suisse n'en faisant pas partie – et s'engagent à respecter les règles professionnelles suisses n'y change rien.

La position du Tribunal fédéral sur ce dernier point nous semble parfaitement justifiée, et ce pour deux raisons. Premièrement, s'engager à respecter des règles professionnelles et être légalement tenu de les respecter sont deux choses totalement différentes. Un deuxième élément – crucial – qui plaide également en faveur du rejet de l'inscription de l'avocate est le fait que la LLP soit contrôlée par une holding dont le siège ne se trouve pas en Suisse. En définitive, l'autorité de surveillance genevoise n'aurait eu aucun contrôle sur les avocats associés de la LLP et aucun contrôle sur les avocats de la holding, si tant est que cette dernière soit contrôlée en tout ou en partie par des avocats.

Au-delà de ces aspects, il est également permis de se demander si la solution à laquelle a abouti le Tribunal fédéral est satisfaisante. Comme nous l'avons relevé, les autres options d'organisation possibles pour la LLP demeurent pour le moins hypothétiques et peut-être même vouées à l'échec.

Force est de constater que le cadre juridique suisse souffre à l'heure actuelle d'une opacité inquiétante qui risquerait, à notre avis, de dissuader des études d'avocats de s'établir sur notre territoire. Le marché des services juridiques suisse pourrait ainsi en être pénalisé, tout comme les avocats suisses qui seraient susceptibles d'être engagés par ces cabinets.

Il faut, enfin, reconnaître, comme nous l'avons constaté dans la première partie de notre travail, que la différence de réglementation entre les juridictions¹¹⁶³ – qui accroît probablement la méfiance à l'égard des avocats étrangers, mais aussi à l'égard de leurs régulateurs – ne plaide sans doute pas en faveur d'une solution moins rigide, tout comme l'absence d'une autorité de régulation supranationale qui permettrait de faciliter le dialogue entre les différents régulateurs¹¹⁶⁴.

III. Examen de l'inscription d'un avocat exerçant une activité d'avocat indépendant en parallèle de son activité d'associé gérant unique d'une Sàrl (TF 2C_560/2015)

Le 11 janvier 2016, notre Haute Cour a rendu un arrêt – passé relativement inaperçu –, qui pose la question de savoir si la dépendance d'un organe d'une Sàrl doit être traitée de la même manière que celle d'un employé. Après un bref

¹¹⁶³ Voir *supra*, p. 67 ss.

¹¹⁶⁴ Voir *supra*, p. 55 ss.

résumé de l'affaire (A), nous présenterons la solution retenue par le Tribunal fédéral (B). Nous terminerons par quelques réflexions concernant la portée de cet arrêt (C).

A. Résumé de l'affaire

Une Sàrl a été fondée le 31 octobre 2014 par un associé gérant unique, qui exerce en parallèle l'activité d'avocat indépendant. D'après les statuts de la Sàrl, le but de la société consiste à fournir des services dans le domaine du droit des successions (exécution testamentaire, mandat pour cause d'inaptitude, directives anticipées du patient, protection des adultes, etc.). Le 19 novembre 2014, l'autorité de surveillance des avocats du canton de Lucerne a exhorté l'avocat à lui remettre les statuts de la Sàrl, son règlement d'organisation, ainsi que d'autres documents pertinents. L'objectif était d'examiner si la Sàrl remplit les exigences pour que des avocats actifs en son sein puisse être inscrits au registre des avocats, respectivement puissent demeurer inscrits. L'autorité a constaté que l'organisation de la Sàrl ne garantissait pas suffisamment l'indépendance de l'avocat et l'a exhorté à lui soumettre à nouveau ses statuts modifiés. Par décision sur recours du 20 mai 2015, le Tribunal administratif du canton de Lucerne a confirmé la décision de l'autorité.

Par recours du 29 juin 2015, la Sàrl (ci-après : la recourante) a demandé, en substance, l'annulation du jugement du Tribunal cantonal. Elle fait valoir pour l'essentiel qu'elle fournit uniquement des services dans l'intérêt de la famille de l'avocat, qu'il ne s'agit pas d'une société d'avocats qui opère sur le marché et que les hypothèses divergentes des autorités cantonales sont arbitraires.

B. En droit

Le Tribunal fédéral a tout d'abord rappelé sa jurisprudence selon laquelle l'art. 8 al. 1 let. d LLCA ne pose qu'une présomption réfragable de dépendance de l'avocat employé, que celui-ci peut tenter de renverser¹¹⁶⁵. La question de savoir si le principe d'indépendance est respecté ne dépend pas de la forme juridique du cabinet d'avocats, mais de sa structure organisationnelle concrète. Si celle-ci est organisée de telle sorte que seuls des avocats inscrits peuvent exercer une influence, les exigences légales sont remplies.

¹¹⁶⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_560/2015 du 11 janvier 2016, consid. 3.1 et les réf. cit.

En l'espèce, notre Haute Cour a relevé que cette affaire ne porte pas sur l'emploi d'un avocat inscrit, mais sur le rôle et la fonction d'un avocat inscrit, qui est associé gérant d'une Sàrl¹¹⁶⁶. La Sàrl offre des services qui correspondent à des activités typiques de l'avocat. Les services proposés comprennent des activités qui imposeraient à un avocat inscrit de respecter les règles professionnelles, conformément à la LLCA. En tant que gérant d'une Sàrl, l'avocat répond au moins des devoirs de diligence et de fidélité (art. 812 al. 1 et 2 CO), même s'il ne se trouve avec la Sàrl ni dans une relation de travail ni dans un rapport de mandat, comme il le prétend. Le Tribunal fédéral, qui souligne la problématique de l'apparence d'indépendance en se référant à la doctrine¹¹⁶⁷, note que la Sàrl est active dans des domaines d'activité qui correspondent à la spécialisation de l'avocat gérant. Or l'avocat n'a pris aucune mesure spatiale ou organisationnelle pour délimiter ses activités d'avocat indépendant de celles qu'il exerce en tant qu'organe de la recourante. Au contraire : le siège de la recourante est situé dans les bureaux de l'avocat.

D'après le Tribunal fédéral, une séparation claire des deux activités n'est pas perceptible. Au regard du but de la Sàrl, il n'est pas insoutenable de considérer qu'il y a nécessairement des points de contact entre les activités de la société et celles exercées en parallèle par l'avocat indépendant¹¹⁶⁸. Les statuts de la Sàrl ne garantissent pas de manière satisfaisante que des conflits d'intérêts et des problèmes d'indépendance ne puissent pas survenir. À la lecture des statuts, il n'apparaît pas que les services de la Sàrl soient limités aux besoins personnels de son gérant et ne s'adressent pas à un public plus large. Les activités de la société et celles de son gérant ne sont pas suffisamment séparées pour que l'activité indépendante de l'avocat ne soit pas exposée (par l'intermédiaire de la société) à l'influence de tiers, qui ne sont pas inscrits dans un registre des avocats et, partant, ne remplissent pas les critères d'indépendance (art. 8 al. 1 let. d LLCA)¹¹⁶⁹.

L'avocat gérant n'a pas été en mesure de renverser la présomption de dépendance¹¹⁷⁰. Aucune disposition des statuts de la Sàrl ne garantit de manière durable l'indépendance institutionnelle de son gérant qui – à côté des activités dans le cadre de la Sàrl – poursuit des activités en tant qu'avocat indépendant.

¹¹⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_560/2015 du 11 janvier 2016, consid. 3.2.

¹¹⁶⁷ BOHNET/MARTENET, N 1351 ss.

¹¹⁶⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_560/2015 du 11 janvier 2016, consid. 3.3.

¹¹⁶⁹ *Idem*, consid. 3.4.

¹¹⁷⁰ *Idem*, consid. 3.5.

Les règles professionnelles couvrent l'ensemble des activités de l'avocat, à savoir aussi la gestion des affaires, respectivement toutes les activités professionnelles en dehors du monopole.

Notre Haute Cour relève qu'il existe un danger concret et abstrait de conflits d'intérêts. Si l'avocat exerce pour la recourante des activités typiques de l'avocat, il doit se conformer aux règles professionnelles énoncées à l'art. 12 LLCA et représenter les intérêts de ses clients avec soin et diligence, ce qui peut l'amener à se retrouver avec la recourante dans des situations de conflits d'intérêts insurmontables, alors qu'il doit également – à côté de sa clientèle – protéger ses intérêts (du point de vue du droit des sociétés)¹¹⁷¹. À l'image d'un rapport de travail dépendant, la fonction d'organe est aussi susceptible de mener à des conflits d'intérêts proscrits.

Par conséquent, les autorités cantonales n'ont pas violé le droit fédéral en exigeant de la recourante qu'elle adapte ses statuts aux dispositions « d'une société d'avocats » (activité pour une corporation durable indépendante) ou qu'elle formule le but de la société de telle sorte que les activités de l'avocat gérant soient clairement définies (usage véritablement privé, sans offre pour les tiers)¹¹⁷².

C. Commentaires

Cet arrêt se penche sur la possibilité pour un avocat inscrit dans un registre d'exercer la fonction d'organe d'une Sàrl offrant certaines activités typiques de l'avocat (non soumises à monopole) et d'exercer en parallèle une activité en tant qu'avocat indépendant (soumise à monopole). Bien que l'état de fait soit différent, cet arrêt présente quelques similitudes avec l'arrêt de la chambre administrative de la République et canton de Genève¹¹⁷³, qui a nié l'indépendance institutionnelle d'un avocat associé d'une LLP exerçant en parallèle (et dans les mêmes locaux) l'activité d'avocat indépendant. Si les deux autorités aboutissent à un résultat semblable, la différence réside dans le fait que le Tribunal fédéral a considéré qu'il y a une présomption réfragable de dépendance pour l'avocat associé gérant de la Sàrl, présomption que ce dernier n'a pas été en mesure de renverser. Alors que cette affaire se distingue de la problématique de l'avocat employé, le Tribunal fédéral y applique cependant les mêmes principes.

¹¹⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_560/2015 du 11 janvier 2016, consid. 3.6.

¹¹⁷² *Idem*, consid. 3.7.

¹¹⁷³ Tribunal administratif, Genève, 9 juin 2015, ATA/600/2015.

Se pose ainsi la question de savoir si, avec l'introduction de cet arrêt, le Tribunal fédéral entend traiter un avocat employé de la même manière qu'un avocat exerçant la fonction d'organe d'une Sàrl. Cette hypothèse tendrait à démontrer que notre Haute Cour, dans l'examen du principe de l'indépendance institutionnelle, n'entend opérer aucune distinction entre un avocat collaborateur et un avocat associé¹¹⁷⁴; ces derniers se trouvant dans un rapport de dépendance similaire à l'égard de la société.

À notre avis, il serait erroné de tirer de cet arrêt des conclusions trop hâtives, car il est difficile d'évaluer sa portée exacte, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il est utile de rappeler que contrairement à ce qui prévaut dans la SA, la conclusion d'un contrat de travail d'associé n'est pas nécessaire pour la Sàrl, la position juridique des associés à l'égard de la Sàrl découle exclusivement de leur position d'associés gérants, soit des statuts et du règlement d'organisation de la Sàrl¹¹⁷⁵. Ainsi, l'avocat associé gérant, contrairement à un avocat collaborateur, n'est pas tenu de conclure un contrat de travail avec la Sàrl pour fournir des services à des clients. Ces derniers concluront un contrat de mandat directement avec la Sàrl. D'autre part, le cas qui nous occupe est très confus s'agissant du rôle joué par l'avocat associé gérant : comme ce dernier semble être le seul actif au sein de la Sàrl, il est aussi le seul susceptible d'offrir les services proposés par la société. Pour troubler encore un peu plus les esprits, l'avocat prétend que le but de la Sàrl consiste uniquement à offrir des services à sa famille, ce qui ne ressort pas des statuts de la société.

On peut donc se demander si derrière cet arrêt ne se cache pas – avant tout – la volonté de sanctionner des situations particulièrement opaques et confuses, avec des risques d'interférences entre les activités exercées, plutôt que de traiter sur un pied d'égalité l'avocat collaborateur et l'avocat associé. Pour un avocat inscrit, démontrer que la société pour laquelle il exerce la fonction d'organe n'est pas une société d'avocats pourrait être une idée séduisante : l'objectif consisterait à échapper à la procédure d'agrément mise en place par l'autorité, ce qui implique que la société échapperait à toute surveillance également. Or le problème réside ici dans le fait que l'avocat associé gérant est lui-même inscrit au registre et exerce en parallèle l'activité d'avocat indépendant. Si les activités de la Sàrl et celles de l'avocat indépendant se recoupent, comme c'est le cas en l'occurrence, on voit mal pour quelle raison ces activités ne s'exerceraient pas sous le même toit et sous couvert d'une société d'avocats.

¹¹⁷⁴ Voir aussi *supra*, p. 309 ss.

¹¹⁷⁵ DU PASQUIER/FISCHER, *La responsabilité civile de l'avocat*, p. 552.

C'est dans ce contexte, d'après nous, que le Tribunal fédéral a estimé que la condition de l'indépendance institutionnelle n'était pas remplie et qu'il était justifié que la recourante adapte ses statuts aux dispositions « d'une société d'avocats » (activité pour une corporation durable indépendante) ou qu'elle formule le but de la société de telle sorte que les activités de l'avocat gérant puissent être clairement définies (usage véritablement privé, sans offre pour les tiers).

Sur le principe, cette affaire n'est pas très différente de celle de l'avocat associé de la LLP, qui souhaite exercer en parallèle une activité d'avocat. En effet, si une société n'est pas considérée comme étant suffisamment indépendante pour engager des avocats inscrits au registre, il serait tentant pour une telle société de s'associer avec un avocat inscrit, lequel indiquerait pratiquer la représentation en justice de manière « indépendante » et en son propre nom. Dans ce cas, comme pour celui de l'avocat associé gérant de la Sàrl, les activités pourraient aisément se recouper et il serait pratiquement impossible de vérifier si les mandats de l'avocat seraient exercés à titre privé ou pour le compte de la société. Les risques d'interférences seraient très importants et la LLP échapperait à tout contrôle. Il y a donc une volonté d'empêcher qu'une société (qui n'est pas une société d'avocats indépendante) puisse, par l'intermédiaire d'un avocat indépendant inscrit au registre, offrir des services soumis à monopole, alors que la société ne serait pas autorisée à engager un avocat inscrit pour offrir de tels services et, par la même occasion, échapperait à tout contrôle.

Ce qui précède pourrait expliquer la sévérité avec laquelle le Tribunal fédéral a examiné l'indépendance institutionnelle de l'avocat associé gérant de la Sàrl, sans qu'il soit possible d'en déduire que le Tribunal fédéral entend examiner l'indépendance institutionnelle d'un avocat employé de la même manière qu'un avocat exerçant la fonction d'organe d'une Sàrl. D'après nous, du point de vue de l'examen de l'indépendance institutionnelle, il n'est pas justifié de traiter sans distinction le statut d'un avocat collaborateur de celui d'un associé. S'il existe dans le cadre de la Sàrl des devoirs de diligence et de fidélité, comme l'a relevé le Tribunal fédéral, il faut bien reconnaître que le rôle d'un associé gérant d'une Sàrl n'est pas comparable à celui d'un employé. Contrairement au second, le premier n'est soumis à aucun rapport de subordination. Or d'après l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, c'est bien le rapport de subordination qui induit une dépendance. Poser une présomption de dépendance pour tous les avocats exerçant en parallèle de leur activité d'avocat indépendant une fonction d'organe dans une société impliquerait de devoir réévaluer l'indépendance institutionnelle de tous les avocats inscrits se trouvant dans une telle situation. Il n'est pas certain que telle était la volonté du Tribunal fédéral dans cette affaire.

Chapitre 16 : Quelques arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne

Nous allons examiner dans les quatre arrêts suivants comment la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE) définit le rôle et le statut de l'avocat.

I. L'arrêt AM & S Europe Limited (1982)

L'arrêt AM & S apporte des enseignements intéressants concernant la notion d'indépendance et le respect de la confidentialité à l'égard des communications entre les avocats et leurs clients¹¹⁷⁶. D'après la Cour, la confidentialité répond à l'exigence que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin¹¹⁷⁷. Si le principe de cette protection est généralement reconnu dans les ordres juridiques des États membres, sa portée et les critères de son application varient¹¹⁷⁸.

Au-delà de ces diversités, la Cour a affirmé le principe de la confidentialité des correspondances entre avocats et clients, pour autant, d'une part, que celles-ci soient échangées dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elles émanent d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi¹¹⁷⁹.

Concernant la première condition, la Cour a précisé ce qui suit :

« [...] [C]ette protection doit [...] s'entendre [...] comme couvrant de plein droit toutes correspondances échangées après l'ouverture de la procédure administrative, en vertu du règlement n° 17/62, susceptible d'aboutir à une décision d'application des articles 85 et 86 du traité ou à une décision infligeant à l'entreprise une sanction pécuniaire ; elle doit

¹¹⁷⁶ Arrêt CJUE du 18 mai 1982, *AM & S c/ Commission*, affaire C-155/79.

¹¹⁷⁷ *Idem*, ch. 18.

¹¹⁷⁸ *Idem*, ch. 19.

¹¹⁷⁹ *Idem*, ch. 21.

pouvoir être étendue également à la correspondance antérieure, ayant un lien de connexité avec l'objet d'une telle procédure »¹¹⁸⁰.

Quant à la deuxième condition, la Cour a relevé que cette exigence relative à la position et à la qualité d'avocat indépendant procède d'une conception du rôle de l'avocat, considéré comme collaborateur de la justice et appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin¹¹⁸¹. Cette protection a pour contrepartie la discipline professionnelle, imposée et contrôlée dans l'intérêt général par les institutions habilitées à cette fin¹¹⁸².

II. L'arrêt Wouters (2002)

Cet arrêt concerne deux avocats néerlandais qui contestaient un règlement de leur ordre professionnel selon lequel il leur avait été interdit de s'associer avec des cabinets d'experts-comptables.

Les parties ont formé recours devant le Conseil général de l'Ordre néerlandais des avocats, qui a été considéré comme non fondé. Suite à cela, un nouveau recours a été déposé devant le Rechtbank d'Amsterdam. En substance, les recourants ont invoqué l'incompatibilité de la décision du Conseil général avec les anciennes dispositions du traité CE prévues aux articles 81 et 82 (actuellement art. 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [ci-après : TFUE]) en ce qui concerne les comportements anticoncurrentiels, ainsi que celles prévues à l'ancien article 49 relatives à la prestation de services au sein de la Communauté (actuellement art. 56 TFUE). Le Rechtbank a déclaré le recours irrecevable au motif que les dispositions du traité en matière de concurrence étaient, en l'espèce, inapplicables. L'ordre des avocats néerlandais a été jugé par le Rechtbank comme étant un organisme de droit public institué par la loi, afin de garantir et de promouvoir l'intérêt général. Partant, l'Ordre néerlandais des avocats ne constituerait ni une entreprise ni une association d'entreprises au sens des articles 101 et 102 TFUE. Finalement, les parties ont formé un recours devant la Cour d'appel, laquelle a décidé de sursoir à statuer en posant une série de questions préjudicielles à la CJUE.

¹¹⁸⁰ Arrêt CJUE du 18 mai 1982, *AM & S c/ Commission*, affaire C-155/79, ch. 23.

¹¹⁸¹ *Idem*, ch. 24.

¹¹⁸² *Ibid.*

A. La question de l'application de l'art. 101 § 1 TFUE

1. L'avocat

Afin de déterminer si un règlement tel que la *Samenwerkingsverordening* 1993 doit être considéré comme une décision d'une association d'entreprises, il convient d'examiner, dans un premier temps, si les avocats sont des entreprises au sens du droit communautaire de la concurrence¹¹⁸³.

Selon une jurisprudence constante, la Cour a relevé que dans le contexte du droit de la concurrence, « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹¹⁸⁴. À cet égard, elle précise que constitue une activité économique « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »¹¹⁸⁵.

En l'espèce, la Cour a considéré que les avocats offrent, contre rémunération, des services d'assistance juridique consistant dans la préparation d'avis, de contrats ou d'autres actes ainsi que dans la représentation et la défense de la justice ; ils assument aussi des risques financiers afférents à l'exercice de ces activités¹¹⁸⁶.

Dans ces conditions, la Cour est arrivée à la conclusion que les avocats inscrits aux Pays-Bas exercent une activité économique et, partant, constituent des entreprises au sens des dispositions du traité, sans que la nature complexe et technique des services qu'ils fournissent et la circonstance que l'exercice de leur profession est réglementé soient de nature à modifier une telle conclusion¹¹⁸⁷.

2. L'ordre professionnel

Dans un second temps, la Cour se demande si l'ordre professionnel est une association d'entreprises au sens du droit communautaire.

D'après la Cour, deux catégories doivent être différenciées :

¹¹⁸³ CJCE, 19.2.2002, Wouters, aff. C-309/99, ch. 45.

¹¹⁸⁴ *Idem*, ch. 46 et les réf. cit.

¹¹⁸⁵ CJCE, 19.2.2002, Wouters, aff. C-309/99, ch. 47 et les réf. cit.

¹¹⁸⁶ *Idem*, ch. 48.

¹¹⁸⁷ *Idem*, ch. 49 et la réf. cit.

« Ou bien, lorsqu'il octroie des pouvoirs normatifs à une association professionnelle, un État membre veille à définir les critères d'intérêt général et les principes essentiels auxquels la réglementation ordinaire doit se conformer ainsi qu'à conserver son pouvoir de décision en dernier ressort. Dans ce cas, les normes qui sont arrêtées par l'association professionnelle conservent un caractère étatique et échappent aux règles du traité applicables aux entreprises.

Ou bien les normes arrêtées par l'association professionnelle sont imputables à elle seule. [...] ».

La Cour arrive à la conclusion qu'un règlement relatif à la collaboration entre les avocats et d'autres professions libérales telles que la *Samenwerkingsverordening* 1993, adopté par un organisme tel que l'Ordre néerlandais des avocats, doit être considéré comme une décision prise par une association d'entreprises, au sens de l'ancien article 81, §1, du Traité CE¹¹⁸⁸.

B. La question de l'entrave à la libre concurrence dans le marché intérieur

D'après la Cour, la réglementation nationale en cause porte atteinte à la concurrence et est susceptible d'affecter les échanges intracommunautaires¹¹⁸⁹.

À cet égard, les expertises des avocats et des experts-comptables peuvent être complémentaires. En particulier, « [c]omme les prestations juridiques, spécialement en droit des affaires, nécessitent de plus en plus souvent l'intervention d'un comptable, une collaboration intégrée entre les avocats et les experts-comptables permettrait d'offrir une palette de services plus étendue, voire de proposer des innovations »¹¹⁹⁰. La Cour ajoute encore les avantages suivants :

« [...] [U]ne collaboration intégrée entre les avocats et les experts-comptables serait de nature à satisfaire les besoins suscités par l'interpénétration croissante des marchés nationaux et par la nécessité d'une adaptation permanente aux réglementations nationales et internationales qui en résulte.

[...] [I]l n'est pas à exclure non plus que les économies d'échelle qui découleraient de telles collaborations intégrées aient des incidences positives sur le coût des prestations ».

Cependant, comme le relève la Cour, « tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des

¹¹⁸⁸ CJCE, 19.2.2002, Wouters, aff. C-309/99, ch. 71.

¹¹⁸⁹ *Idem*, ch. 86.

¹¹⁹⁰ *Idem*, ch. 87.

parties ou de l'une d'elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité »¹¹⁹¹. Elle précise qu'« aux fins de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice »¹¹⁹².

En d'autres termes, si les avocats sont des prestataires économiques soumis aux dispositions du traité, ils sont également des auxiliaires de la justice¹¹⁹³.

S'agissant des avocats, la Cour rappelle également que selon une jurisprudence constante, en l'absence de règles communautaires spécifiques en la matière, chaque État membre reste, en principe, libre de régler l'exercice de la profession d'avocat sur son territoire¹¹⁹⁴. Les règles applicables à la profession sont donc susceptibles de varier considérablement d'un État membre à l'autre.

III. L'arrêt Akzo Nobel et al. (2010)

Cette seconde affaire concerne un litige opposant les sociétés Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akcros Chemicals Ltd à la Commission européenne qui, lors d'une inspection dans le cadre d'une procédure d'enquête en matière d'entente, avait saisi des documents échangés entre la direction de ces sociétés et un avocat interne¹¹⁹⁵.

D'après ces deux sociétés, le critère de l'indépendance de l'avocat ne saurait être interprété de sorte que soient exclus les avocats internes. En effet, un juriste d'entreprise, inscrit comme avocat au barreau, serait, du seul fait de ses obligations de déontologie et de discipline professionnelles, tout aussi indépendant qu'un avocat externe¹¹⁹⁶. À cet égard, elles étaient d'avis que les règles de déontologie et de discipline professionnelles applicables en l'espèce rendent compatible le rapport d'emploi avec la notion d'avocat indépendant. Le contrat qui

¹¹⁹¹ CJCE, 19.2.2002, Wouters, aff. C-309/99, ch. 97.

¹¹⁹² *Idem*, ch. 97 et les réf. cit.

¹¹⁹³ Dans ce sens, DARCET-FELGEN, *Pluridisciplinarité et concurrence*, p. 43.

¹¹⁹⁴ CJCE, 19.2.2002, Wouters, aff. C-309/99, ch. 99 et les réf. cit.

¹¹⁹⁵ Arrêt CJUE du 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akcros Chemicals c/ Commission européenne*, affaire C-550/07 P.

¹¹⁹⁶ *Idem*, ch. 34.

liait l'avocat à la société dont il dépendait prévoyait que cette dernière devait respecter l'exercice indépendant des fonctions d'avocat et s'abstenir de tout acte susceptible d'influencer cette tâche.

La Cour a tout d'abord rappelé les principes tirés de l'arrêt AM & S précité, selon lesquels la qualité fondamentale nécessaire pour que les communications avec un avocat puissent être protégées au titre du principe de la confidentialité est que l'avocat ne soit pas un salarié du client¹¹⁹⁷. Il en découle que l'exigence d'indépendance implique l'absence de tout rapport d'emploi entre l'avocat et son client, si bien que la protection au titre du principe de la confidentialité ne s'étend pas aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes¹¹⁹⁸.

Elle a ainsi relevé ce qui suit :

« [L]a notion d'indépendance de l'avocat est définie non seulement de manière positive, à savoir par une référence à la discipline professionnelle, mais également de manière négative, c'est-à-dire par l'absence d'un rapport d'emploi. Un avocat interne, en dépit de son inscription au barreau et de la soumission aux règles professionnelles qui s'ensuit, ne jouit pas à l'égard de son employeur du même degré d'indépendance qu'un avocat exerçant ses activités dans un cabinet externe à l'égard de son client »¹¹⁹⁹.

S'agissant des règles professionnelles auxquelles l'avocat était soumis, la Cour a observé que si ces dernières sont susceptibles de renforcer la position de l'avocat interne au sein de l'entreprise, il n'en demeure pas moins qu'elles ne sont pas aptes à assurer une indépendance comparable à celle d'un avocat externe¹²⁰⁰. Nonobstant le régime professionnel applicable, l'avocat interne ne saurait, quelles que soient les garanties dont il dispose dans l'exercice de sa profession, être assimilé à un avocat externe du fait de la situation de salariat dans laquelle il se trouve, situation qui, par sa nature même, ne permet pas à l'avocat interne de s'écarter des stratégies commerciales poursuivies par son employeur et met ainsi en cause sa capacité à agir dans une indépendance professionnelle¹²⁰¹. Du fait de sa dépendance économique et de ses liens étroits avec son employeur, l'avocat interne ne jouit pas d'une indépendance professionnelle comparable à celle d'un avocat externe¹²⁰².

¹¹⁹⁷ Arrêt CJUE du 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals c/ Commission européenne*, affaire C-550/07 P, ch. 37.

¹¹⁹⁸ *Idem*, ch. 44.

¹¹⁹⁹ *Idem*, ch. 45.

¹²⁰⁰ *Idem*, ch. 46.

¹²⁰¹ *Idem*, ch. 47.

¹²⁰² *Idem*, ch. 49.

Enfin, la Cour s'est prononcée sur l'opportunité de faire évoluer cette jurisprudence au regard des modifications introduites dans les différents ordres juridiques nationaux et dans l'ordre juridique européen. Elle a conclu en ces termes :

« [L]a situation juridique au sein des États membres de l'Union n'a pas évolué au cours des années qui se sont écoulées depuis le prononcé de l'arrêt AM & S [...] dans une mesure justifiant d'envisager un développement de la jurisprudence dans le sens d'une reconnaissance, aux avocats internes, du bénéfice de la protection de la confidentialité »¹²⁰³.

La Cour a ainsi confirmé que les échanges au sein d'une entreprise avec un avocat interne ne bénéficient pas de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients. Il est important de noter que cette solution s'applique aux enquêtes diligentées par la Commission européenne. Pour les enquêtes déclenchées par les autorités nationales, la solution sera différente, car elle dépendra de la législation applicable dans le pays concerné¹²⁰⁴. Or, rien n'interdit à un État membre de prévoir que les correspondances de l'avocat interne pourront bénéficier de la confidentialité.

IV. L'arrêt Puke (2012)

Le président de l'Office polonais des communications électroniques (ci-après : le PUKE) et la République de Pologne demandent l'annulation de l'ordonnance du Tribunal de l'Union européenne du 23 mai 2011. Ce dernier avait déclaré irrecevable le recours du PUKE introduit par deux conseils juridiques liés par un rapport d'emploi avec l'Office polonais des communications électroniques (ci-après : UKE), étant précisé que la profession de conseil juridique en Pologne est régie par la loi sur les conseils juridiques, et ses membres sont liés par le Code de déontologie du conseil juridique¹²⁰⁵. En particulier, ces textes contiennent de nombreuses dispositions régissant de manière spécifique les règles de la fourniture de services d'assistance juridique par les conseils juridiques et vi-

¹²⁰³ Arrêt CJUE du 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals c/ Commission européenne*, affaire C-550/07 P, ch. 76.

¹²⁰⁴ Dans ce sens, GORNY/WACHTEL, p. 5.

¹²⁰⁵ Arrêt CJUE du 6 septembre 2012, *Prezes Urzedu Komunikacji Elektronicznej et République de Pologne c/ Commission européenne*, affaires jointes, C-422/11 P et C-423/11 P.

sent à garantir que ceux-ci puissent exercer leur profession en toute indépendance selon qu'ils interviennent ou non en vertu d'un rapport d'emploi avec la partie qu'ils conseillent¹²⁰⁶.

La Cour rappelle, tout d'abord, la conception du rôle de l'avocat selon laquelle celui-ci est considéré comme collaborateur de la justice et est appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin¹²⁰⁷. Elle ajoute, en citant l'arrêt *Akzo Nobel* précité, ce qui suit :

« [L]a référence faite par le requérant aux obligations d'indépendance découlant des règles professionnelles réglementant la profession de conseil juridique n'est pas de nature, en elle-même, à démontrer que M^{es} [G et P] étaient en droit de le représenter devant le Tribunal. En effet, la notion d'indépendance de l'avocat est définie non seulement de manière positive, à savoir par une référence à la discipline professionnelle, mais également de manière négative, c'est-à-dire par l'absence d'un rapport d'emploi »¹²⁰⁸.

D'après la Cour, l'existence d'un lien de subordination au sein de l'UKE – fût-ce à l'égard de son seul directeur général – implique un degré d'indépendance moindre que celui d'un conseil juridique ou d'un avocat exerçant ses activités dans un cabinet externe à l'égard de son client¹²⁰⁹. À elle seule, la discipline professionnelle n'est pas de nature à démontrer qu'il est satisfait à l'exigence d'indépendance¹²¹⁰.

Par ailleurs, la Cour a écarté le grief selon lequel les conseils juridiques étaient employés non pas par la partie au litige (le PUKÉ), mais par un organisme lié (l'UKE). Selon la CJUE, la relation d'emploi des conseils juridiques avec l'UKE, même si celui-ci est formellement séparé du PUKÉ, est susceptible d'influer sur l'indépendance de ceux-ci, dès lors que les intérêts de l'UKE sont largement communs avec ceux du PUKÉ¹²¹¹. Il existe en effet un risque que l'opinion professionnelle de ces conseils soit, à tout le moins en partie, influencée par leur environnement professionnel¹²¹².

Enfin, s'agissant du grief tiré d'une violation du principe des compétences d'attribution et du principe de subsidiarité, la Cour relève que la présente procédure

¹²⁰⁶ Arrêt CJUE du 6 septembre 2012, *Prezes Urzedu Komunikacji Elektronicznej et République de Pologne c/ Commission européenne*, affaires jointes, C-422/11 P et C-423/11 P, ch. 6

¹²⁰⁷ *Idem*, ch. 17.

¹²⁰⁸ *Idem*, ch. 18.

¹²⁰⁹ *Idem*, ch. 21.

¹²¹⁰ *Idem*, ch. 22.

¹²¹¹ *Idem*, ch. 25.

¹²¹² *Ibid.*

porte non pas sur l'organisation de l'exercice de la profession d'avocat sur le territoire d'un État membre, mais sur la représentation des parties devant les juridictions de l'Union, tel que prévu dans le statut de la Cour¹²¹³. Dans ce cadre, la conception du rôle de l'avocat (et de son degré d'indépendance) est « nécessairement indépendante des ordres juridiques nationaux »¹²¹⁴.

V. Quelques réflexions concernant le rapport de subordination et l'indépendance

Il ressort des arrêts précités que le rapport de subordination est incompatible avec la notion d'indépendance. L'indépendance absolue apparaît ainsi comme dépourvue de tout rapport de subordination. D'après nous, d'un point de vue dogmatique, cette thèse peut être justifiée pour un avocat exerçant seul, ce qui est la manifestation la plus pure de l'indépendance. Or, de nos jours, l'avocat n'est pas uniquement subordonné lorsqu'il se trouve dans un rapport d'emploi avec une entreprise qu'il souhaite représenter : il l'est aussi lorsqu'il est employé par une société d'avocats ou par un autre avocat en tant que collaborateur de ce dernier. Dès lors, est-il justifié que l'avocat employé par une société d'avocats ou l'avocat salarié d'un autre avocat soient considérés comme indépendants, alors qu'une telle indépendance sera niée à l'avocat employé par une entreprise ? L'avocat salarié d'un autre avocat est-il dans une meilleure posture que l'avocat employé par une entreprise ?

En Suisse, la collaboration salariée entre avocats n'est soumise à aucune règle particulière. En France, l'art. 14.1 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat du 17 février 2016 (ci-après : RIN) prévoit que « [l]a collaboration salariée est un mode d'exercice professionnel dans lequel il n'existe de lien de subordination que pour la détermination des conditions de travail ». Ainsi, comme l'avocat collaborateur salarié est avocat et que son employeur et lui aussi nécessairement avocat, « il bénéficie dans l'exercice de sa mission d'une indépendance voulue par son serment ; il n'est assujéti à l'employeur que pour la détermination de ses conditions de travail »¹²¹⁵. Le RIN prévoit, en outre, que l'avocat collaborateur salarié reste maître de l'argumentation qu'il développe et des conseils qu'il donne (art. 14.3). Cependant, il peut aussi être convenu de la double signature ou du visa de l'employeur apposés sur tous actes, correspondances, études ou consultations de l'avocat salarié (art. 14.3).

¹²¹³ Arrêt CJUE du 6 septembre 2012, *Prezes Urzedu Komunikacji Elektronicznej et République de Pologne c/ Commission européenne*, affaires jointes, C-422/11 P et C-423/11 P, ch. 40.

¹²¹⁴ *Idem*, ch. 34.

¹²¹⁵ TAISNE, *La déontologie de l'avocat*, p. 62.

Si l'on se réfère aux arrêts précités, il n'est pas évident, à la lumière de ce qui précède, d'affirmer que l'avocat salarié d'un autre avocat ou d'une société d'avocats est dans une situation beaucoup plus satisfaisante, du point de vue de son indépendance, que les deux conseils juridiques polonais. Pour rappel, la CJUE a rejeté leur indépendance, au motif que le directeur général de l'UKE pouvait décider de leur engagement, de leur condition de travail et de la résiliation de leurs relations d'emploi.

Or, la situation est-elle fondamentalement différente pour un avocat employé par un autre avocat ou par une société d'avocats ? Cet avocat peut-il encore justifier d'une indépendance intellectuelle et économique alors que son employeur est susceptible, comme dans tout rapport de subordination, de mettre un terme à leur relation d'emploi ? Le fait d'indiquer dans une loi que l'avocat salarié est indépendant et/ou qu'il reste maître de son argumentation est-il véritablement suffisant pour pallier ces difficultés ?

Si l'on se réfère aux arrêts de la CJUE, tel ne semble pas être le cas, puisque la notion d'indépendance de l'avocat est définie non seulement de manière positive, à savoir par une référence à la discipline professionnelle, mais également de manière négative, c'est-à-dire par l'absence d'un rapport d'emploi.

Au vu de ce qui précède, le fait d'admettre un rapport de subordination pour les avocats modifie à notre sens la conception même de l'indépendance, qui ne peut plus être vue ou perçue comme étant absolue. L'avocat salarié se trouve lui-même dans un rapport de subordination qui, dans les faits, ne le rend sans aucun doute plus totalement maître de l'argumentation qu'il développe. Son indépendance intellectuelle n'est ainsi pas garantie, à moins de considérer que celle-ci puisse être sauvegardée du seul fait que son employeur soit avocat, ce qui semble contestable. Dans le même ordre d'idée, l'indépendance économique de l'avocat salarié n'est pas non plus garantie, à moins que celle-ci soit examinée à l'aune de celle de son employeur, ce qui semble également critiquable.

À la lumière des arrêts de la CJUE, l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, qui prescrit que pour être inscrit au registre, l'avocat ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal, est discutable. En particulier, il n'est pas possible de considérer l'indépendance institutionnelle comme étant absolue si la disposition sensée sauvegarder une telle indépendance tolère l'existence d'un rapport de subordination, lequel est incompatible avec la notion d'indépendance selon la CJUE.

Chapitre 17 : La question de la nécessité d'une réforme

Après avoir présenté le cadre légal de la profession d'avocat et quelques décisions cantonales et fédérales importantes concernant les sociétés d'avocats, ainsi que quelques arrêts de la CJUE, il sera temps d'examiner la question de la nécessité d'une réforme. Nous allons mettre en évidence les nouveaux défis à relever (I), avant de nous demander s'il y a lieu de privilégier une solution jurisprudentielle ou législative (II). Nous mettrons ensuite en évidence les questions qui, d'après nous, devraient faire l'objet d'une réglementation (III). Nous terminerons par quelques réflexions concernant le rôle joué par l'autorité de surveillance qui devrait être, selon nous, indissociable de la question d'une éventuelle réforme (IV).

I. Les nouveaux défis à relever

A. Tenir compte de l'évolution de la profession

La problématique des sociétés de capitaux d'avocats a fait couler beaucoup d'encre en Suisse ces dernières années, comme s'il y avait quelque chose de mystique à l'idée que des avocats puissent se réunir sous couvert d'une telle société pour pratiquer le barreau. Pourtant, les nouveaux défis ne viennent pas fondamentalement des sociétés de capitaux d'avocats, comme la situation pourrait malencontreusement le suggérer. En effet, à partir du moment où le Tribunal fédéral a admis ces dernières, la question a été définitivement tranchée¹²¹⁶. En réalité, le problème tient, d'après nous, en quelques lignes : la profession d'avocat, organisée de manière traditionnelle, a toujours été vue et pensée pour un praticien individuel. Il s'agit du modèle de référence.

À ce modèle de base se sont ajoutés, au fil des années, de nouvelles possibilités, respectivement de nouveaux défis, lesquels ont tous été relevés tour à tour. Nos autorités judiciaires se sont interrogées sur la question de savoir si un praticien

¹²¹⁶ Voir *supra*, p. 293 ss.

était autorisé à pratiquer le métier d'avocat à temps partiel et à travailler pour un autre employeur. Le Tribunal fédéral a ainsi été amené à examiner l'indépendance institutionnelle d'avocats engagés par des personnes non inscrites au registre. Il faudra toutefois attendre l'arrêt 138 II 440 pour que le Tribunal fédéral examine la question de l'indépendance d'avocats employés au sein d'un cabinet organisé sous la forme d'une personne morale.

Or avec cet arrêt, on s'aperçoit que la réglementation n'a pas du tout été pensée pour l'exercice de la profession en groupe, mais selon un modèle axé sur le praticien lui-même. Le Tribunal fédéral a dès lors été contraint de faire avec les moyens à sa disposition, c'est-à-dire d'après une vision monolithique selon laquelle l'indépendance institutionnelle d'un avocat s'examine à l'aune d'une relation de subordination entre deux personnes physiques. Le problème, avec cette approche, c'est que, d'une part, *l'entité elle-même, respectivement son organisation, peut difficilement être réduite à une seule et unique personne* et que, d'autre part, l'avocat dont l'indépendance institutionnelle est examinée – à l'aune d'un lien de subordination – *est susceptible de détenir et/ou de contrôler en tout ou en partie l'entité elle-même*, rendant paradoxale l'application du critère du lien de subordination.

Par ailleurs, la pertinence de l'analyse du Tribunal fédéral, comparant l'image d'Épinal de l'avocat indépendant à la réalité des praticiens telle qu'elle existait en 2004 déjà, paraît encore plus évidente aujourd'hui :

« Die Vorstellung des unabhängigen Anwalts ist verbunden mit dem Bild des freien Anwalts, der selbständig ein Anwaltsbüro betreibt. Geläufig ist auch die kombinierte Tätigkeit Anwalt/Notar. Insofern ergeben sich kaum Schwierigkeiten. Allerdings sind Rechtsanwälte heute oftmals im Rahmen komplexer (Unternehmens-)Strukturen tätig. Nicht nur schliessen sich häufig mehrere Anwälte zu immer grösseren Anwaltskanzleien zusammen; sie organisieren sich mit Wirtschaftsfachleuten, Treuhändern, Steuerexperten usw. Vor allem sind immer mehr Inhaber von Anwaltspatenten als Arbeitnehmer tätig. Viele Unternehmungen (Banken, Treuhandbüros, Versicherungen) offerieren ihren Kunden Rechts- und Wirtschaftsberatung in weitem Sinn und stellen zu diesem Zweck Anwälte an. Druck für derartige Umgestaltungen entsteht durch die zunehmende Komplexität der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, nicht zuletzt wegen der Internationalisierung des Wirtschaftslebens »¹²¹⁷.

Seize ans se sont écoulés depuis l'adoption de la LLCA. La question qu'il s'agit dès lors de se poser est la suivante : est-ce que la LLCA réglemente la profession d'avocat comme elle est pratiquée aujourd'hui (c'est-à-dire, essentiellement en groupe) ou comme elle l'était encore il y a quinze ou vingt ans (c'est-à-dire, dans le sens d'un praticien individuel) ?

¹²¹⁷ ATF 130 II 87, consid. 4.1; RDAF 2005 I 519 (rés.).

À notre avis, le fait que les avocats se regroupent de plus en plus pour travailler ensemble devrait avoir un impact significatif sur cet état de fait. Il est pourtant frappant de constater à quel point la LLCA ignore cette situation. Cette dernière est en effet beaucoup trop focalisée sur la réglementation du praticien individuel et pas suffisamment sur la réglementation de l'entité elle-même ou du travail en groupe.

Cette situation n'est, en réalité, pas aussi surprenante qu'elle n'y paraît, dans la mesure où le travail en groupe au sein de structures d'exercice est relativement récent en ce qui concerne la pratique du métier d'avocat¹²¹⁸. La LLCA n'a tout simplement pas intégré cette dimension.

Le constat nous semble ainsi évident : la profession a continué à évoluer pour essayer de s'adapter aux changements¹²¹⁹, alors que la loi est restée figée dans le temps. L'exemple du Tribunal cantonal genevois, qui évoque la surveillance de l'entité alors qu'une telle surveillance n'existe tout simplement pas dans la loi, est révélateur de ce changement¹²²⁰. Que penser, enfin, des autorités de surveillance qui – pratiquement – font office de législateur et exigent un agrément pour les sociétés de capitaux d'avocats, alors que la LLCA ne prévoit pas une telle possibilité et que son objet demeure le praticien individuel ?

Force est de constater qu'il y a un réel besoin de réglementer non plus seulement le praticien individuel, mais également l'entité dans son sens le plus strict, c'est-à-dire sous l'angle de son organisation. La réglementation actuelle n'est, à notre avis, probablement plus en mesure de répondre aux attentes des praticiens, des autorités de surveillance et du public.

B. Harmoniser et/ou uniformiser les pratiques

Ce qui est frappant lorsque l'on examine les différentes décisions cantonales qui ont été présentées au chapitre II de notre travail¹²²¹, c'est la variété des solutions auxquelles aboutissent les autorités de surveillance et parfois même les tribunaux cantonaux, alors que la loi à l'origine de ces décisions divergentes est une loi fédérale, qui devrait se lire de la même manière que l'on se trouve dans le canton d'Obwald, de Zurich ou de Genève.

¹²¹⁸ Voir *supra*, p. 27 ss.

¹²¹⁹ Pour une évolution générale, voir *supra*, p. 7 ss.

¹²²⁰ Arrêt du Tribunal administratif du 29 avril 2008, ATA/201/2008, consid. 8 bd.

¹²²¹ Voir *supra*, p. 259 ss.

Est-ce qu'une telle variété de solutions est encore satisfaisante, à l'heure où les procédures fédérales ont été unifiées en Suisse et où les avocats circulent librement, non seulement entre les frontières cantonales, mais également à l'intérieur des frontières des pays membres de l'UE/AELE ? Pouvons-nous encore maintenir des particularismes cantonaux dans une telle configuration et à un moment où la profession d'avocat – soumise à d'intenses pressions¹²²² – a plus que jamais besoin d'uniformité ?

Si la LLCA a été un véritable succès en ce qui concerne la mise en place d'une libre circulation des avocats en Suisse, force est de constater l'échec de cette loi qui devait retenir une solution permettant d'aboutir à une définition de l'indépendance valable pour l'ensemble de la Suisse¹²²³.

Seize ans après l'adoption de la LLCA, les contours de cette notion semblent toujours autant flous. La cacophonie qui a donné naissance à l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA lors des débats parlementaires n'est probablement pas étrangère à cet échec¹²²⁴. Une définition plus claire contribuerait non seulement à la sécurité du droit, mais surtout à la sécurité du public.

II. Privilégier une solution jurisprudentielle ou législative

Est-ce que la solution doit nécessairement provenir du législateur lui-même ou est-ce qu'une harmonisation par le Tribunal fédéral des pratiques cantonales pourrait être jugée suffisante ?

À la lecture des arrêts du Tribunal fédéral que nous avons commentés, nous sommes d'avis que ce dernier – qui se réfère notamment au projet déposé par la FSA – anticipe ou, à tout le moins, attend qu'une solution émane du législateur lui-même¹²²⁵. En 2006, probablement sans le savoir, l'autorité zurichoise a entrouvert la boîte de Pandore dans laquelle reposait la question de l'association multidisciplinaire¹²²⁶ – qui, jusqu'à ce jour, avait fait assez peu parler d'elle en Suisse, malgré certaines différences entre cantons germanophones et latins.

¹²²² Voir *supra*, p. 7 ss.

¹²²³ Voir *supra*, p. 222 ss.

¹²²⁴ Concernant la genèse de la disposition, voir *supra*, p. 227 ss. Voir aussi notre commentaire et analyse de la disposition, *supra*, p. 235 ss.

¹²²⁵ LLCA-MEIER/REISER, art. 8, N 35, voient mal, quant à eux, la question de la pratique multidisciplinaire échapper à l'arbitrage du Tribunal fédéral. Avec la célérité du processus législatif suisse, le temps pourrait peut-être leur donner raison.

¹²²⁶ Voir *supra*, p. 269 ss.

À vrai dire, la question semble à tel point sensible et toucher à l'essence même de la profession d'avocat, ou plus précisément à son monopole, qu'il semblerait que la boîte de Pandore en question ne puisse être refermée – en admettant qu'elle puisse l'être – que par le législateur lui-même.

Nous sommes ainsi convaincus que la question de l'organisation des sociétés d'avocats devra tôt ou tard être réglée dans une loi, car il ne s'agit pas de combler une simple lacune : les questions sont bien trop importantes et nombreuses pour être tranchées par voie jurisprudentielle.

Il n'est pas satisfaisant à l'heure actuelle que des avocats doivent mener des procédures jusqu'au Tribunal fédéral pour tenter d'obtenir, par tâtonnement, des réponses à des questions de principe concernant l'organisation des sociétés d'avocats. Le fait que la plupart des décisions des autorités de surveillance ne soit pas publiée – voire ne soit même pas transmise sur requête – complique encore plus la situation. Il en résulte une opacité totale, qui est susceptible de freiner l'innovation pour les cabinets d'avocats suisses, mais aussi de dissuader des études d'avocats étrangères de s'établir sur notre territoire.

Il faut toutefois se garder, d'après nous, de critiques trop sévères et injustifiées à l'égard des autorités de surveillance : on attend d'elles qu'elles jouent le rôle d'un législateur, alors qu'elles sont des autorités d'application du droit. De plus, il existe un décalage abyssal entre les nombreuses questions qu'elles doivent résoudre et les réponses qui sont – ou seront, si tant est qu'elles le soient un jour – apportées par le Tribunal fédéral. Alors que la première société de capitaux d'avocats a été admise dans le canton d'Obwald en mai 2006¹²²⁷, il aura fallu attendre plus de six ans pour que le Tribunal fédéral, en septembre 2012¹²²⁸, valide cette pratique. Lorsque l'autorité zurichoise a autorisé une pratique multidisciplinaire en octobre 2006, alors qu'une minorité des membres de la Commission y était opposée¹²²⁹, la Commission du barreau de Genève a, en 2011¹²³⁰, admis des avocats associés non inscrits à un registre cantonal, avant de revenir ultérieurement sur sa pratique et de n'autoriser que des avocats inscrits au registre. Après que l'autorité zurichoise a laissé entendre en mai 2010 qu'une holding d'avocats suisse était interdite¹²³¹, il aura fallu patienter plus de cinq ans pour que le Tribunal administratif du canton de Zurich admette une holding d'avocats en septembre 2015¹²³². Ces quelques exemples démontrent que les

¹²²⁷ Voir *supra*, p. 259 ss.

¹²²⁸ Voir *supra*, p. 293 ss.

¹²²⁹ Voir *supra*, p. 269 ss.

¹²³⁰ Voir *supra*, p. 286 ss.

¹²³¹ Voir *supra*, p. 281 ss.

¹²³² Voir *supra*, p. 282 ss.

autorités de surveillance ne peuvent pas s'appuyer sur un cadre légal suffisamment clair pour mener à bien leurs tâches et qu'il n'est pas réaliste d'attendre que le Tribunal fédéral harmonise toutes les pratiques cantonales.

Quant aux avocats, la situation telle qu'elle existe aujourd'hui les pousse – si possible – à ne pas sortir des sentiers battus : l'opacité actuelle et la perte de temps que pourrait représenter une procédure jusqu'au Tribunal fédéral sont suffisantes pour les en dissuader.

À notre avis, il faut également tenir compte du fait qu'une éventuelle ouverture jurisprudentielle par le Tribunal fédéral, comme l'admission d'associés tiers non-avocats dans les sociétés d'avocats – qui n'est a priori pas contraire à la loi ni à la jurisprudence du Tribunal fédéral¹²³³ –, ne pourra pas être accompagnée des garde-fous nécessaires, lesquels ne peuvent être prévus, d'après nous, que par voie législative¹²³⁴.

Nos commentaires des ATF 138 II 440¹²³⁵ et 140 II 102¹²³⁶ ont en effet démontré l'inefficacité de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA lorsqu'il s'agit d'examiner l'indépendance institutionnelle d'un avocat employé par une société d'avocats. Par ailleurs, les conditions posées par la décision zurichoise rendue en 2006¹²³⁷ ne sont, d'après nous, ni suffisantes ni pertinentes pour limiter l'influence d'associés tiers non-avocats. S'il est justifié d'instaurer des mécanismes permettant de limiter l'influence de ces tiers sur les avocats et de mieux les contrôler, cela ne signifie pas que de telles mesures doivent nécessairement provenir du droit des sociétés¹²³⁸. Ces mesures – en termes de quorums, de droits de vote et de participation – sont beaucoup trop schématiques¹²³⁹ et leur efficacité est incertaine. En résumé, les nouveaux défis à relever ne pourront l'être que par voie législative.

Plusieurs auteurs estiment également qu'une réglementation au niveau fédéral demeure souhaitable, car elle contribuerait à la clarté et à la sécurité du droit¹²⁴⁰.

¹²³³ Voir notre commentaire de l'ATF 140 II 102, *supra*, p. 308 ss.

¹²³⁴ Voir le projet de loi fédérale sur la profession d'avocat, *infra* p. 345 ss. Voir notre proposition de modèle, *infra* p. 371 ss.

¹²³⁵ Voir *supra*, p. 298 ss.

¹²³⁶ Voir *supra*, p. 308 ss.

¹²³⁷ Voir *supra*, p. 269 ss.

¹²³⁸ Voir *infra*, p. 338 ss. Pour une liste des mécanismes mis en place dans d'autres pays, voir *supra*, p. 207 ss.

¹²³⁹ Voir *infra*, p. 359 ss.

¹²⁴⁰ BOHNET/MARTENET, N 2356; LLCA-MEIER/REISER, art. 8, N 56 et 58; SCHILLER, N 1425; ZINDEL, *Anwaltsgesellschaften in der Schweiz*, p. 259.

III. Réglementer les sociétés de capitaux d'avocats, l'exercice en groupe ou l'association multidisciplinaire

A. Dissocier la problématique des sociétés de capitaux d'avocats de la multidisciplinarité

Tout d'abord, il nous paraît essentiel de bien distinguer deux problématiques différentes : celle des sociétés de capitaux d'avocats, dont la question a été tranchée par le Tribunal fédéral à l'occasion de l'arrêt 138 II 440 et celle de l'association multidisciplinaire, qui ne concerne pas uniquement les sociétés de capitaux d'avocats, mais toutes les formes de sociétés d'avocats qui existent en Suisse¹²⁴¹. À cet égard, la décision zurichoise rendue en 2006, qui traite de ces deux problématiques différentes, a sans aucun doute semé le trouble dans les esprits¹²⁴².

Par ailleurs, il faut se mettre d'accord sur ce que l'on entend par « association multidisciplinaire » ou, plus généralement, « multidisciplinarité ». Une société d'avocats pourrait très bien décider d'engager dans son cabinet un tiers non-avocat qui serait associé ou actionnaire dudit cabinet, sans pour autant qu'une telle association ne revête un caractère multidisciplinaire à proprement parler. L'associé ou l'actionnaire en question pourrait, en effet, être responsable de la gestion administrative du cabinet en tant que spécialiste des ressources humaines ou gestionnaire d'entreprise. Dans cet exemple, ce cabinet d'avocats n'aurait pourtant rien de multidisciplinaire, bien qu'un tiers non-avocat soit impliqué.

Il convient dès lors de distinguer, d'après nous, la participation de tiers non-avocats dans des cabinets d'avocats de la réunion sous le même toit de différents professionnels – avocats et non-avocats – proposant à la fois des services juridiques et non juridiques (*one stop shop*). La pratique multidisciplinaire ou l'association multidisciplinaire devrait ainsi être définie, non pas seulement en fonction de la participation de tiers associés au sein du cabinet (ce qui représente la problématique générale), mais aussi en fonction de la nature des services – juridiques et non juridiques – qui sont proposés aux clients.

La nouvelle réglementation devrait ainsi apporter des réponses à la question de la participation de tiers non-avocats dans les cabinets d'avocats, mais aussi à

¹²⁴¹ Voir aussi à ce propos la lettre C *infra*.

¹²⁴² Voir *supra*, p. 269 ss.

celle de la multidisciplinarité dans le sens où nous l'entendons (la possibilité de fournir des services juridiques et non juridiques).

B. Dissocier les questions de droit des sociétés des règles professionnelles régissant la profession d'avocat

La décision zurichoise rendue en 2006, longue de 39 pages, traite de l'implication de tiers non inscrits au registre dans des sociétés d'avocats presque exclusivement sous l'angle du droit des sociétés, alors que la question des règles professionnelles – qui devrait être au cœur des débats – fait l'objet de cinq pages à l'avant-dernier chapitre de la décision¹²⁴³. L'examen des règles professionnelles a ainsi été mis à l'arrière-plan.

Or il est légitime de se demander si l'implication de tiers dans des sociétés d'avocats est une question qui doit être réglée par le droit des sociétés – comme l'envisage la décision zurichoise – ou s'il s'agit plutôt d'une question qui touche à la surveillance et aux règles professionnelles de la profession d'avocat. De plus, une limitation de l'organisation des sociétés d'avocats par des règles de droit des sociétés pour réglementer des tiers non-avocats est-elle justifiée ?

À notre avis, il faudrait dissocier, dans la mesure du possible, les problématiques qui sont liées au droit des sociétés de celles qui sont liées à la réglementation de la profession d'avocat et à son exercice en groupe d'une manière générale. *Du point de vue de la réglementation, le problème ne vient pas tant du droit des sociétés comme nous l'avons vu, mais bien du simple fait qu'une personne échappe à la surveillance*¹²⁴⁴. Selon nous, la nouvelle réglementation sur la profession d'avocat devrait traiter de l'implication des tiers dans des cabinets d'avocats, en instaurant des mécanismes permettant de limiter l'influence de ces tiers sur les avocats et de mieux les contrôler, ce qui ne signifie pas que de telles mesures doivent impérativement et exclusivement provenir du droit des sociétés¹²⁴⁵.

Il faut également tenir compte de la marge de manœuvre limitée conférée par le droit des sociétés. En effet, les droits intangibles des actionnaires, notamment leur droit de vote, doivent être respectés, au risque d'adopter des dispositions statutaires nulles, car empêchant certains actionnaires – ceux qui ne sont pas

¹²⁴³ Voir *supra*, p. 269 ss.

¹²⁴⁴ Voir notre commentaire de l'ATF 138 II 440, *supra*, p. 298 ss.

¹²⁴⁵ Voir notre proposition de modèle, *infra*, p. 371 ss.

inscrits au registre cantonal des avocats – d'exercer valablement leur droit de vote ou de faire entendre leur voix¹²⁴⁶.

Par ailleurs, il est utile de rappeler que le Conseil fédéral avait constaté, dans un rapport adressé au Parlement le 5 mars 2010, ce qui suit :

« Le marché exige de plus en plus, de la part des avocats (mais aussi des notaires et médecins), qu'ils s'associent pour former de grands collectifs, employant souvent de nombreux collaborateurs. A cet effet, certains pays ont créé des formes particulières d'organisation [...] ».

L'organisation d'études d'avocats sous forme de sociétés de capitaux, en particulier de SA ou de Sàrl, est aujourd'hui admise par les autorités de surveillance à certaines conditions dans la plupart des cantons. Il apparaît que les questions qui se posent relèvent essentiellement du droit de la surveillance et non du droit des sociétés »¹²⁴⁷.

Au vu de ce qui précède, une approche différente exigerait, à notre sens, de créer un véhicule juridique spécifiquement dédié à l'exercice du métier d'avocat en groupe ou, d'une manière générale, à l'exercice d'une profession libérale, comme cela existe dans certains pays¹²⁴⁸. Cette solution n'a toutefois pas été retenue en Suisse¹²⁴⁹. Ainsi, la modification de l'organisation d'un cabinet d'avocats par le biais de règles de droit des sociétés ne nous semble pas pleinement justifiée lorsqu'il s'agit de réglementer les tiers, d'autant plus que si ces derniers sont admis, ils seront présents dans n'importe quel véhicule juridique et pas spécifiquement dans une SA ou une Sàrl d'avocats.

¹²⁴⁶ Voir à ce sujet CHAPPUIS, *La profession d'avocat Tome I*, p. 110-111. Voir aussi notre critique du projet de la FSA concernant la création d'associés de seconde classe, *infra*, p. 362 ss.

¹²⁴⁷ Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, Motions et postulats des conseils législatifs 2009, p. 44.

¹²⁴⁸ Voir p. ex. en France *supra*, p. 183 ss.

¹²⁴⁹ Le Conseil fédéral a été chargé, en 1999, avec la motion Cottier, d'étudier la forme d'organisation juridique pour les professions libérales et de présenter, si nécessaire, une base légale adéquate (motion 99.3656). Sur proposition du Conseil fédéral, le Parlement a accepté en 2011 de classer la motion Cottier (Rapport du Conseil fédéral du 4 mars 2011, Motions et postulats des conseils législatifs 2010, p. 9).

C. Supprimer les inégalités de traitement

Un autre problème qui est apparu récemment et qui devrait, d'après nous, être corrigé dans la nouvelle réglementation, est l'instauration d'un traitement différencié entre, d'une part, les sociétés de capitaux d'avocats et, d'autre part, les sociétés de personnes¹²⁵⁰.

Les avocats qui souhaitent s'organiser en société de capitaux doivent, en principe, se soumettre volontairement (parfois, comme nous le verrons, il s'agit même d'une obligation) à une procédure d'autorisation préalable auprès des autorités cantonales de surveillance, lesquelles procèdent à un examen approfondi de l'organisation de la société, les statuts étant passés au crible. Dans la pratique, les avocats se soumettent volontairement à une telle procédure, afin d'avoir la certitude que même après la transformation en une SA ou en une Sàrl, les avocats de l'étude pourront toujours rester inscrits dans un registre cantonal¹²⁵¹.

Le canton de Genève a jugé opportun d'ajouter un complément à la Loi sur la profession d'avocat (LPAv), laquelle prévoit désormais à l'article 10 alinéa 2 que « [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 ». La Commission du barreau du canton de Genève a également adopté une directive le 4 avril 2011 qui précise, en particulier, ce qui suit :

« La procédure d'agrément a pour but de vérifier que l'avocat qui entend pratiquer dans un tel cadre remplit les conditions d'inscription au registre cantonal, en particulier celles prescrites par l'art. 8 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA - RS 935.61). La demande d'agrément est ainsi à la fois **indispensable** et **obligatoire**. Elle a valeur de règle professionnelle au sens de l'art. 12 let. j LLCA et sa violation est susceptible de donner lieu au prononcé d'une sanction disciplinaire (art. 17 LLCA ; art. 43 LPAv).

L'agrément, qui se définit comme l'autorisation administrative de pratiquer, doit être sollicité et délivré **préalablement** à l'exercice effectif de la profession d'avocat sous la forme d'une société de capitaux, soit, lorsqu'il s'agit d'une nouvelle société, **avant même**

¹²⁵⁰ À noter que si cette inégalité de traitement était déjà perceptible dans la décision du 29 mai 2006 du canton d'Obwald (voir *supra*, p. 259 ss), elle ressort beaucoup plus clairement dans la décision du 5 octobre 2006 du canton de Zurich (voir *supra*, p. 269 ss).

¹²⁵¹ La réorganisation d'une étude en société de capitaux implique des frais et des efforts importants, que l'on pense notamment à l'adaptation des contrats à la nouvelle structure (contrats de travail, de bail, de services, etc.) ou à la modification de la comptabilité et de la fiscalité de l'étude.

l'inscription de cette dernière au registre du commerce. Concrètement, l'avocat exerçant son activité sans requérir l'agrément ou avant même de l'avoir obtenu court le risque d'être **radié** du registre ou du tableau auquel il est inscrit »¹²⁵².

En revanche, la Commission du barreau de Genève ne semble pas exiger un agrément pour les avocats qui entendent s'organiser sous la forme traditionnelle d'une société de personnes.

Il est frappant de constater à quel point la volonté de réglementer les sociétés de capitaux d'avocats ne s'est jamais faite autant pressante que depuis qu'elles ont fait leur apparition, comme si le fait de pratiquer le métier d'avocat en société simple ou en société en nom collectif comportait un risque plus négligeable qu'une pratique en société de capitaux. Cette analyse repose pourtant sur une méprise. En effet, *le risque d'influence entre un avocat qui serait associé à une personne non inscrite au sein d'une société en nom collectif n'est pas différent de celui d'un associé d'une société de capitaux qui serait salarié de celle-ci*¹²⁵³. La légitimité d'un tel examen préalable, qui n'existe pas pour les études d'avocats organisées en sociétés de personnes, est dès lors vivement critiquée par la doctrine, et ce à juste titre¹²⁵⁴. En réalité, le critère de la forme sociale n'est pas pertinent dans l'analyse du critère d'indépendance.

Comme nous l'avons constaté dans la partie relative aux commentaires et à l'analyse de l'ATF 138 II 440¹²⁵⁵, c'est avant tout la présence de personnes non soumises à la LLCA qui permet de déterminer si la condition de l'indépendance institutionnelle au sens de l'article 8 alinéa 1 lettre d LLCA est satisfaite¹²⁵⁶.

BIANCHI/PHILIPPIN ont relevé, de manière pertinente, ce qui suit :

« Au fond, exiger des avocats désireux de s'organiser sous la forme d'une société de capitaux qu'ils montrent patte blanche pour pouvoir être (ou demeurer) inscrits dans un registre cantonal revient à présumer leur mauvaise foi, alors que la société anonyme et la société à responsabilité limitée ne sont pas structurellement plus propices à des alliances interdites que les sociétés de personnes, ni en soi plus compromettantes pour l'indépendance que la pratique individuelle. Au contraire, dans la société à responsabilité limitée,

¹²⁵² Commission du barreau, L'agrément de la Commission du barreau pour l'exercice de la profession d'avocat sous la forme d'une société de capitaux (art. 10 al. 2 LPAv), *Vade-mecum*, le 4 avril 2011, p. 1.

¹²⁵³ BOHNET/MARTENET, N 2374.

¹²⁵⁴ BIANCHI/PHILIPPIN, p. 25-26 ; STRÄULI, *Auf dem Weg zu alten Solothurner Zuständen*, p. 21.

¹²⁵⁵ Voir *supra*, p. 298 ss.

¹²⁵⁶ Dans ce sens également, BOHNET/MARTENET, N 2370-2371.

en particulier, la publicité donnée à l'identité des associés (art. 791 CO) devrait même fonctionner comme un frein aux liaisons dangereuses »¹²⁵⁷.

Comme nous l'avions pressenti, il y a une confusion malheureuse entre, d'une part, la question des sociétés de capitaux d'avocats et, d'autre part, la problématique de l'association multidisciplinaire¹²⁵⁸. La confusion semble d'autant plus manifeste que l'exigence de cet agrément spécifique aux sociétés de capitaux d'avocats a été introduite dans une disposition de la LPAv qui prohibe précisément l'association multidisciplinaire.

Il convient également de souligner que cet agrément s'inscrit en porte-à-faux avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, en particulier avec l'arrêt 138 II 440. En effet, notre Haute Cour a expressément reconnu *qu'une société de capitaux d'avocats entièrement détenue et contrôlée par des avocats inscrits au registre ne comportait pas plus de risques qu'une pratique par des avocats, toujours dans cette même configuration, sous une autre forme juridique*. Il est dès lors incompréhensible que le Commission du barreau de Genève ait jugé opportun de maintenir un tel agrément pour les sociétés de capitaux d'avocats, et ce en dépit de la jurisprudence – pourtant claire – du Tribunal fédéral.

Ainsi, l'agrément – jugé indispensable et obligatoire – par la Commission du barreau de Genève nous laisse perplexe, dans la mesure où il ne trouve aucun appui ni dans la LLCA ni même dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il crée, par ailleurs, une inégalité de traitement injustifiée entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux d'avocats. La nouvelle réglementation sur la profession d'avocat devrait y remédier.

IV. Définir ou redéfinir le rôle de l'autorité de surveillance

La question d'une réforme de la réglementation de la profession d'avocat nous semble indissociable de la question du rôle attribué à l'autorité de surveillance.

Curieusement, cette question n'a, à notre connaissance, jamais fait l'objet de discussions en Suisse. Pourtant, le rôle de l'autorité de surveillance est crucial et les questions qui doivent être tranchées par cette dernière sont de plus en plus complexes. Nous l'avons constaté avec les sociétés de capitaux d'avocats et la procédure d'agrément qui a été mise en place dans certains cantons. Nous l'avons également constaté lors de l'examen de différents arrêts cantonaux et

¹²⁵⁷ BIANCHI/PHILIPPIN, p. 26.

¹²⁵⁸ À notre avis, cette confusion trouve son origine dans la décision du 5 octobre 2006 du canton de Zurich, qui traite indistinctement de ces deux problématiques. Voir *supra*, p. 269 ss.

fédéraux : les autorités de surveillance sont souvent amenées à examiner des situations qui auraient été tout simplement inimaginables il y a encore quelques années. L'exemple le plus éloquent est probablement celui de cabinets d'avocats étrangers – utilisant un véhicule juridique inconnu du droit suisse – qui décident de s'implanter dans notre pays et d'engager des avocats suisses¹²⁵⁹. Il ne s'agit cependant que d'un exemple parmi d'autres et le meilleur reste sans aucun doute à venir avec les ABS¹²⁶⁰, ou d'autres structures similaires, qui peuvent être détenues en tout ou en partie par des non-avocats. La nouvelle réglementation devrait ainsi apporter un cadre clair à l'autorité de surveillance pour lui permettre de répondre à ces nouveaux défis.

Même si les personnes à la tête de ces commissions sont pour la plupart des professionnels du droit, la question de savoir comment réglementer et/ou surveiller les praticiens, voire à l'avenir les cabinets d'avocats eux-mêmes, est sans aucun doute une science à part entière.

Nous sommes ainsi convaincus que des améliorations substantielles pourraient être apportées à la pratique de la réglementation par les autorités de surveillance. En particulier, des enseignements pourraient être tirés des pratiques des autorités de régulation d'autres juridictions, comme en Australie (Nouvelle-Galles du Sud)¹²⁶¹, ainsi qu'en Angleterre et au Pays de Galles¹²⁶². L'idée derrière tout cela n'est pas tant de pousser la profession d'avocat vers une libéralisation, mais bien de se poser la question suivante : comment faire pour mieux réglementer et surveiller ? À cet égard, examiner le fonctionnement des autorités chargées de réglementer des entités susceptibles d'être détenues en tout ou en partie par des non-avocats, voire cotées en bourse dans des cas extrêmes, ne peut être que riche en enseignements, dans la mesure où ces autorités, pour parvenir à un tel résultat, ont inévitablement dû repenser leur rôle et leur manière de réglementer.

Dans un article intitulé « Sociétés d'avocats – où va-t-on ? », BEAT VON RECHENBERG constatait que depuis vingt ans, la profession d'avocat s'était de plus en plus commercialisée en Suisse et que cette tendance avait été amplifiée par la pression croissante des concurrents sur le marché¹²⁶³. Il se demandait si les sociétés d'avocats accentueraient la commercialisation de la profession¹²⁶⁴.

¹²⁵⁹ Voir l'ATF 140 II 102, *supra*, p. 303 ss.

¹²⁶⁰ Pour une définition des ABS, voir *supra*, p. 138 ss.

¹²⁶¹ Voir *supra*, p. 101 ss.

¹²⁶² Voir *supra*, p. 136 ss.

¹²⁶³ VON RECHENBERG, *Sociétés d'avocats – où va-t-on?*, p. 427.

¹²⁶⁴ *Ibid.*

Dans ce contexte, l'autorité de surveillance a, d'après nous, un rôle crucial à jouer. À l'heure actuelle, son rôle consiste principalement à veiller au respect des règles professionnelles et à engager, si nécessaire, une procédure disciplinaire à l'encontre d'avocats qui auraient violé certaines de ces règles. En réalité, les procédures qu'elle engage le sont le plus souvent suite à des dénonciations de clients ou de confrères, voire suite à une communication par les autorités administratives et judiciaires cantonales et fédérales (art. 15 LLCA), car elle ne dispose ni du personnel suffisant ni des infrastructures nécessaires pour conduire une véritable surveillance¹²⁶⁵. Une approche plus proactive de la réglementation – et non pas seulement réactive – serait, à notre avis, susceptible de limiter ou, à tout le moins, d'atténuer les pressions liées à la commercialisation de la profession. Des solutions seront proposées dans le dernier chapitre de notre travail¹²⁶⁶.

Par ailleurs, la question suivante – qui est fondamentale – doit également faire l'objet d'un examen : est-ce que les autorités de surveillance en Suisse sont suffisamment « armées » pour surveiller ou réglementer des ABS ou des structures similaires si ces dernières pouvaient s'implanter demain librement sur notre territoire ?

La réponse à cette question semble clairement négative. Comme nous l'avons vu dans la deuxième partie de notre travail, une telle libéralisation a exigé de repenser en profondeur la manière de réglementer la profession et plus particulièrement les structures d'exercice. Dès lors, cela revient à se demander si l'interdiction de telles structures en Suisse n'est pas économiquement plus efficace pour l'autorité que de créer une toute nouvelle structure pour tenter de les réglementer. Comme nous l'avons vu, cette solution comporte évidemment le risque de réintroduire des barrières à la liberté d'établissement¹²⁶⁷.

En résumé, il nous semble que le rôle et le fonctionnement de l'autorité de surveillance devraient faire l'objet d'un réexamen, et ce en lien avec la mise en place d'une nouvelle réglementation. À cet égard, le degré de libéralisation devrait avoir un impact sur le rôle et le fonctionnement de l'autorité de surveillance : une certaine ouverture des sociétés d'avocats à des associés ou à des actionnaires non-avocats exigerait probablement que l'autorité joue un rôle plus actif dans la surveillance.

¹²⁶⁵ Ce qui pourrait aussi expliquer, d'après nous, que les mesures disciplinaires prononcées par les autorités administratives romandes sont en général peu nombreuses, comme le souligne FISCHER, *Avocats sanctionnés*, à moins que les avocats soient particulièrement vertueux.

¹²⁶⁶ Voir *infra*, p. 371 ss.

¹²⁶⁷ Voir *supra*, p. 72 ss.

Chapitre 18 : Le projet de loi fédérale sur la profession d'avocat

I. Introduction

A. Préparation d'un projet par la FSA

La FSA a fait appel en 2009 à une commission d'experts, présidée par ERNST STAEHELIN, ancien président de la FSA, afin de lancer des travaux préparatoires en vue de l'adoption d'une loi fédérale sur la profession d'avocat.

Suite à une procédure de consultation auprès des Ordres cantonaux en juin 2011 et après avoir procédé à certains ajustements, un projet de loi fédérale a été transmis à la mi-février 2012 à l'Office fédéral de la justice¹²⁶⁸. Le texte du projet figure à l'annexe 9.

B. Remarques concernant certaines critiques

PIERRE-DOMINIQUE SCHUPP a souligné que « [...] ce procédé a suscité quelques critiques, certains considérant qu'il n'était pas admissible qu'une profession dépose un projet de loi dans lequel elle dicterait ce qui lui conviendrait »¹²⁶⁹.

Dans la première partie de notre travail, nous avons abordé la question de l'auto-réglementation de la profession¹²⁷⁰. Son instinct d'autopréservation ne doit pas être sous-estimé. Ce dernier pourrait en effet mener à des situations où la profession ferait passer – peut-être même de manière non intentionnelle – ses propres intérêts avant ceux du public. Par exemple, est-ce que les barrières à l'entrée sont placées de manière appropriée pour protéger le public d'avocats incompetents ou est-ce qu'elles sont, de manière détournée, utilisées pour freiner l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, lesquels pourraient causer

¹²⁶⁸ STAEHELIN, *Le projet de loi sur la profession d'avocat*, p. 128.

¹²⁶⁹ SCHUPP, *L'autorégulation de la profession d'avocat – situation en Suisse*.

¹²⁷⁰ Voir *supra*, p. 50 ss.

la réduction des rentes des praticiens déjà établis ? Comment s'assurer que le niveau est correctement évalué, alors que ces praticiens disposent du pouvoir de déterminer un tel niveau ? Est-ce dans l'intérêt du public ou dans celui de la profession qu'il en soit ainsi ?

Toutes ces questions sont omniprésentes dans le débat concernant la réglementation de la profession d'avocat. Il faut en avoir conscience, car la profession n'est pas seulement une organisation qui se construit autour de l'exercice d'une fonction spécifique, elle est aussi un mouvement politique¹²⁷¹.

Les professions qui disposent de prérogatives ou, à tout le moins, de certaines facultés d'autoréglementation seraient bien avisées de garder à l'esprit ce qui s'est passé en Angleterre et au Pays de Galles. La décision de retirer la réglementation aux organismes professionnels de ces pays – où les professions de *solicitors* et de *barristers* ont une très longue tradition – ne peut pas être réduite qu'à une seule volonté politique, les organismes en question ont également une part de responsabilité car ils n'ont pas su, voulu ou pu entreprendre à temps les réformes de leurs professions jugées pourtant indispensables.

Ainsi, nous sommes d'avis qu'il est très positif qu'une association professionnelle considère qu'une réforme de la profession exercée par ses membres soit nécessaire et fasse bénéficier le législateur de la compétence et des connaissances particulières de ses membres.

Une approche comparative de la situation permet d'ailleurs de balayer les critiques. Si l'on prend l'exemple des États-Unis, où la profession d'avocat rencontre des difficultés à engager un processus de réforme, compte tenu de son influence et surtout de son efficacité à maintenir un *statu quo*¹²⁷², la démarche engagée par la FSA ne peut être que saluée. Elle peut d'autant plus être saluée que le projet, comme nous le verrons, est libéral dans son esprit, puisqu'il admet la possibilité d'une minorité de tiers non inscrits au registre en qualité d'associés ou d'actionnaires de sociétés d'avocats, alors que le projet aurait très bien pu prévoir un « verrou à double tour », imposant une détention des cabinets d'avocats à 100 % par des avocats inscrits.

Enfin, la situation serait différente si le projet déposé par la FSA était adopté sans aucune discussion et en l'absence de tout processus démocratique. Comme il est permis de penser que cela ne sera pas le cas, la critique est mal fondée. En revanche, il serait opportun, à notre sens, de veiller lors des travaux parlementaires à ce que les commissions en charge du projet de loi soient suffisamment

¹²⁷¹ Dans ce sens KARPIK, *Les avocats*, p. 19.

¹²⁷² Voir *supra*, p. 164 ss.

panachées, afin d'éviter d'avoir le sentiment que le projet est préparé et discuté en catimini par des professionnels et dans leur seul intérêt, alors que les intérêts en jeu sont probablement plus nombreux¹²⁷³.

C. Motion visant à l'élaboration d'une loi réglant tous les aspects de la profession d'avocat

Entre-temps, le conseiller national KARL VOGLER a déposé le 3 mai 2012 une motion visant l'élaboration d'une loi réglant tous les aspects de la profession d'avocat¹²⁷⁴. La motion relève, notamment, ce qui suit :

« Il est urgent de créer une loi sur les avocats qui ne règle pas essentiellement la libre circulation, comme c'est le cas de la loi fédérale actuelle (loi fédérale sur la libre circulation des avocats, LLCA), mais qui règle tous les aspects de la profession. L'unification des codes de procédure CPC et CPP au 1er janvier 2011 et une mobilité croissante des avocats en Suisse ont mis au jour des lacunes qu'il convient de combler ».

Le Conseil fédéral a proposé le 15 août 2012 d'accepter la motion, en précisant qu'il était disposé à proposer une réglementation de l'organisation des études d'avocats ; ce dernier point n'avait volontairement pas été examiné lors des travaux préparatoires de la LLCA. Le Conseil national a adopté la motion sans discussion le 28 septembre 2012.

La Commission des affaires juridiques du Conseil des États a proposé, dans son rapport du 21 janvier 2013, d'accepter la motion. Les considérations de la Commission étaient les suivantes :

« Depuis l'élaboration de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, il y a plus de dix ans, le contexte a partiellement changé : augmentation du nombre des avocats ; augmentation de la mobilité des avocats, notamment sous l'effet de l'unification du droit de procédure ; augmentation de la mobilité des étudiants en droit et des candidats à l'exercice de la profession d'avocat ; modification des structures d'exercice de la profession (augmentation de la taille des études, concentrations, nouvelles formes juridiques d'organisation des études) ; déplacement du centre de gravité dans certaines structures (plus de conseil, moins de représentation en justice) ; tendance à la spécialisation ; complexification du paysage général du conseil juridique (conseils en brevets, présence accrue d'acteurs autres que les études d'avocats, présence au sein des études de personnes ayant une formation autre que celle d'avocat).

¹²⁷³ Pour une discussion à ce sujet, voir *supra*, p. 235 ss.

¹²⁷⁴ Motion visant l'élaboration d'une loi réglant tous les aspects de la profession d'avocat, déposée le 3 mai 2012 par le conseiller national Karl Vogler (12.3372).

Dans ce nouveau contexte, la réglementation de la profession d'avocat mérite un réexamen. Pour la commission, l'objectif de cette démarche doit être de garantir la qualité des services fournis par l'avocat à son mandant. En ce qui concerne les nouvelles formes d'organisation des études, la récente jurisprudence du Tribunal fédéral devra être intégrée dans la réflexion (ATF 138 II 440 admissibilité d'une étude d'avocats organisée sous la forme d'une personne morale, en l'espèce une société anonyme) »¹²⁷⁵.

Le Conseil des États a accepté la motion le 14 mars 2013.

Notons que le projet de la FSA, transmis à l'Office fédéral de la justice à la mi-février 2012, n'a pas été mentionné. Il serait toutefois très surprenant, à notre sens, que celui-ci ne serve pas de point de départ à une réflexion.

Pour donner suite à la motion précitée, une première consultation est prévue pour novembre 2015¹²⁷⁶.

II. Aperçu du projet sous l'angle de la société d'avocats

La nouveauté du projet se trouve au chapitre 5, intitulé « Exercice collectif de la profession », qui compte cinq articles (art. 38-42).

L'article 38 du projet, sous le titre « Société d'avocats », prévoit que « [l]'exercice collectif de la profession d'avocat est admis sous toute forme juridique prévue par le droit suisse ». Il s'agit d'une concrétisation de l'ATF 138 II 440¹²⁷⁷.

La société d'avocats, telle qu'elle est prévue à l'article 38, vise non seulement les sociétés de capitaux (SA ou Sàrl), mais également les autres formes de sociétés qui peuvent entrer en considération (en particulier la société en nom collectif)¹²⁷⁸. ERNST STAEHELIN relève ainsi qu'« [i]l n'y a aucun motif justifiant que le droit professionnel traite différemment une société de personnes et une société de capitaux »¹²⁷⁹.

L'exercice collectif de la profession d'avocat est admis, mais celui-ci doit se faire en utilisant une forme juridique prévue par le droit suisse (art. 38). Cette

¹²⁷⁵ Motion Conseil national Vogler (12.3372). Élaboration d'une loi réglant tous les aspects de la profession d'avocat. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 janvier 2013.

¹²⁷⁶ Procédures de consultation et d'audition prévues jusqu'à la fin de 2015, disponible sur : https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/vn_gepl_1_2015.html.

¹²⁷⁷ Voir *supra*, p. 293 ss.

¹²⁷⁸ STAEHELIN, *Le projet de loi sur la profession d'avocat*, p. 131.

¹²⁷⁹ *Ibid.* Voir aussi notre critique à ce sujet *supra*, p. 340 ss.

solution, qui est justifiée sous l'angle de la surveillance d'une telle société, est conforme à l'arrêt du Tribunal administratif du 29 avril 2008 de la République et canton de Genève¹²⁸⁰.

L'article 17 dispose, notamment, que pour être inscrit au registre des avocats, l'avocat doit être en mesure d'exercer la profession d'avocat en toute indépendance ; il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites au registre ou par une société d'avocats au sens des articles 38 et suivants (let. c).

L'article 39 énumère cinq conditions qui devront être remplies pour qu'un avocat inscrit au registre puisse être employé par une société d'avocats.

Premièrement, seules des personnes physiques peuvent être associées ou actionnaires d'une société d'avocats, sous réserve de l'exception prévue à l'article 42 du projet pour les sociétés holding si certaines conditions restrictives sont remplies (let. a). Deuxièmement, le projet exige que le but principal de la société d'avocats se limite à la prestation de services juridiques et aux activités qui lui sont liées, peu importe qu'il s'agisse de représentation de parties devant les autorités ou de conseils juridiques (let. b). ERNST STAEHELIN précise, à ce propos, que les éventuels buts accessoires doivent être subordonnés au but principal et que les éventuelles activités accessoires doivent s'inscrire dans le cadre du but principal, soit la prestation de services juridiques¹²⁸¹. Troisièmement, le projet prévoit qu'une majorité des trois quarts au moins des droits de vote doit appartenir à des associés de la société d'avocats qui sont des avocats inscrits, et que la participation de ces derniers doit atteindre au minimum deux tiers du capital propre de la société (let. c). Quatrièmement, toutes les décisions à tous les niveaux de la société d'avocats (assemblée générale, conseil d'administration et direction) doivent être prises exclusivement à la majorité des voix des associés inscrits, les statuts pouvant toutefois prévoir une majorité plus stricte (let. d). D'après ERNST STAEHELIN, le but de cette disposition est d'éviter que des personnes qui ne sont pas avocates exercent une influence décisive¹²⁸². Cinquièmement, le projet exige que le président de l'organe supérieur de direction ou d'administration (conseil d'administration dans une SA et direction dans une Sàrl) et de l'assemblée des associés (dans une Sàrl ou dans une société en nom collectif) ou de l'assemblée générale des associés (dans une SA) soit toujours un avocat inscrit (let. e).

Par ailleurs, pour éviter que ces tiers ne participent à la société comme investisseurs purement passifs, le projet exige que « les personnes physiques qui ont la

¹²⁸⁰ Tribunal administratif, Genève, 29 avril 2008, ATA/201/2008, consid. 7.

¹²⁸¹ STAEHELIN, *Le projet de loi sur la profession d'avocat*, p. 131.

¹²⁸² *Ibid.*

qualité d'associés non inscrits exercent au sein de la société d'avocats une activité professionnelle contribuant au but social effectivement poursuivi par la société » (art. 39 al. 1 let. f). En outre, le projet ne limite pas les professions que peuvent exercer les tiers non-avocats ; le critère décisif étant celui de l'activité effective de la société d'avocats¹²⁸³.

Le projet prévoit, enfin, une obligation d'annonce pour les sociétés d'avocats dont les associés sont tous inscrits (art. 40) et un régime d'autorisation pour les sociétés dont tous les associés ne sont pas inscrits (art. 41).

Ainsi, contrairement aux autorités de surveillance des cantons de Bâle-Ville¹²⁸⁴ et de Vaud¹²⁸⁵, qui exigent que la société d'avocats soit contrôlée à 100 % par des avocats inscrits, le projet autorise la participation dans une société d'avocats de tiers qui ne sont pas avocats. ERNST STAEHELIN précise que le projet autorise la participation de tiers, dans la mesure où la société conserve le caractère d'une étude d'avocats¹²⁸⁶.

III. Examen du projet

A. Les points positifs

1. Détermination du but de la loi

L'article 2 du projet est rédigé en ces termes :

« La présente loi vise à ;

- a) assurer la qualité des prestations de services fournies par les avocats ainsi que la protection du public ;
- b) uniformiser le droit de la profession d'avocat ; et
- c) garantir la libre circulation intercantonale et l'exercice de la profession d'avocat par des avocats étrangers en Suisse ».

¹²⁸³ STAEHELIN, *Le projet de loi sur la profession d'avocat*, p. 131, qui cite les exemples d'un médecin qui deviendrait associé d'une étude spécialisée dans des cas de responsabilité civile et d'assurances ou d'un architecte qui deviendrait associé d'une étude spécialisée en droit des constructions.

¹²⁸⁴ Commission de surveillance des avocats du canton de Bâle-Ville, décision du 14 juin 2007.

¹²⁸⁵ Chambre des avocats du canton de Vaud, décision du 27 octobre 2008, affaire 7/08.

¹²⁸⁶ STAEHELIN, *Le projet de loi sur la profession d'avocat*, p. 131.

Il s'agit, selon nous, d'une amélioration en termes de réglementation.

Curieusement, la LLCA ne prévoit aucune disposition qui indique le ou les but(s) poursuivi(s) par la réglementation. Certes, à la lecture de l'intitulé de la loi et de l'article 1 LLCA, on comprend que l'objet de la loi consiste à garantir la libre circulation des avocats et à fixer les principes applicables à l'exercice de la profession d'avocat en Suisse. La question fondamentale que l'on se pose est dès lors la suivante : dans quels buts, respectivement pour qui, ces principes applicables à l'exercice de la profession d'avocat sont-ils fixés ? Est-ce que la réglementation est prévue dans l'intérêt de la profession, des clients ou dans celui du public ?

Les réponses à ces questions sont primordiales d'après nous, puisqu'elles permettent, déjà au moment de la préparation d'une réglementation, de fixer le cadre des débats. Une fois que les buts sont fixés dans la loi, ceux-ci peuvent ensuite servir de guide pour aider à comprendre le sens d'une disposition qui devra faire l'objet d'une interprétation.

Une approche comparative permet d'ailleurs de s'apercevoir que l'absence d'indication des buts dans les lois régissant la profession d'avocat est très souvent la règle plutôt que l'exception¹²⁸⁷.

Nous pensons, enfin, qu'il serait opportun d'ajouter à l'article 2 du projet un but supplémentaire, qui pourrait figurer en tête de liste et serait rédigé comme suit :

« La présente loi vise à ;

- a) Promouvoir l'État de droit et maintenir la fonction de l'avocat en tant qu'auxiliaire de la justice ;

[...] ».

2. Reconnaissance et réhabilitation des sociétés d'avocats

L'exercice collectif de la profession d'avocat, sous la terminologie société d'avocats, est reconnu mais également réhabilité dans la loi, alors que la LLCA ne prenait pas en compte cet aspect¹²⁸⁸. Cette reconnaissance et cette réhabilitation des sociétés d'avocats dans la loi est fondamentale, dans la mesure où elle

¹²⁸⁷ Voir *supra*, p. 65.

¹²⁸⁸ Voir *supra*, p. 215 ss.

permettra de prévoir des dispositions qui seront également axées sur la pratique en groupe et non pas uniquement sur le praticien individuel¹²⁸⁹.

3. Égalité de traitement entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux

Comme nous l'avions souligné au chapitre 16 concernant la question de la nécessité d'une réforme, il existe dans certains cantons un traitement différent entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux d'avocats ; différence de traitement n'étant justifiée par aucun motif pertinent¹²⁹⁰. L'indépendance institutionnelle des avocats, dans un cas comme dans l'autre, devrait être examinée à l'aune des mêmes critères, sans diaboliser inutilement une forme de société plus qu'une autre.

Le rétablissement d'une égalité de traitement entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux doit être salué. En effet, le projet soumet toutes les sociétés d'avocats aux mêmes conditions prévues à l'article 39. S'agissant de la nécessité d'obtenir un agrément, le critère déterminant ne sera pas celui de la forme juridique du cabinet, mais la présence ou non d'associés inscrits au registre, comme nous l'avions suggéré lors du commentaire de l'ATF 138 II 440¹²⁹¹. Ce critère nous paraît, en effet, plus pertinent pour examiner l'indépendance institutionnelle d'un associé employé par une société d'avocats que celui du lien de subordination.

Dans ce cas, le projet prend également en compte dans les sociétés d'avocats le risque d'une influence horizontale d'une personne non inscrite au registre sur un avocat inscrit au registre, et ce pour toutes les formes de sociétés, c'est-à-dire non seulement les sociétés de capitaux d'avocats, mais également les sociétés de personnes. On respecte dès lors une parfaite égalité de traitement. Enfin, l'exigence d'un agrément pour les sociétés d'avocats dont tous les associés ne sont pas des avocats inscrits au registre repose désormais sur un critère pertinent.

¹²⁸⁹ D'une manière plus générale, voir *supra*, p. 57 ss.

¹²⁹⁰ Voir *supra*, p. 340 ss.

¹²⁹¹ Voir *supra*, p. 298 ss.

4. Prohibition des investissements passifs

En exigeant que les personnes physiques qui ont la qualité d'associés non inscrits exercent au sein de la société d'avocats une activité professionnelle contribuant au but social effectivement poursuivi par la société, l'article 39 lettre f du projet prohibe d'éventuels investissements passifs par des tiers qui ne seraient pas inscrits au registre.

Ce choix est judicieux et il s'impose. D'une part, il ne restreint pas le cercle des associés non inscrits à un statut professionnel particulier (par exemple agents de brevets, conseillers fiscaux ou experts-comptables), laissant ainsi une plus grande marge de manœuvre aux sociétés d'avocats. D'autre part, la nature et la fonction d'une étude d'avocats nous semblent incompatibles avec celle d'un véhicule juridique destiné à des spéculations financières, des placements de capitaux ou des prises de participations. La possibilité d'une étude d'avocats cotée en bourse est dès lors aussi proscrite par cette mesure, ce qui nous semble justifié.

Il est intéressant de souligner, dans une approche comparative, que l'exigence que des tiers non-avocats soient actifs au sein du cabinet a aussi été retenue dans le District de Columbia aux États-Unis¹²⁹².

En Australie, la réglementation permet à des cabinets d'avocats d'être cotés en bourse et c'est le cas pour deux d'entre eux¹²⁹³. Même si la réglementation a rendu possible un tel résultat et que les différents documents des sociétés ont fait l'objet de discussions et de négociations entre le régulateur et le régulé, afin de concilier au mieux la nature d'un cabinet d'avocats et la nature d'une société cotée en bourse, de très nombreuses incertitudes demeurent encore à ce sujet. Il s'agit probablement de l'une des plus grandes critiques que nous puissions faire à l'égard des ABS. Certes, la réglementation, autant du point de vue du *Legal Services Act* que des règles mises en place par la SRA, paraît robuste dans la mesure où elle a été pensée pour permettre à des tiers qui ne seraient pas actifs au sein de ces entités d'en être actionnaires. Toutefois, il nous semble que même l'approche la plus performante de la gestion de tous les profils de risques par une autorité de réglementation ne suffit pas pour anticiper tous les problèmes susceptibles de se poser lorsque des investissements passifs sont autorisés¹²⁹⁴.

¹²⁹² Voir *supra*, p. 162 ss.

¹²⁹³ Voir *supra*, p. 110 ss.

¹²⁹⁴ Pour l'anecdote, l'auteur se souvient d'une discussion informelle qu'il a eue à l'issue d'une conférence à Londres avec un responsable de la SRA. L'auteur avait alors saisi l'occasion de

En résumé, nous sommes d'avis que la réglementation doit permettre à l'autorité de surveillance, mais aussi à la société d'avocats, de maintenir constamment un contrôle sur les personnes non inscrites au registre qui seront susceptibles d'être associées ou actionnaires des sociétés en question.

Il convient d'ailleurs de noter que le projet de la FSA est conforme à la résolution de la Fédération des Barreaux d'Europe sur la propriété des cabinets d'avocats :

« La Fédération des Barreaux d'Europe, réunie en congrès à Bruges le 23 mai 2009 [...] s'oppose à l'introduction en bourse des sociétés d'avocats et estime que, pour les législations acceptant déjà les actionnaires extérieurs non-avocats, ceux-ci devront être extrêmement minoritaires dans le capital et la gouvernance des cabinets »¹²⁹⁵.

Enfin, la disposition ne dit rien s'agissant du niveau requis de participation des tiers associés dans la société d'avocats. Or la question qui risque de se poser est de savoir si une activité de deux ou trois heures par semaine devra être jugée suffisante ou non.

5. Projet libéral « dans son esprit »

Le fait que le projet soit libéral du point de vue de l'admission des pratiques multidisciplinaires, respectivement de l'admission de tiers non inscrits au registre en tant qu'associés de cabinets d'avocats, est un aspect positif.

Il doit, en effet, être tenu compte dans la réglementation du besoin évident des praticiens de pouvoir organiser leurs cabinets d'avocats sans restrictions importantes. Comme l'a relevé KASPAR SCHILLER, « [j]e *stärker die Organisationsfreiheit für Anwaltsbüros beschränkt wird, desto eher werden die Anwälte und damit auch die Geltung der Anwaltsgesetzgebung auf den Monopolbereich und auf lokale Fälle zurückgedrängt* »¹²⁹⁶. Il ne faut bien entendu pas nier qu'il existe une tension évidente entre, d'une part, l'intérêt de pouvoir organiser les cabinets d'avocats le plus librement possible et, d'autre part, l'intérêt de réglementer pour garantir le respect des règles professionnelles de l'avocat. Comme

demander à ce cadre de la SRA comment son autorité allait s'y prendre pour s'assurer que des investisseurs passifs n'influencent pas les *solicitors* au détriment de leurs clients et du public en général. Avec un flegme tout britannique, mais néanmoins teinté d'ironie, le responsable – qui n'était ni juriste, ni avocat de formation – avait alors répondu : « *We need to trust the lawyers, don't we ?* ».

¹²⁹⁵ Fédération des Barreaux d'Europe (FBE), Résolution sur la propriété des cabinets d'avocats, Bruges, le 23 mai 2009.

¹²⁹⁶ SCHILLER, N 1424.

la question est autant sensible que passionnante, des tensions et des polémiques se cristallisent parfois dans des opinions divergentes¹²⁹⁷.

L'admissibilité des pratiques multidisciplinaires s'inscrit dans une tendance, en Suisse comme à l'étranger. D'après GAUDENZ ZINDEL, interdire les pratiques multidisciplinaires n'est plus d'actualité¹²⁹⁸. Selon BOHNET/MARTENET, « [i]l serait excessif de s'opposer, pour des motifs abstraits d'indépendance, à toute collaboration avec des tiers non inscrits, alors que d'autres mécanismes permettent de garantir la maîtrise décisionnelle aux avocats inscrits au registre »¹²⁹⁹. D'après MANFRED KÜNG, restreindre les cabinets d'avocats à des monocultures serait économiquement faux¹³⁰⁰. Même le Tribunal fédéral a reconnu la nécessité économique de cabinets multidisciplinaires¹³⁰¹. À l'étranger, bien que de nombreux pays maintiennent aujourd'hui encore une approche très traditionnelle¹³⁰², il existe une tendance générale qui consiste à remettre en question le modèle traditionnel du cabinet d'avocats¹³⁰³. La présence d'associés ou de gérants non-avocats dans des cabinets d'avocats est aujourd'hui devenue une réalité dans certains pays, et pas seulement en Australie, en Angleterre et au Pays de Galles¹³⁰⁴.

6. Maintenir le caractère d'une étude d'avocats

Si le projet de loi autorise la participation de tiers qui ne sont pas avocats dans une société d'avocats, cette dernière doit conserver le caractère d'une étude d'avocats.

La loi prévoit, en effet, que le but principal de la société d'avocats se limite à la prestation de services juridiques et aux activités qui lui sont liées (art. 39 al. 1 let. b du projet) et que les tiers associés non inscrits exercent au sein de la société d'avocats une activité professionnelle contribuant au but social effectivement poursuivi par la société (art. 39 al. 1 let. f du projet).

L'Autorité de surveillance des avocats du canton de Zurich avait retenu, dans sa décision de 2006, que l'association et la collaboration de spécialistes non

¹²⁹⁷ Voir p. ex. la controverse entre HIRT et FELLMANN relevée par SENNHAUSER, N 212.

¹²⁹⁸ ZINDEL, *Anwaltsgesellschaften in der Schweiz*, p. 255-256.

¹²⁹⁹ BOHNET/MARTENET, N 2372.

¹³⁰⁰ KÜNG, *Anwaltskörperschaft und Unabhängigkeit*, p. 283.

¹³⁰¹ ATF 130 II 87, consid. 4.1, RDAF 2005 I 519 (rés.).

¹³⁰² Voir à cet égard l'enquête menée par l'auteur à l'annexe 1.

¹³⁰³ Voir *supra*, p. 27 ss.

¹³⁰⁴ Voir *supra*, p. 207 ss.

soumis à la LLCA était admissible si elle *restait en étroite relation avec la profession d'avocat*¹³⁰⁵.

Le fait d'exiger le maintien du caractère d'une étude d'avocats découle du paragraphe 3 alinéa 3 des statuts de l'Ordre des avocats zurichois, rédigé en ces termes :

« *Umfasst eine Kanzlei auch Nichtanwältinnen oder Nichtanwälte, setzt die Mitgliedschaft voraus, dass der Charakter einer Anwaltskanzlei gewahrt bleibt. Es ist klarzustellen, welchen Beruf die Nichtanwältinnen und Nichtanwälte ausüben* »¹³⁰⁶.

BOHNET/MARTENET estiment que ces critères permettent de fixer la limite entre les pratiques admissibles et celles qui ne le sont pas, même s'ils sont « d'un maniement délicat »¹³⁰⁷.

À notre avis, pour les mêmes motifs qui ont été évoqués concernant le besoin évident des praticiens de pouvoir organiser leurs cabinets d'avocats sans restrictions importantes, il est judicieux de ne pas trop restreindre dans la loi la définition d'un « cabinet d'avocats ». En revanche, il est clair qu'une définition qui fait appel au « caractère d'une étude d'avocats » ou à l'« étroite relation avec la profession d'avocat » sera l'objet d'interprétations diverses et variées, tant ces notions paraissent générales et abstraites¹³⁰⁸.

7. Nouvelle disposition pénale

L'article 60 du projet prévoit, en particulier, que celui qui donne des indications erronées au sujet d'une société d'avocats, et en particulier omet de déclarer que des associés non inscrits sont associés d'une société d'avocats, sera puni d'une amende de CHF 20'000 francs au plus.

Cette nouvelle disposition pénale est justifiée et devrait permettre d'éviter que certaines sociétés d'avocats soient tentées de ne pas annoncer la présence d'associés non inscrits au sein d'un cabinet d'avocats.

¹³⁰⁵ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, KF060026/U, Chap. IV, consid. 2.2. Voir *supra*, p. 273 ss.

¹³⁰⁶ Statuts de l'Ordre des avocats zurichois (version 2014).

¹³⁰⁷ BOHNET/MARTENET, N 2372.

¹³⁰⁸ Concernant cette notion, voir aussi notre proposition de modèle, *infra*, p. 382 ss.

B. Les critiques

1. Justification du modèle sous l'angle de l'indépendance institutionnelle

- a. Lorsque les associés non inscrits sont légalement soumis aux mêmes règles que les avocats inscrits

La justification de la mise en place de règles spécifiques pour limiter l'influence des associés non inscrits sur les associés inscrits repose, d'après nous, sur le fait que les associés non inscrits ne sont pas soumis aux mêmes règles professionnelles que les avocats inscrits (voire à aucune règle). C'est d'ailleurs pour cette raison que l'indépendance institutionnelle d'un avocat inscrit employé par un autre avocat inscrit est garantie. Il en va de même lorsqu'une société est contrôlée à 100 % par des avocats inscrits, ce qui a été reconnu par le Tribunal fédéral. Jusque-là, tout cela ne souffre d'aucune critique et les cantons qui admettent la présence d'associés non inscrits dans des sociétés d'avocats posent des règles, comme nous l'avons vu, pour garantir que les avocats maintiennent le contrôle au sein de ces sociétés et ne soient pas influencés par des personnes non inscrites au registre, respectivement qui ne sont pas soumises aux mêmes règles professionnelles que les avocats inscrits.

Or si ces règles, destinées à limiter l'influence des associés non inscrits sur les associés inscrits, trouvent leur justification lorsque les associés non inscrits ne sont pas soumis aux mêmes règles professionnelles que les avocats, qu'en est-il lorsqu'une loi sur la profession d'avocat soumet légalement ces associés non inscrits aux mêmes règles que les avocats inscrits en ce qui concerne l'exercice de la profession, comme le fait le projet¹³⁰⁹ ?

Dans ce contexte, est-il encore justifié, sous l'angle du principe de l'indépendance institutionnelle, de maintenir des règles strictes – et même plus strictes que celles de la décision zurichoise rendue en 2006 – pour limiter la participation, les droits de vote et les prises de décision des associés non inscrits, alors que ces derniers seront légalement soumis aux mêmes règles que les avocats inscrits en ce qui concerne l'exercice de la profession ?

À notre avis, les questions que l'on doit se poser sont les suivantes : à quoi servent, concrètement, de telles règles ? Est-ce qu'elles sont uniquement destinées à garantir l'indépendance institutionnelle des avocats inscrits, comme cela

¹³⁰⁹ Voir, à cet égard, l'art. 3 al. 3 du projet.

ressort du projet ? Si oui, est-ce qu'elles sont justifiées, proportionnées et aptes à atteindre leurs objectifs si les associés non inscrits sont légalement soumis aux mêmes règles que les avocats inscrits ? Dans le prolongement de ce qui précède, est-ce que cela signifie qu'un médecin, un architecte ou un comptable – soumis aux mêmes règles professionnelles qu'un avocat – sera jugé moins fiable qu'un avocat et justifiera ainsi dans la loi une limitation sévère de son droit de participation, de ses droits de vote et de ses prises de décision au sein d'une société, *au motif qu'il n'est pas un avocat* ? Est-ce que le respect des règles professionnelles est lié à l'appartenance à une profession, respectivement à un statut particulier, ou à un état d'esprit¹³¹⁰ ? Nous sommes d'avis qu'il y a probablement des avocats diligents et moins diligents, tout comme il y a des médecins diligents et d'autres qui le sont moins.

Dans l'hypothèse où ces règles seraient destinées à garantir un autre objectif que celui de l'indépendance institutionnelle, de quel objectif s'agit-il ? S'agit-il, par exemple, de garantir le maintien de la nature d'une étude d'avocats ? En particulier, cette mesure vise-t-elle à protéger l'intérêt des clients, celui de la profession ou les deux à la fois ? Finalement, est-ce que les mesures, telles qu'elles sont prévues dans le projet en termes de participation, des droits de vote et des prises de décision, sont justifiées, proportionnées et aptes à atteindre l'objectif qui consiste à maintenir la nature d'un cabinet d'avocats ? Ces questions sont importantes et légitimes, car toutes les restrictions doivent être justifiées et dans l'hypothèse où elles ne le seraient pas, il serait préférable d'y renoncer.

En résumé, si l'idée de soumettre les associés non inscrits aux mêmes règles que les avocats inscrits est bonne en termes de réglementation, une telle approche devrait, selon nous, avoir un impact sur les règles qui sont ensuite imposées aux associés non inscrits ; impact qui devrait, en toute bonne logique, conduire à tout sauf à un durcissement des règles en question, à moins d'estimer qu'il est dans la « nature des choses » que seuls les avocats soient capables de respecter de telles règles.

En réalité, nous pensons que le maintien de ces règles est motivé avant tout pour des raisons de surveillance et non plus véritablement pour des raisons qui seraient liées à l'indépendance institutionnelle des avocats. En effet, si le projet soumet légalement les associés non inscrits aux mêmes règles professionnelles que les avocats inscrits, les associés non inscrits ne seront, d'après le projet, soumis à aucune règle disciplinaire, contrairement aux avocats. Les associés non inscrits feront dès lors l'objet d'une surveillance par les associés inscrits.

¹³¹⁰ Pour une discussion à ce sujet voir aussi *supra*, p. 40 ss.

Cette solution, qui n'est pas satisfaisante d'après nous, sera discutée au chiffre 2 ci-dessous.

b. Une solution trop schématique

La notion d'indépendance institutionnelle est fondamentalement abstraite. Le projet tente pourtant de la matérialiser dans une formule mathématique. En d'autres termes, il essaye de « quantifier l'inquantifiable ». La question à laquelle nous essayons de répondre est la suivante : quel est le degré minimum d'indépendance institutionnelle requis pour garantir l'indépendance matérielle d'un avocat ? 100 % d'avocats associés inscrits ? 90 %, 80 %, 70 %, 60 % ou même 51 % ?

Comme nous l'avons vu, les cantons ont des approches très différentes, allant de l'exclusion de tous les associés non inscrits (cantons d'Obwald, de Vaud et de Genève¹³¹¹ par exemple) à leur admission dans le canton de Zurich. Dans sa décision du 14 juin 2007, la commission de surveillance des avocats du canton de Bâle-Ville a jugé la situation des associés non inscrits comme problématique, mais s'est toutefois réservé le droit de les refuser sur la base d'un examen concret des circonstances du cas d'espèce¹³¹².

Dans la doctrine, les voix sont divergentes. La décision zurichoise qui retient qu'au moins deux tiers du capital-actions et des voix doivent être constituées d'avocats inscrits est critiquée par BOHNET/MARTENET, qui estiment qu'« [u]ne limite aux alentours de 20 % d'associés non inscrits détenant au maximum des parts dans la même proportion paraît plus raisonnable »¹³¹³. Certains auteurs considèrent qu'il suffit que les organes soient dominés par des avocats inscrits¹³¹⁴. MANFRED KÜNG, qui prône une liberté absolue, estime que les cautèles prises par la décision zurichoise pour garantir l'indépendance institutionnelle des avocats sont superflues et discriminent inutilement les non-avocats, comme

¹³¹¹ Pour le changement de pratique de la Commission du barreau de Genève, qui dans un premier temps admettait des avocats en tant qu'associés non inscrits, peu importe s'ils exerçaient à l'étranger et même hors UE/AELE, avant de n'admettre plus que des avocats inscrits, voir *supra*, p. 286.

¹³¹² Dans ce sens également, SENNHAUSER, N 264 ; BIANCHI/PHILIPPIN, p. 21.

¹³¹³ BOHNET/MARTENET, N 2389.

¹³¹⁴ FELLMANN, *Rechtsformen der Zusammenarbeit*, p. 350; NATER, *Grünes Licht*, p. 552; VONZUN, p. 463.

les agents de brevets, les conseillers fiscaux et les experts-comptables¹³¹⁵. D'autres auteurs, enfin, excluent tout tiers dans les organes¹³¹⁶.

Au vu de ce qui précède, aucun consensus ne semble se dessiner. Dans ce contexte, il sera très compliqué, voire impossible, de contenter tout le monde avec une solution schématique. C'est d'ailleurs probablement pour cette raison qu'il avait été jugé opportun, lors des débats avant l'adoption de la LLCA, de ne pas figer la notion d'indépendance dans la loi. Pour rappel, au moment de la préparation de la LLCA, PETER NOBEL avait relevé ce qui suit :

*« Die Formulierung der Berufsregel der Unabhängigkeit des Anwalts darf nicht die Zukunft verschliessen und bedarf einer moderneren Formulierung, etwa in dem Sinne, dass Anwälte in ihrer Organisation frei sind, sofern sie ihre Unabhängigkeit im Entscheid gewährleisten »*¹³¹⁷.

Nous sommes dès lors enclins à nous demander si, en termes de participation, de droits de vote et de prises de décision, une approche de type « one size fits all », préconisée par le projet, est véritablement la meilleure solution. En procédant ainsi, le projet schématise une notion abstraite qui sera ensuite imposée à une multitude de situations concrètes et totalement différentes les unes des autres. L'autorité de la commission de surveillance des avocats du canton de Bâle-Ville a probablement raison lorsqu'elle indique dans sa décision du 14 juin 2007 qu'elle se réserve le droit de refuser les associés non inscrits *sur la base d'un examen concret des circonstances du cas d'espèce*. La solution devrait ainsi, d'après nous, s'inspirer de l'approche de PETER NOBEL et offrir plus de flexibilité.

Pour y parvenir, est-ce qu'il ne serait dès lors pas judicieux de laisser une plus grande marge de manœuvre aux autorités cantonales de surveillance en fixant un cadre minimal plus large et plus souple dans la loi ? Une telle approche permettrait ainsi aux autorités cantonales de surveillance de prendre une décision plus adaptée à la situation particulière de chaque société, plutôt que de se baser sur une solution très schématique qui ne sera peut-être pas adaptée aux situations concrètes qu'elle sera amenée à trancher.

Est-ce que la situation doit, par exemple, être évaluée de la même manière lorsque, d'une part, le seul associé non inscrit de la société d'avocats est une personne responsable des ressources humaines qui ne sera pas en contact avec les

¹³¹⁵ KÜNG, *Anwaltskörperschaft und Unabhängigkeit*, p. 282 ss.

¹³¹⁶ BRUNNER, *Die Anwaltsgemeinschaft*, p. 458, 463; PFEIFER, *Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft*, p. 330; CHAPPUIS, *indépendance*, 264.

¹³¹⁷ NOBEL, *Organisationsfreiheit*, p. 357.

dossiers des clients et, d'autre part, lorsque les associés non inscrits sont des experts-comptables directement en contact avec les dossiers des clients ?

BIANCHI/PHILIPPIN avaient relevé, de manière pertinente, ce qui suit :

« Nous sommes enclins à considérer que la participation de tiers au capital d'une société d'avocats doit toujours être examinée sur la base de critères matériels, au vu de 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.) et ne dépend pas seulement de la limitation mathématique des influences décisionnelles au sein des organes sociaux »¹³¹⁸.

Or d'après nous, les calculs abstraits pour mesurer l'influence décisionnelle des associés non inscrits sur les avocats inscrits dissimulent une question bien plus concrète et importante, dont personne ne semble toutefois s'inquiéter : quel sera le « pédigrée » des associés non inscrits ? Autrement dit, est-ce que les cautions mises en place, notamment en termes de participations, de droits de vote, de quorums, seront d'une quelconque utilité pour s'assurer que parmi les associés non inscrits ne se cache pas « le petit truand du quartier » ou « l'escroc d'envergure internationale » ? Il serait dès lors peut-être prudent que l'autorité de surveillance puisse exiger ne serait-ce que l'extrait d'un casier judiciaire ou d'autres documents utiles avant d'admettre que des associés non inscrits puissent s'associer à des avocats dans des cabinets d'avocats¹³¹⁹. Au nom de la protection du public, il nous semblerait important que la réglementation se focalise aussi sur ce type de questions et pas uniquement sur celles qui consistent à trouver des règles mathématiques permettant à la profession de conserver entre ses mains « la plus grande part du gâteau ».

En résumé, la réponse à la question du niveau d'indépendance institutionnelle requis dépend, en grande partie, des mesures qui seront prises s'agissant de la réglementation et de la surveillance des associés non inscrits. Nous l'avons vu¹³²⁰, il suffit de soumettre les tiers légalement aux règles professionnelles de l'avocat pour que la question de l'indépendance institutionnelle, ou plutôt sa perception, soit modifiée.

Ainsi, le constat paraît évident : *plus les associés non inscrits sont soumis à une réglementation et à une surveillance, moins des règles strictes imposant une limitation de l'influence des associés non inscrits sur les associés inscrits apparaissent comme étant justifiées sous l'angle de l'indépendance institutionnelle des avocats inscrits. À l'inverse, lorsque les associés non inscrits ne sont*

¹³¹⁸ BIANCHI/PHILIPPIN, p. 28.

¹³¹⁹ Voir à ce sujet notre proposition de modèle, *infra*, p. 379 ss.

¹³²⁰ Voir *supra*, p. 357 ss.

soumis à aucune réglementation et à aucune surveillance, un contrôle de la société par des avocats inscrits au registre à une hauteur proche de 100 % s'impose, afin de garantir la protection du public.

2. Les associés non inscrits en tant qu'associés de seconde classe

Comme nous l'avons déjà indiqué, la possibilité d'admettre des associés tiers dans les sociétés d'avocats doit être saluée, car il s'agit sans aucun doute d'un avantage pour la profession. La méthode pour y parvenir, telle qu'elle est préconisée par le projet, prête en revanche le flanc à la critique, à mesure qu'elle est susceptible, selon nous, de compromettre ou de mettre en péril le résultat recherché. Il faut à, notre avis, se demander si la solution proposée est satisfaisante non seulement pour les avocats inscrits, *mais aussi pour les tiers*.

À vrai dire, la critique ne relève pas tant de la limitation de la participation des associés non inscrits à un tiers au maximum¹³²¹, mais plutôt du fait que la profession s' imagine que des tiers voudront bien s'associer avec des avocats tout en acceptant, en contrepartie, de se retrouver « muselés » au sein d'une société où les trois quarts au moins des droits de vote seront entre les mains d'associés inscrits et où toutes les décisions à tous les niveaux de la société seront prises exclusivement à la majorité des voix des associés inscrits.

Il est évident que dans une telle configuration, les associés non inscrits seront relégués au rang d'associés de seconde catégorie. Nous partageons ainsi l'avis de MANFRED KÜNG, qui estime que ces non-avocats ne sont pas prêts à accepter d'être rétrogradés à un statut de partenaires de seconde classe, ce qui empêchera sans aucun doute des développements économiques intéressants¹³²².

Par ailleurs, quand bien même des tiers accepteraient, dans un premier temps, un tel déséquilibre, est-ce que ce dernier ne sera pas la cause, à moyen et à long terme, d'importantes tensions au sein des sociétés d'avocats ? À notre avis, il

¹³²¹ À titre de comparaison, en Angleterre et au Pays de Galles, avant que les ABS ne soient admises, la réglementation prévoyait un seuil maximum de non-*solicitors* au sein des LPD fixé à 25 %. La réglementation des ABS prévoit aussi des seuils, mais ces derniers ont une fonction très différente : ils servent, avant tout, d'indicateur pour le régulateur lorsque p. ex. le contrôle d'une entité par une personne non autorisée (typiquement un non-avocat) dépasse 10 %. Dans ce cas, la détention est dite matérielle et cette personne devra remplir des conditions plus strictes auprès du régulateur pour obtenir une autorisation. L'Écosse prévoit un seuil à 49 %, l'Espagne aussi, alors que le Danemark a fixé un seuil à 10 %. La province de Québec autorise également une forme d'ABS, à condition que la participation des non-avocats n'excède pas 49 %. Voir aussi *supra*, p. 207 ss.

¹³²² KÜNG, *Anwaltskörperschaft und Unabhängigkeit*, p. 282.

n'est pas du tout exclu que des tensions puissent se révéler à tel point problématiques que les avocats auront tout intérêt à revenir à une solution qui consiste à maintenir un contrôle à 100 % par des avocats inscrits.

Dès lors, si les avocats sont peu enclins à partager leurs « parts du gâteau » et que les tiers ne sont pas intéressés à s'associer avec des avocats pour se contenter des miettes, est-ce que le jeu en vaut véritablement la chandelle ? La réglementation doit, selon nous, prendre en compte cette problématique. Ainsi, à notre avis, *si la profession souhaite mettre en place une véritable pratique multidisciplinaire dans les faits et pas seulement sur le papier, elle devra accepter de renoncer à certaines prérogatives, au risque d'aboutir à un résultat insatisfaisant.*

3. Le respect des règles professionnelles par des associés et par des tiers non inscrits

a. En général

Sous le titre « Champ d'application personnel », l'article 3 alinéa 3 du projet prévoit ce qui suit :

« Les art. 25 let. a à e et let. g et h, 26, 27 et 28 s'appliquent aux associés d'une société d'avocats qui ne sont pas inscrits au registre des avocats („associés non inscrits“) et aux personnes employées par un avocat inscrit ou une société d'avocats qui effectuent des prestations de service typiques d'une activité d'avocat sans être elles-mêmes inscrites au registre ».

Les règles professionnelles de l'avocat (art. 25), à l'exception des lettres f (défenses d'office et mandats d'assistance judiciaire) et i (obligation de communication à l'autorité de surveillance), le secret professionnel (art. 26), les mesures d'exécution forcée (art. 27) et les honoraires (art. 28) sont ainsi visées par la disposition précitée. Par ailleurs, au chapitre 4 du projet qui traite de la surveillance, l'article 35 est rédigé en ces termes :

« En cas de violation des dispositions auxquelles renvoie l'art. 3 al. 3 par un associé non inscrit ou par une personne employée par un avocat inscrit ou une société d'avocats qui effectue des prestations de service typiques de l'activité d'avocat sans être elle-même inscrite au registre, l'autorité de surveillance peut prononcer des mesures disciplinaires au sens de l'art. 34 al. 1 let. a à c à l'encontre des associés qui sont des avocats inscrits ».

b. Les « prestations de service typiques d'une activité d'avocat »

Nous comprenons l'article 3 alinéa 3 du projet dans le sens où les dispositions mentionnées s'appliqueront aux associés non inscrits, et ce peu importe que des prestations de service typiques d'une activité d'avocat soient effectuées ou non. Autrement dit, ces derniers seront légalement tenus à un « standard de qualité » qui correspond aux prestations d'un avocat inscrit.

En revanche, les dispositions précitées ne devraient pas s'appliquer aux personnes employées par un avocat inscrit ou une société d'avocats qui n'effectuent pas des prestations de service typiques d'une activité d'avocat. Il s'agira dès lors de bien définir ce que l'on entend par « prestations de service typiques d'une activité d'avocat », puisque dès que les prestations s'écarteront de cette définition, le « standard de qualité » qui correspond aux prestations d'un avocat inscrit ne s'appliquera plus pour les employés des avocats inscrits et, d'une manière générale, pour les employés de la société qui ne sont pas inscrits dans un registre.

Comme une telle situation pourrait avoir des conséquences importantes pour les clients de la société d'avocats (il suffit de penser au secret professionnel par exemple), il s'agira pour la société d'être totalement transparente à cet égard. La loi devrait ainsi imposer, d'après nous, une obligation d'annonce aux clients, puisque seule la société d'avocats sera en mesure d'estimer, avant la conclusion du mandat, si la prestation qui sera fournie aux clients correspondra au « standard de qualité » d'une prestation fournie par un avocat inscrit¹³²³.

c. Le respect des règles sans la menace de sanctions

Dans un arrêt récent concernant des avocats étrangers (hors UE/AELE) associés au sein d'une LLP et qui n'étaient pas inscrits dans un registre cantonal, notre Haute Cour avait relevé ce qui suit :

« En s'astreignant à respecter des règles professionnelles pour des questions d'organisation et, selon toute vraisemblance, de responsabilité, les associés de A. LLP ne se trouvent toutefois pas dans la même situation que s'ils étaient légalement tenus de les observer. En outre, n'étant pas inscrits dans un registre cantonal, ils ne sont pas soumis à la surveillance disciplinaire d'une autorité (cantonale) suisse, surveillance qui doit garantir le respect de la LLCA, notamment des règles professionnelles de l'art. 12 »¹³²⁴.

¹³²³ Voir à ce sujet notre proposition de modèle, *infra*, p. 389 ss.

¹³²⁴ ATF 140 II 102, consid. 5.2.2. Pour une présentation de l'arrêt, voir *supra*, p. 303 ss.

Comme nous l'avons relevé, le projet de la FSA soumet légalement les associés non inscrits à plusieurs règles régissant l'exercice de la profession d'avocat. En revanche, ces derniers ne seront soumis à aucune surveillance disciplinaire d'une autorité suisse. Dans ce contexte, il est permis de se demander si l'obligation de suivre des règles sans prévoir de sanctions à l'encontre des auteurs qui seraient susceptibles de les violer est suffisamment dissuasive. Ce qui précède nous fait penser à la situation où une règle de la circulation routière interdirait aux conducteurs de dépasser la vitesse de 120 km/h sur l'autoroute sans toutefois juger opportun, en contrepartie, de prévoir une sanction, même pour les chauffards qui rouleraient à plus de 200 km/h.

Par ailleurs, bien que l'on comprenne que le projet ne souhaite pas sanctionner les associés inscrits d'une interdiction temporaire ou définitive de pratiquer en cas de violation d'une règle professionnelle commise par un associé non inscrit, il est justifié de se demander si la sanction maximale d'une amende de CHF 20'000.- à l'encontre des associés inscrits est suffisamment dissuasive. Pour un grand cabinet d'avocats, un tel montant représente une somme faible. Il n'est dès lors pas prudent, d'après nous, qu'un tel mécanisme, à lui seul, soit le garant de la sécurité du public.

Du point de vue de la réglementation, enfin, cette approche nous semble contre-productive. Le projet se borne, en effet, à sanctionner la violation d'une règle professionnelle une fois qu'il est trop tard et, en quelque sorte, une fois que « le mal est déjà fait ». À notre sens, il serait plus judicieux que la réglementation impose à la société d'avocats, en amont, la mise en place de mécanismes, afin d'éviter qu'une telle situation ne se produise. La réglementation devrait ainsi non seulement être réactive (c'est-à-dire sanctionner une faute après qu'elle a été commise) mais aussi proactive (c'est-à-dire exiger que des mécanismes soient mis en place pour éviter qu'elle ne survienne).

d. Le « surveillant surveillé »

L'approche telle qu'elle est prévue par le projet doit être comprise en ce sens : les associés inscrits – eux-mêmes soumis à la surveillance d'une autorité cantonale de surveillance – seront responsables au sein de la société d'avocats de surveiller les associés non inscrits.

Il est tout sauf évident, à notre avis, que les mécanismes mis en place par le projet, qui consistent exclusivement à garantir une influence décisionnelle des associés inscrits sur les associés non inscrits, permettent d'assurer efficacement une telle surveillance.

D'une part, le projet, qui se focalise de manière exclusive sur des questions de participations, de droits de vote, de quorums et de prises de décision dans les organes, n'exige pas que les associés inscrits soient, par tête, plus nombreux que les associés non inscrits. Ce qui précède n'est pourtant pas négligeable lorsqu'il s'agit de mettre en place une surveillance efficace. Il serait ainsi théoriquement possible, d'après le projet, qu'un seul associé inscrit s'associe avec une « multitude » d'associés non inscrits. Cet associé seul, certes majoritaire en termes de participations, de droits de vote, de quorums et de prises de décisions dans les organes, pourra-t-il, concrètement, surveiller tous les associés non inscrits de manière efficace ? Il est permis d'en douter.

D'autre part, le problème ne vient pas tant du fait que les associés non inscrits seront plus enclins à violer les règles professionnelles que les associés inscrits, mais plutôt du fait que le surveillé joue également le rôle de surveillant, alors qu'il est lui-même soumis aux mêmes règles professionnelles que le surveillé, ce qui est assez paradoxal, il faut bien l'avouer.

Cette approche semble ainsi compliquée à mettre en place et il serait à notre avis plus judicieux et surtout plus prudent, pour la protection du public, que la fonction de surveillance soit confiée, *in fine*, non pas aux avocats associés mais bien à l'autorité de surveillance elle-même. Une fonction de surveillance est une activité à plein temps et on voit assez mal, indépendamment de la question du *ratio* avocats/non-avocats évoqué, comment les avocats associés pourraient s'occuper efficacement de leurs dossiers personnels, tout en gardant un œil – et le bon, de préférence – sur les activités des associés non inscrits.

e. La compréhension des règles professionnelles des avocats par les associés non inscrits

À notre sens, il est assez paradoxal et contre-productif de soumettre des tiers non-avocats à plusieurs dispositions légales régissant l'exercice de la profession d'avocat, sans se soucier de savoir si ces derniers les comprendront.

f. Les risques de « double déontologie »

Un autre problème qui pourrait mettre à mal le bon fonctionnement du projet est le risque que des tiers se retrouvent eux-mêmes soumis à des règles régissant l'exercice de leur profession qui ne seront peut-être pas conciliables avec les dispositions légales régissant l'exercice de la profession d'avocat auxquelles ils seront légalement soumis.

Certains professionnels se retrouveront confrontés à un dilemme : respecter leurs règles professionnelles ou celles régissant l'exercice de la profession d'avocat. La pesée des intérêts risque de pencher rapidement en faveur des premières, car ces professionnels ne souhaiteront probablement pas mettre en danger leur droit d'exercer leur profession. Comment un médecin, par exemple, pourra-t-il concilier son obligation de déclarer à l'autorité cantonale compétente les cas de maladies transmissibles chez des personnes malades, infectées ou exposées, comprenant des indications permettant d'identifier ces personnes (art. 27 al. 1 let. a de la Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme) avec son obligation de maintenir le secret professionnel (art. 26 du projet) ?

g. La question du secret professionnel

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que les tiers avec lesquels l'avocat pourrait être conduit à s'associer ne peuvent pas se prévaloir du secret professionnel¹³²⁵, à moins qu'ils interviennent en qualité d'auxiliaire en vertu de l'article 321 du Code pénal (ci-après : CP)¹³²⁶. D'après MAURER/GROSS, la question de la sauvegarde du secret professionnel se pose pour les sociétés de capitaux d'avocats « s'agissant non pas des auxiliaires ou des réviseurs mais bien d'actionnaires et surtout de membres du conseil d'administration ou d'autres organes qui ne seraient pas eux-mêmes avocats, ne revêtraient pas la qualité d'auxiliaires [...] et auxquels l'avocat aurait le devoir de rendre compte sur ses dossiers et l'obligation contractuelle ou organisationnelle de se soumettre à leurs décisions »¹³²⁷. Toujours d'après ces auteurs, « [t]out lien de dépendance de l'avocat impliquant un devoir de rapporter, en particulier hiérarchique ou contractuel, voire économique, à une personne qui ne serait pas elle-même soumise aux mêmes règles professionnelles, dont celles de secret, mettrait en effet en péril le secret et le réduirait finalement à néant »¹³²⁸.

Au vu de ce qui précède, toute tentative qui consisterait à mettre en place au sein de la société d'avocats des cautions extrêmement strictes pour protéger la confidentialité s'apparenterait à un véritable « casse-tête chinois », dont le résultat serait tout sauf garanti et même susceptible d'annihiler toutes possibilités de collaborations entre les différents professionnels de la société. Cette option doit ainsi être écartée.

¹³²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 28 octobre 2008, 1B_101/2008, consid. 4.4.

¹³²⁶ BOHNET/MARTENET, N 2457.

¹³²⁷ LLCA-MAURER/GROSS, art. 13, N 108.

¹³²⁸ *Idem*, N 81.

Nous rejoignons dès lors l'analyse de MICHEL VALTICOS, qui estime que « sauf à s'astreindre à une organisation extrêmement contraignante, la pratique multidisciplinaire apparaît ainsi relever d'une véritable « quadrature du cercle » en tant qu'elle vise à assurer la coexistence de professionnels pratiquant dans des domaines distincts, tout en étant soumis à des règles différentes »¹³²⁹.

Dans ce contexte, la seule solution envisageable pour résoudre le problème de la « quadrature du cercle » consiste à élargir le champ d'application personnel du secret professionnel, à tout le moins aux organes de la société. Cette idée est conforme à celle du projet. Reste encore à se mettre d'accord sur le cercle des personnes qui seront susceptibles de se prévaloir du secret professionnel.

L'article 26 alinéa 1 2^{ème} phase prévoit que « le secret professionnel est illimité dans le temps et applicable à l'égard des tiers ». Quant à l'article 3 alinéa 3 du projet, il précise que l'article 26 s'applique « aux associés d'une société d'avocats qui ne sont pas inscrits au registre des avocats („associés non inscrits“) et aux personnes employées par un avocat inscrit ou une société d'avocats qui effectuent des prestations de service typiques d'une activité d'avocat sans être elles-mêmes inscrites au registre ». Échapperont ainsi au secret professionnel : les employés des associés non inscrits et, d'une manière plus générale, toutes les personnes employées par la société d'avocats qui n'effectueront pas des prestations de service typiques d'une activité d'avocat. La société devra ainsi établir et maintenir une délimitation parfaitement claire entre les prestations de service typiques d'une activité d'avocat – soumises au secret professionnel – et les autres activités qui ne le seront pas. Comme nous l'avons déjà relevé, les clients devront être parfaitement informés à cet égard.

Par ailleurs, si la soumission des associés non inscrits au secret professionnel résout la moitié du problème de la quadrature du cercle, l'autre moitié du problème demeure en ce qui concerne les membres du conseil d'administration de la société, à moins que ces derniers ne soient, dans tous les cas, des associés inscrits et non inscrits, ce que le projet se garde toutefois de préciser. Pourtant, la loi devrait clarifier cette question importante. BOHNET/MARTENET estiment en effet que tous les membres du conseil d'administration devraient être composés d'avocats inscrits, afin de garantir le respect du secret professionnel¹³³⁰. Il serait, en effet, bien trop risqué que des personnes qui ne seraient pas soumises au secret professionnel puissent devenir membres du conseil d'administration d'une société d'avocats.

¹³²⁹ LLCA-VALTICOS, art. 12, N 92.

¹³³⁰ BOHNET/MARTENET, N 2390 et 2402.

De plus, ce que nous avons relevé à propos du respect des règles professionnelles en général peut être repris ici à propos du respect du secret professionnel. Il serait particulièrement choquant et très peu dissuasif, d'après nous, que des personnes légalement tenues au secret professionnel puissent le violer sans être inquiétées, si ce n'est disciplinairement, au moins pénalement. S'il est jugé opportun que des associés non inscrits puissent invoquer le secret professionnel, le raisonnement devrait être mené jusqu'au bout et des sanctions devraient exister en cas de violation du secret professionnel. À défaut, ce dernier serait tout sauf garanti, ce qui n'est pas admissible.

La question d'une éventuelle modification de l'article 321 CP devrait également être examinée.

Il y a fort à parier que l'enjeu des débats se tournera vers la question du secret professionnel. Les avocats ont conscience que le secret professionnel représente non seulement leur plus grand atout mais aussi, en quelque sorte, leur « marque de fabrique ». Or la question qui se pose est la suivante : jusqu'à quel point les avocats seraient-ils prêts à accepter d'élargir ce secret à d'autres personnes qui ne font pas partie de leur « famille » pour aboutir à une multidisciplinarité ? Un premier pas a, semble-t-il, d'ores et déjà été franchi dans ce sens dans le projet en l'accordant aux associés non inscrits.

Chapitre 19 : Proposition d'un modèle

I. Remarques introductives

L'objectif de ce dernier chapitre est de proposer des suggestions d'améliorations – pour la réglementation des sociétés d'avocats – principalement basées sur des expériences à l'étranger.

Notre constat est le suivant : le temps où la majorité des praticiens pouvait encore prétendre travailler en vase clos est révolu. Aujourd'hui, les avocats sont amenés à exercer leurs activités dans des structures – toujours plus complexes – dans lesquelles il existe souvent une très forte interaction entre les individus et entre les groupes de travail.

Même lorsque la société est entièrement contrôlée par des avocats inscrits, les pressions ne sont pas inexistantes. Il suffit de rappeler, à cet égard, les craintes de l'autorité obwaldienne concernant l'organisation d'avocats sous la forme d'une SA et plus particulièrement lorsqu'un organe de la société au sens de l'article 55 alinéa 1 CC, le conseil d'administration, est susceptible de donner des instructions aux avocats employés par la société et mettre en danger leur indépendance¹³³¹.

À cela s'ajoute le fait que ces pressions peuvent encore être accentuées si des tiers non-avocats sont impliqués au niveau de l'organisation de la société. Ces pressions sont dès lors totalement différentes de celles qui existent lorsqu'un praticien travaille de manière individuelle. Une première étape consiste, selon nous, à prendre en compte cette nouvelle dimension, afin *d'adapter la philosophie de la réglementation*.

Pour ce faire, nous suggérons vivement que la future loi qui réglementera la profession d'avocat en Suisse adopte une approche beaucoup plus proactive que la LLCA ou le projet de la FSA (II). Il ne s'agit pas de supprimer toute sanction, mais d'ajouter, ou plutôt de combiner, à l'approche réactive (c'est-à-dire une

¹³³¹ Voir *supra*, p. 259 ss.

violation suivie, le cas échéant, d'une sanction), une approche proactive (qui tend, en quelque sorte, à essayer d'éviter l'irréparable).

Lorsque des tiers sont impliqués dans les organes d'une société d'avocats, le sujet de la réglementation devrait, d'après nous, être élargi (III) non seulement aux associés non inscrits (IV), mais également à la société elle-même (V). Seule une telle approche permettrait d'aboutir à une véritable multidisciplinarité tout en garantissant la protection du public. Différents garde-fous supplémentaires pourraient par ailleurs être mis en place afin d'améliorer l'efficacité de la réglementation et de la surveillance (VI).

Enfin, du point de vue de la systématique de la loi, il serait judicieux, à notre avis, d'opérer une distinction entre la réglementation des sociétés d'avocats traditionnelles (contrôlées et gérées entièrement par des avocats inscrits dans un registre) et la réglementation des sociétés qui comptent au moins un tiers associé non inscrit. Pour des raisons de clarté, ces deux situations devraient faire l'objet de deux chapitres différents dans la loi.

II. La mise en place d'une réglementation plus proactive

L'approche traditionnelle de la réglementation consiste en général à attendre qu'un avocat viole une disposition légale et, suivant les cas, lui imposer une sanction. Il s'agit d'une approche de la réglementation dite *ex post*. Comme nous l'avons relevé dans la première partie de notre travail, de plus en plus de régulateurs se tournent aujourd'hui vers une approche dite *ex ante*, qui consiste à mettre en place des mécanismes afin d'anticiper les éventuels manquements qui pourraient survenir et, si possible, les éviter, au lieu d'intervenir uniquement lorsqu'il est trop tard. La Nouvelle-Galles du Sud, en Australie, fait figure de pionnière en la matière.

En substance, la réglementation en Nouvelle-Galles du Sud en vigueur jusqu'au 30 juin 2015 exigeait que des systèmes de gestion appropriés soient prévus au sein du cabinet, soit par un *legal practitioner director* dans les ILP, soit par les associés avocats eux-mêmes dans une MDP. Si la réglementation ne définit pas ce qu'il faut entendre par « systèmes de gestion appropriés », le régulateur a développé une série de dix objectifs à atteindre pour les cabinets d'avocats dans des domaines très variés, comme la fourniture de services compétents, les conflits d'intérêts ou le respect des délais.

Concrètement, la pertinence des systèmes de gestion mis en place au sein du cabinet sera évaluée, ou plutôt auto-évaluée, par le « *legal practitioner director* » dans une ILP ou par les associés avocats de la MDP, à l'aune de dix objectifs

prévus par le régulateur. Ces objectifs seront évalués comme étant « entièrement conformes », « conformes », « partiellement conformes », ou « non conformes » et un document d'évaluation sera ensuite transmis au régulateur. Dans un deuxième temps, le régulateur entrera en dialogue avec le « legal practitioner director » ou les associés avocats de la MDP pour les aider à mettre en place des mécanismes là où les objectifs ne seraient pas atteints.

D'après STEVE MARK, cette approche a non seulement permis d'introduire un véritable dialogue ouvert et bénéfique entre le régulateur et le régulé, mais elle a aussi permis de réduire de manière considérable le nombre de plaintes déposées par des clients à l'encontre des avocats¹³³².

Nous sommes convaincus que la mise en place d'une approche inspirée de celle-ci pourrait avoir des effets très positifs sur la réglementation des sociétés d'avocats en Suisse. En effet, elle obligerait les avocats à prévoir des mécanismes de bonne conduite au sein même de leur société, alors que la réglementation reste aujourd'hui encore largement et de manière traditionnelle attachée au praticien individuel, malgré le fait que celui-ci soit de plus en plus amené à travailler dans une structure où la dimension collective prime sur la dimension individuelle.

Introduire un dialogue entre le régulé et le régulateur permettrait également d'ajouter une plus-value à la réglementation des sociétés d'avocats. Le processus d'autoévaluation responsabiliserait les avocats et leur laisserait une grande liberté dans l'organisation de leur société, indépendamment du fait que celle-ci soit multidisciplinaire ou non.

Il est vrai qu'une telle approche imposerait un changement dans la conception du rôle des autorités de surveillance des avocats, puisque ces dernières ne sont pas chargées par le droit fédéral de donner des conseils aux avocats, à moins que le droit cantonal en dispose autrement¹³³³.

La procédure d'autoévaluation pourrait, par exemple, se dérouler lorsque les associés informent l'autorité que leur société est exclusivement contrôlée par des avocats inscrits ou quand les associés de la société d'avocats ne sont pas tous inscrits au registre et requièrent une autorisation.

Pour ne pas surcharger les autorités avec des procédures d'autoévaluation pour toutes les sociétés, il serait aussi envisageable que la loi laisse le libre choix à l'autorité d'imposer à une société la mise en place de systèmes de gestion appropriés. À la suite d'une inspection, l'autorité pourrait par exemple constater

¹³³² Voir *supra*, p. 108 ss.

¹³³³ BOHNET, *Droit des professions judiciaires*, N 83.

qu'un cabinet d'avocats n'a pas mis en place un système efficace pour déceler les éventuels conflits d'intérêts. Il serait alors particulièrement opportun, dans ce cas, d'imposer à la société en question une procédure d'autoévaluation.

S'agissant des personnes responsables de la mise en place de ces mécanismes au sein de la société, il serait judicieux, d'après nous, qu'une seule personne soit désignée lorsque la société est exclusivement contrôlée par des avocats, alors que l'ensemble des avocats associés devrait être impliqué dans le processus dès que la société compte parmi ses associés des tiers non-avocats. En effet, les risques ne sont pas comparables, et il serait plus prudent que tous les associés soient impliqués quand des tiers non-avocats sont associés à des avocats.

Pour une société qui serait entièrement contrôlée par des avocats inscrits, le premier volet de la réglementation pourrait être rédigé en ces termes :

« Chaque directeur de la gestion des services juridiques doit s'assurer que des systèmes de gestion appropriés sont mis en place et maintenus par la société pour permettre la fourniture de services juridiques :

1. conformément à la présente loi, et
2. de manière à ce que l'exercice de la profession par des avocats inscrits (associés ou employés) ne soit pas affecté par d'autres employés de la société ».

Quant à la société qui serait contrôlée par une minorité d'associés non inscrits, la disposition pourrait être adaptée en ces termes :

« Chaque associé inscrit doit s'assurer que des systèmes de gestion appropriés sont mis en place et maintenus par la société pour permettre la fourniture de services juridiques :

1. conformément à la présente loi, et
2. de manière à ce que l'exercice de la profession par des avocats inscrits (associés ou employés) ne soit pas affecté par d'autres associés ou employés de la société ».

Dans le premier exemple, il s'agira de veiller à ce que l'exercice de la profession par des avocats inscrits (associés ou employés) ne soit pas affecté par d'autres employés de la société (qui ne sont pas des avocats inscrits), alors que dans le deuxième exemple, l'exercice de la profession ne devra pas être affecté par les employés, ni par les associés de la société (qui ne sont pas des avocats inscrits).

Le deuxième volet de la réglementation exigerait que des mesures soient prises, de manière proactive, avant qu'une violation ne survienne.

Pour une société qui serait entièrement contrôlée par des avocats inscrits, la disposition pourrait prendre la forme suivante :

« S'il devait être rendu vraisemblable pour un directeur de la gestion des services juridiques que la fourniture de services juridiques par la société entraînerait des violations de la présente loi, le directeur devra prendre toutes les mesures raisonnables et nécessaires pour s'assurer que :

1. les violations ne se produisent pas, et
2. qu'une action corrective appropriée soit prise en lien avec les violations qui sont survenues ».

Dans le texte précédent, le directeur pourrait être remplacé par l'ensemble des associés inscrits lorsque la société compte parmi ses associés des tiers non inscrits.

Une disposition légale devrait régler la question de la responsabilité du directeur de la gestion des services juridiques et des associés inscrits en cas de violation. Ces derniers devraient pouvoir se disculper en démontrant qu'ils n'étaient pas en position d'influencer le comportement consécutif à ladite violation et qu'ils ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter qu'elle ne survienne. Il pourrait, par exemple, démontrer avoir mis en place des systèmes de gestion appropriés.

Ces différents mécanismes ajoutent une dimension plus proactive à la réglementation et non plus seulement réactive (une violation suivie d'une sanction). Ils permettraient, par exemple, de déceler une éventuelle violation des règles professionnelles et d'intervenir pour tenter d'y remédier avant même qu'elle ne survienne.

Dans un troisième volet de la réglementation, il serait possible d'exiger une obligation d'annonce à l'autorité de surveillance en cas de violation. La disposition pourrait être rédigée en ces termes :

« Si des manquements sont constatés par le directeur de la gestion des services juridiques, sans qu'il soit toutefois possible d'y remédier, le directeur a l'obligation de les annoncer à l'autorité cantonale de surveillance compétente dans les plus brefs délais ».

Nous sommes d'avis qu'une obligation d'annonce à l'autorité de surveillance en cas de violation des règles professionnelles s'adapterait particulièrement bien à la situation qui prévaut en Suisse, car les autorités de surveillance ne disposent en général pas du personnel suffisant pour effectuer elles-mêmes une surveillance régulière. Certes, les autorités administratives et judiciaires canto-

nales et fédérales sont tenues de communiquer à l'autorité de surveillance compétente les faits susceptibles de constituer une violation des règles professionnelles (art. 15 LLCA). Les particuliers – le plus souvent les clients des avocats – sont également habilités à communiquer à l'autorité de surveillance compétente les faits susceptibles de constituer une violation des règles professionnelles¹³³⁴. Cependant, il est évident que de nombreuses violations n'arriveront jamais à la connaissance des autorités compétentes et ne seront jamais sanctionnées. Une obligation d'annonce permettrait ainsi de les déceler et, le cas échéant, de les sanctionner. Les cas de peu de gravité pourraient faire l'objet d'un simple rappel à l'ordre.

Une telle obligation pourrait être justifiée, selon nous, par l'asymétrie d'information entre l'avocat et son client et, d'une manière plus générale, par le besoin de protection du public. Le revers de la médaille d'une telle obligation d'annonce réside probablement dans le fait qu'elle serait susceptible de créer un climat de suspicion et de délation au sein des sociétés d'avocats, ce qui n'est sans doute pas bénéfique à la cohésion et propice au travail en groupe.

En résumé, le législateur pourrait juger opportun d'adopter ce genre de mesures en totalité ou seulement en partie ; uniquement pour les sociétés multidisciplinaires ou pour toutes les sociétés d'avocats. Si cette approche devait demeurer facultative pour les sociétés d'avocats traditionnelles, elle devrait, en revanche, selon nous, s'imposer pour les associations multidisciplinaires. À notre avis, dès qu'une société d'avocats est contrôlée par des associés tiers, ne serait-ce que partiellement, une réglementation efficace devrait être réactive mais aussi proactive. Une telle approche permettrait également de veiller à ce que le respect des règles professionnelles s'appliquant aux avocats ne soit pas la préoccupation exclusive du praticien individuel, mais aussi celle de l'entité dans laquelle il travaille.

III. Étendre le sujet de la réglementation/surveillance

Le projet de la FSA apporte indéniablement des améliorations par rapport au modèle zurichois ou à d'autres pratiques cantonales. Un problème nous paraît toutefois persistant : le choix de réglementer l'organisation de la société, ses membres, et en particulier ses associés, alors que la surveillance continue de se concentrer sur le praticien inscrit dans un registre.

Une telle approche a des conséquences : elle limite les possibilités de mettre en place un modèle qui permettrait d'aboutir à une véritable multidisciplinarité. Le

¹³³⁴ Message LLCA, p. 5373.

projet de la FSA n'est ainsi pas totalement satisfaisant à nos yeux, dans la mesure où il intègre des associés non-avocats dans le champ d'application de la réglementation de la profession d'avocat en les soumettant à certaines dispositions légales, quand bien même ces tiers ne seront pas du tout inquiétés s'ils ne les respectaient pas. Ainsi, pour que le bateau reste à flot, tout repose sur les associés inscrits. Pour parvenir à ce résultat, il a nécessairement fallu limiter, ou plutôt, « brider » drastiquement les possibilités d'organisation d'une société multidisciplinaire en intervenant au cœur même de la société et en imposant des règles qui assurent aux avocats un contrôle et une surveillance de la société que l'on espère sans failles. Pourtant, mathématiquement parlant, personne ne semble s'accorder sur les chiffres, s'agissant de la participation, des droits de vote et des quorums requis.

Or s'il est logique que les avocats inscrits doivent s'assurer au sein de la société que les règles professionnelles soient respectées par les associés tiers pour garantir la protection du public, il n'est pas certain que la meilleure manière d'y parvenir soit celle préconisée par le projet. En effet, est-ce que le résultat recherché nécessite obligatoirement d'imposer des mécanismes restrictifs et intrusifs qui modifient complètement l'organisation interne de la société ? Nous ne sommes pas convaincus par une telle approche et il n'est pas du tout certain que les mécanismes mis en place garantiront, *in fine*, la protection du public, alors qu'il devrait pourtant s'agir de l'enjeu principal. La mise en place d'une réglementation plus proactive, telle qu'elle a été évoquée ci-dessus, serait une solution beaucoup plus efficace et bien moins contraignante que celle consistant à imposer des droits de participation, des droits de vote et des quorums particuliers.

Par ailleurs, les ABS sont souvent condamnées sans avoir fait l'objet de la moindre étude et présentées comme un modèle inacceptable pour les avocats¹³³⁵. Or si l'on écarte de l'équation le fait que ces entités autorisent des investisseurs passifs et, dans un certain sens, favorisent la commercialisation du droit, la réglementation des ABS garantit bien mieux la protection du public qu'un modèle qui permettrait à des tiers d'échapper totalement au contrôle et à la surveillance d'une autorité. En effet, les associés non-avocats sont non seulement soumis à des règles, mais ils sont aussi contrôlés et admis par un régulateur avant d'avoir le droit d'intégrer une telle structure. L'autorisation des associés non-avocats peut, selon les cas, faire l'objet d'une suspension ou d'une révocation. Bien plus, le régulateur dispose d'un contrôle sur la structure elle-même et peut décider de suspendre ou de retirer l'autorisation qui lui a été ac-

¹³³⁵ Pour une définition des ABS, voir *supra*, p. 138.

cordée. Enfin, une telle approche n'est pas nécessairement synonyme de « dé-réglementation » de la profession, dans la mesure où il est possible de prévoir, comme c'est le cas en Écosse avec le *Legal Services Act 2010*, que l'entité demeurera contrôlée par une majorité d'avocats inscrits et d'autres professionnels réglementés.

Plusieurs indices montrent qu'une surveillance de la société serait également souhaitable en Suisse. Le Tribunal cantonal genevois le souligne explicitement lorsqu'il se réfère à la nécessité de pouvoir surveiller la structure elle-même en écartant les sociétés qui ne sont pas soumises au droit suisse¹³³⁶. La procédure d'agrément mise en place dans le canton de Genève est un autre exemple de la nécessité pour l'autorité de pouvoir autoriser et surveiller les sociétés d'avocats¹³³⁷.

Force est toutefois de constater que le projet de la FSA ne prévoit, quant à lui, aucun contrôle de l'autorité sur les associés non inscrits et sur la société en général (à l'exception d'un timide devoir d'annonce) et s'en remet exclusivement à la bonne gouvernance et à la surveillance des avocats qui disposeront, en quelque sorte, d'un accès complet à la cabine de pilotage et, si le projet est repris tel quel par le législateur, de la bénédiction de ce dernier pour maintenir le cap et, surtout, le bateau à flot. Il faut espérer que la mer ne soit pas trop agitée et les mutineries peu fréquentes.

En résumé, la surveillance des tiers, et plus particulièrement celle des associés non inscrits, devrait être de la compétence d'une autorité, tout comme la surveillance de la société. Seul un tel modèle serait susceptible d'aboutir à une véritable multidisciplinarité, sans pour autant mettre en danger la sécurité du public. Il est en effet illogique, comme le prévoit le projet de la FSA, que des associés non-avocats puissent violer sans vergogne des règles auxquelles ils sont légalement soumis, qu'ils ne soient aucunement inquiétés à ce sujet, et que les avocats inscrits soient ensuite sanctionnés à leur place pour de telles violations¹³³⁸.

¹³³⁶ Voir *supra*, p. 288 ss.

¹³³⁷ Voir *supra*, p. 340 ss.

¹³³⁸ Voir *supra*, p. 364 ss.

IV. Réglementer les associés non inscrits

A. Autorisation

Les associés non inscrits qui seront amenés à s'associer avec des avocats inscrits dans des sociétés d'avocats devraient, à notre avis, remplir certaines exigences, lesquelles devraient faire l'objet d'une vérification par une autorité. Il en va de la sécurité du public.

Certes, dans la majorité des cas, les avocats seront vigilants lorsqu'ils décideront de s'associer avec des tiers. Un contrôle par l'autorité de surveillance s'impose néanmoins, compte tenu de la position particulière de l'associé en question au sein de la société d'avocats qui – faut-il le rappeler – n'est pas une entreprise comme une autre, dans la mesure où son but consiste, notamment, à offrir des activités qui sont liées à la représentation de parties devant les autorités et les tribunaux. Une telle situation justifie dès lors pleinement un contrôle par une autorité des personnes qui exerceront la fonction d'associé au sein de ces sociétés. Il serait en effet illogique d'imposer aux avocats inscrits des conditions très strictes et de fermer les yeux s'agissant des tiers avec lesquels ils pourraient s'associer.

Nous sommes également d'avis qu'il n'y a aucune raison de limiter le cercle des tiers pouvant s'associer à un avocat inscrit. Une telle limitation serait contre-productive et empêcherait toute innovation. Dès lors, il serait envisageable que l'associé tiers puisse être l'épouse de l'avocat, un comptable ou un informaticien. Le tiers devrait indiquer à l'autorité de surveillance si son activité professionnelle est soumise à des règles particulières et à une surveillance, afin d'anticiper les éventuels risques de « double déontologie ».

Il serait nécessaire d'exiger que ces tiers – tout comme les avocats inscrits – n'aient pas fait l'objet de condamnation pénale pour des faits qui seraient jugés incompatibles avec leur rôle d'associé dans une telle société ; qu'ils n'aient pas fait l'objet d'un acte de défaut de biens et qu'ils n'aient pas, si possible, mené plusieurs sociétés à la banqueroute. En fonction de leur activité professionnelle, il serait également prudent de vérifier que ces tiers n'aient pas fait l'objet d'une interdiction de pratiquer. En effet, un avocat qui ferait l'objet d'une interdiction de pratiquer temporaire ou définitive ne devrait pas être autorisé en qualité d'associé d'une société d'avocats, au risque de voir une telle interdiction détournée.

Des garde-fous supplémentaires pourraient également être envisagés. L'autorité pourrait, par exemple, rejeter la requête d'un tiers en estimant qu'il y a un risque

non négligeable pour le public ou un risque que ce tiers contrevienne à la réputation de la profession (sans pour autant aller jusqu'à exiger un examen de la moralité des candidats). Les requérants seraient dès lors tenus de faire parvenir à l'autorité les documents utiles permettant à cette dernière de prendre une décision qui pourrait, le cas échéant, faire l'objet d'un recours. L'autorité devrait tenir un registre des associés non inscrits.

Nous pensons, en revanche, qu'il n'est pas nécessaire que les critères d'admission soient autant exigeants que ceux prévus par la SRA dans le « SRA suitability test » en Angleterre et au Pays de Galles¹³³⁹. En effet, le projet de la FSA exige déjà, à juste titre, que les associés non inscrits exercent au sein de la société une activité professionnelle contribuant au but social effectivement poursuivi par la société. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire de poser des exigences plus sévères, dans la mesure où il est plus facile de surveiller et de réglementer une personne qui travaille au sein d'une société d'avocats – qu'elle soit avocate ou non – que des investisseurs passifs – comme c'est le cas pour les ABS – lesquels font figure, en quelque sorte, de véritables électrons libres pour le régulateur.

Si une autorisation n'élimine certes pas tous les risques, elle est néanmoins la garantie d'une certaine probité des associés non inscrits.

B. Formation

Comme nous l'avons déjà relevé, les associés non inscrits seront légalement soumis à plusieurs dispositions légales, dont notamment des règles professionnelles qui s'appliquent aux avocats.

Or s'il est justifié que les associés non inscrits soient légalement soumis à ces règles afin de garantir la protection du public, il serait vain, d'après nous, d'exiger que ces derniers appliquent et respectent ces règles sans qu'il leur soit fourni des explications permettant de les comprendre, et ce d'autant plus qu'il s'agit de concepts qui sont, pour la plupart, exposés dans la loi d'une manière abstraite.

Il n'est en effet pas évident, sans aucune explication, qu'un tiers – indépendamment de sa formation professionnelle – comprenne les notions d'exercice de la profession avec « soin et diligence », en « toute indépendance », en « son nom personnel » et « sous sa propre responsabilité » ou les règles sur les conflits d'intérêts, pour n'en citer que quelques-unes. Pourtant, en qualité d'associés

¹³³⁹ Voir *supra*, p. 141 ss.

d'une société d'avocats, ces personnes seront amenées à travailler avec des avocats et seront régulièrement confrontées à ces règles. Il serait dès lors imprudent, voire dangereux pour le public, que ces associés non inscrits ne comprennent pas les règles et les concepts qu'ils sont censés appliquer et respecter.

Pour ces différents motifs, nous pensons qu'il est indispensable que les associés non inscrits, quelques mois après leur entrée en fonction en qualité d'associé d'une société d'avocats, soient tenus de passer un examen concernant les règles qui sont d'une importance particulière pour la profession d'avocat. Comme nous l'avons vu dans la deuxième partie de notre travail, cette solution a été mise en place au Danemark sous le nom de « partner test » pour les gérants professionnels de sociétés qui ne sont pas des avocats¹³⁴⁰.

L'exigence d'un tel examen pourrait être prévue dans la loi sur la profession d'avocat et une ordonnance pourrait régler ses modalités. À cet égard, les autorités cantonales de surveillance et la FSA disposeraient des compétences et des ressources nécessaires pour organiser cet examen. Quant à la formation des associés non inscrits, elle pourrait être organisée de différentes manières : soit par les sociétés d'avocats elles-mêmes, soit par les Ordres cantonaux ou les Facultés de droit des universités suisses qui enseignent le droit des professions judiciaires, plus particulièrement le droit de la profession d'avocat, avec, dans ces deux derniers cas, une contribution financière possible des sociétés d'avocats.

Le but poursuivi par cette proposition vise à renforcer le respect des règles professionnelles par les associés non inscrits.

C. Obligation de s'abstenir d'influencer les avocats inscrits

Indépendamment du fait que les tiers (associés ou employés) du cabinet soient soumis à certaines règles, une disposition particulière devrait exiger que ces derniers s'abstiennent d'influencer la pratique des avocats inscrits (associés ou employés). Une telle règle pourrait être posée en ces termes :

« Les associés non inscrits doivent s'abstenir d'influencer les avocats associés ou les avocats employés par l'association multidisciplinaire d'une manière qui contreviendrait à la présente loi ».

En cas de violation de la disposition précitée, les tiers en question devraient pouvoir faire l'objet par l'autorité d'une suspension ou d'une révocation de leur autorisation (voir let. D ci-dessous).

¹³⁴⁰ Voir *supra*, p. 204 ss.

Des garde-fous supplémentaires pourraient être mis en place (voir point VI ci-dessous). Il pourrait s'agir, en particulier, de l'ajout d'une infraction pénale qui sanctionnerait toute influence indue.

L'objectif de ces mesures – et de ces différentes sanctions – est d'éviter que des associés non inscrits ne s'immiscent dans la gestion des mandats des avocats inscrits et les influencent à agir d'une manière qui contreviendrait aux règles professionnelles. On pense en particulier à la protection de l'indépendance des avocats.

D. Suspension ou retrait de l'autorisation

Si le tiers doit solliciter de l'autorité une autorisation pour s'associer avec des avocats inscrits au sein d'une société, cette autorisation doit également pouvoir lui être retirée lorsque les conditions initiales d'admission ne sont plus remplies.

De plus, la suspension ou le retrait de l'autorisation devrait aussi permettre à l'autorité de sanctionner une éventuelle violation des règles auxquelles le tiers est soumis. Il pourrait s'agir, par exemple, d'un tiers qui aurait influencé un avocat inscrit d'une manière contraire aux règles professionnelles. Dans ce cadre, la mise en place d'une réglementation proactive pourrait s'avérer très utile pour déceler et, le cas échéant, sanctionner un tel comportement.

V. Réglementer la société

A. Les conditions minimales

1. Proposition

La société qui compte parmi ses associés un tiers non inscrit au registre cantonal des avocats, indépendamment de sa forme juridique, devra remplir les deux conditions suivantes :

- le but principal de la société multidisciplinaire se limite à la prestation de services juridiques et aux activités qui lui sont liées (représentation de parties devant les autorités, tribunaux et tiers ; conseil juridique) dans le respect de la présente loi ;
- la majorité des droits de vote appartiennent à des associés de la société qui sont des avocats inscrits (« associés inscrits ») et la participation de

ces derniers atteint au minimum la majorité du capital propre de la société.

Ce qui précède permettra de s'assurer que la société maintienne le caractère d'une étude d'avocats.

Par ailleurs, pour rendre la surveillance effective, il sera nécessaire de prévoir les trois règles supplémentaires suivantes :

- les associés non inscrits exercent au sein de la société une activité professionnelle contribuant au but social effectivement poursuivi par la société ;
- seuls des associés de la société sont éligibles au conseil d'administration ;
- seules des personnes physiques sont des associés ; est réservée une autre société qui remplirait les mêmes conditions que celles qui sont posées dans ce cadre, à condition que la société soit elle-même réglementée par l'autorité, tout comme les personnes qui la composent.

Enfin, il sera aussi opportun d'exiger que la société d'avocats soit également couverte par une assurance de responsabilité civile professionnelle, tout comme les associés non inscrits et les avocats inscrits.

2. Justification de la proposition

Le projet de la FSA n'a pas retenu la solution de l'autorité cantonale de surveillance du canton d'Obwald, qui exige que les prestations soient effectuées dans le respect de la LLCA¹³⁴¹. Nous sommes d'avis qu'il serait opportun que la future loi sur la profession d'avocat impose une telle mention. Celle-ci permettrait de rappeler aux tiers non inscrits – actionnaires, membres du conseil d'administration et employés de la société – que la volonté sociale de la société est, certes, la fourniture de services juridiques, mais que celle-ci doit intervenir dans le respect de la loi sur la profession d'avocat. La société d'avocats est ainsi une entreprise, mais une entreprise d'un genre particulier. De plus, cette mention devrait, d'après nous, s'imposer non seulement aux sociétés d'avocats traditionnelles, mais aussi aux sociétés d'avocats qui comptent des associés tiers.

Par ailleurs, compte tenu de la nouvelle philosophie de la réglementation et des différents garde-fous mis en place, les seules conditions que la société devra remplir consistent à *maintenir le caractère d'une étude d'avocats*. Pour ce faire,

¹³⁴¹ Voir *supra*, p. 264 ss.

le but de la société devra être délimité et une majorité d'avocats associés inscrits au registre sera imposée. Par ce biais, on évite la commercialisation du droit et maintient le rôle de l'avocat en tant qu'auxiliaire de la justice. L'indépendance institutionnelle est désormais garantie au niveau de la société, alors que sous l'empire de la LLCA elle est mesurée à l'aune d'un rapport de subordination ignorant l'existence même de la société. Cela signifie, en d'autres termes, que seuls les avocats employés par une société d'avocats telle que définie ci-dessus pourront être inscrits au registre. Les fiduciaires et les assurances de protection juridique, par exemple, ne pourront pas engager d'avocats inscrits au registre, à moins de créer une entité indépendante et répondant aux critères d'une société d'avocats, réglementée par la loi et dont les membres (avocats et non-avocats), tout comme la structure elle-même, seront soumis à une surveillance. Cette solution offrira une plus grande flexibilité et ne fermera pas la porte à certaines formes d'innovation, tout en maintenant un contrôle sur la société. Dans ce cadre, il serait également important, d'après nous, que le but principal de la société se limitant à la prestation de services juridiques et aux activités qui lui sont liées ne soit pas compris de manière trop restrictive¹³⁴².

Les mesures précédentes seront complétées par trois règles supplémentaires, qui garantiront que la surveillance des tiers – avec le concours des associés inscrits et, si nécessaire, de l'autorité de surveillance – soit efficace et effective¹³⁴³. Exiger que les associés non inscrits exercent une activité professionnelle au sein de la société permet d'éviter les investissements passifs. Cette condition a d'ores et déjà été abordée lors de l'examen du projet de la FSA ; il y a lieu de s'y référer¹³⁴⁴. Les deux dernières conditions permettent également d'améliorer la surveillance¹³⁴⁵.

Ainsi, des conditions plus restrictives modifiant l'organisation de la société, telles qu'elles sont suggérées par le projet de la FSA ou exigées par la décision zurichoise (en termes de quorums, de droits de vote et de participation), ne seront plus justifiées.

Comme déjà relevé, les avocats employés par une fiduciaire ou une assurance de protection juridique ne sont pas a priori moins indépendants que des avocats travaillant dans des cabinets d'avocats traditionnels¹³⁴⁶. La difficulté provient du fait qu'ils travaillent dans une structure inconnue et qui échappe totalement

¹³⁴² Voir *supra*, p. 355 ss.

¹³⁴³ Voir *supra*, p. 382 ss.

¹³⁴⁴ Voir *supra*, p. 353 ss.

¹³⁴⁵ Voir *supra*, p. 382 ss.

¹³⁴⁶ Voir *supra*, p. 235 ss.

à la surveillance. Il s'agit, selon nous, d'une grande insécurité, puisque le respect des règles professionnelles de l'avocat dépendra alors, en grande partie, de la seule volonté des organes de la société. En effet, même les avocats dotés de la plus grande conscience professionnelle pourraient difficilement lutter contre la volonté d'une organisation préférant privilégier le profit, au détriment des règles professionnelles. De simples clauses contractuelles garantissant l'indépendance des avocats engagés par la société ne seraient, à notre avis, pas suffisantes. Qu'est-ce qu'il adviendrait si la société décidait de ne pas respecter ces clauses ? L'avocat serait confronté à un choix : quitter la société ou violer ses règles professionnelles. Cette option n'est pas envisageable. La société d'avocats doit être perçue comme un « cordon de sécurité » au sein duquel les avocats ne subiront aucune pression les mettant dans des situations intenable. Cela ne signifie en revanche pas qu'une société d'avocats ne pourra jamais tomber dans des chemins de traverse. La différence tient au fait que si cela devait arriver, des mécanismes réglementaires et de surveillances existeraient afin de corriger ces manquements et, le cas échéant, de sanctionner la société et/ou l'(les) avocat(s) qui en seraient responsables.

Le projet de la FSA, comme nous l'avons vu, suggère que les avocats associés inscrits seront en mesure de surveiller les associés non inscrits¹³⁴⁷. Si le projet de la FSA et l'autorité de surveillance du canton de Zurich estiment pouvoir maintenir l'indépendance institutionnelle des avocats par le biais de mécanismes qui confèrent, à tout le moins en théorie, un contrôle des associés inscrits sur les associés non inscrits, rien ne permet de penser qu'il n'est pas possible d'aboutir à un résultat similaire, voire meilleur, avec l'introduction d'une réglementation plus proactive, accompagnée de différents garde-fous, dont la réglementation des associés tiers et la réglementation de la société par une autorité de surveillance.

Nous sommes d'avis que cette solution, en termes de protection du public, serait supérieure à celle préconisée par le projet de la FSA ou la décision de l'autorité de surveillance du canton de Zurich, et ce indépendamment du fait que la participation des associés non inscrits serait plus importante (49 % selon notre modèle, contre 33 % pour le projet de la FSA ou la décision zurichoise).

Il est évident que les associés non inscrits seront plus enclins à respecter l'indépendance des avocats inscrits s'ils sont eux-mêmes susceptibles de voir leur autorisation suspendue ou retirée.

¹³⁴⁷ Voir *supra*, p. 357 ss.

Enfin, avec des mécanismes de réglementation plus proactifs, la volonté de respecter les règles professionnelles sera intégrée, non plus dans une dimension exclusivement individuelle mais au niveau de la société elle-même. D'après nous, il s'agit d'un passage obligé si le législateur souhaite intégrer des personnes qui ne sont pas avocats en tant qu'actionnaires ou associés de sociétés d'avocats.

B. Suspension ou retrait de l'autorisation

L'autorisation de s'associer sous la forme d'une société multidisciplinaire devrait pouvoir faire l'objet d'une suspension ou d'un retrait si les conditions prévues à la lettre A ci-dessus ne sont plus remplies. Par exemple, dans l'hypothèse où la majorité des droits de vote ne serait plus entre les mains des associés de la société qui sont des avocats inscrits (« associés inscrits ») ou si le but principal de la société venait à être modifié en cours de vie sociale de manière contraire à la loi, l'autorité devrait pouvoir impartir à la société un bref délai pour se remettre en conformité, sous la menace de la suspension ou du retrait de l'autorisation.

Dans ces conditions, un contrôle « absolu » et théorique des associés inscrits sur les associés non inscrits n'est plus justifié.

VI. Mise en place de garde-fous supplémentaires

A. Le cercle des personnes astreintes au secret professionnel

Pour rappel, le projet de la FSA prévoit que le secret professionnel s'applique « aux associés d'une société d'avocats qui ne sont pas inscrits au registre des avocats (« associés non inscrits ») et aux personnes employées par un avocat inscrit ou une société d'avocats qui effectuent des prestations de service typiques d'une activité d'avocat sans être elles-mêmes inscrites au registre ».

Le contour exact de l'obligation de garder le secret au sens de l'article 321 CP dépend de la profession exercée¹³⁴⁸. Comme nous l'avons vu, le secret ne serait pas applicable aux associés non inscrits d'une société d'avocats, car ces derniers ne peuvent pas être considérés comme des auxiliaires de l'avocat au sens de l'article 321 chiffre 1 CP. Ainsi, la future loi sur la profession d'avocat devrait, d'après nous, opérer un renvoi à l'article 321 CP pour les personnes qui sont

¹³⁴⁸ CORBOZ, *Les infractions*, vol. 2, p. 761, N 7.

mentionnées à l'article 3 alinéa 3 du projet de la FSA et pour les activités qui sont visées.

Une telle solution devrait être admise, dans la mesure où le cercle des personnes astreintes au secret peut être étendu par des dispositions spéciales qui déclarent l'article 321 CP applicable à des situations particulières¹³⁴⁹. C'est le cas, par exemple, de l'article 321^{bis} alinéa 1 CP qui dispose que « [c]elui qui, sans droit, aura révélé un secret professionnel dont il a eu connaissance dans le cadre de son activité pour la recherche sur l'être humain au sens de la loi du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain sera puni en vertu de l'art. 321 ». C'est également le cas, comme le précise BERNARD CORBOZ¹³⁵⁰, de l'article 3c alinéa 4 de la Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (LStup)¹³⁵¹, ainsi que de l'article 2 alinéa 1 de la Loi sur les centres de consultation en matière de grossesse du 9 octobre 1981¹³⁵².

B. Sanctionner les influences indues

Une nouvelle infraction pénale devrait être intégrée dans le dernier chapitre de la loi, afin de sanctionner toute influence indue à l'égard d'un avocat inscrit au registre. Elle pourrait être rédigée en ces termes :

« Celui qui aura incité ou influencé un avocat inscrit au registre à agir de manière contraire à la présente loi sera puni d'une amende de 20'000 francs au plus ».

D'une manière générale, les tiers non inscrits ont fondamentalement moins à perdre que les avocats inscrits. Contrairement aux avocats, ils ne risquent pas de perdre leur droit d'exercer la profession d'avocat. C'est une différence non négligeable qu'il ne faut pas perdre de vue. Or s'ils étaient uniquement sanctionnés par un blâme, une éventuelle amende ou même une suspension ou un retrait de leur autorisation de s'associer avec des avocats, certains pourraient estimer qu'il s'agit là d'un risque à prendre, ou plutôt, du prix à payer pour faire des affaires. Ériger en infraction pénale l'influence indue permettrait de donner un message clair : les avocats inscrits au registre ne sauraient en aucun cas être influencés dans leur pratique.

Par ailleurs, cette infraction devrait – idéalement – non seulement s'adresser aux associés non inscrits d'un cabinet d'avocats mais à quiconque (sans égard au fait qu'il s'agisse d'un avocat inscrit ou non) aurait tenté d'influencer ou

¹³⁴⁹ CORBOZ, *Les infractions*, vol. 2, p. 765, N 18.

¹³⁵⁰ *Ibid.*

¹³⁵¹ RS 812.121.

¹³⁵² RS 857.5.

aurait influencé un avocat inscrit de manière contraire à la loi régissant la profession d'avocat. Dans ce cadre, il est évident qu'il faudrait toutefois faire preuve de pragmatisme et d'une certaine retenue lorsqu'un avocat inscrit employé par une société d'avocats reçoit des directives d'un associé (inscrit ou non) de la société dans laquelle il travaille. L'idée d'une telle disposition ne serait pas de paralyser le fonctionnement des sociétés d'avocats.

En revanche, il n'y a pas de raisons qu'un avocat (employé ou associé), à la demande d'autres personnes (peu importe qu'il s'agisse d'avocats inscrits ou non), soit tenu de faire passer les intérêts de la société dans laquelle il travaille avant ceux de son client, pour des raisons économiques notamment. Il nous semble utile de reprendre ici les exemples cités par HEINZ WEIL :

« [L'avocat] ne doit pas interjeter appel d'un jugement si l'appel n'a pas de chance d'aboutir, alors que la procédure d'appel lui procurerait du chiffre d'affaires et un bénéfice supplémentaires. [...] Par contre, le vendeur de voiture qui convainc son client d'acheter une option coûteuse mais parfaitement inutile pour le client en question, ne contrevient à aucune obligation déontologique »¹³⁵³.

L'objectif de cette infraction viserait ainsi à maintenir et à renforcer la fonction de l'avocat en tant qu'auxiliaire de la justice. L'avocat ne saurait, en aucun cas, endosser le rôle d'un vendeur de voitures, et ce indépendamment du fait qu'il travaille dans une société entièrement contrôlée par des avocats inscrits ou dans une société contrôlée par une minorité d'avocats non inscrits. En définitive, la menace de cette sanction vise à renforcer l'indépendance de l'avocat.

C. Inspection de la société d'avocats

À l'image de ce qui se fait déjà en droit notarial¹³⁵⁴, il serait opportun que les sociétés d'avocats fassent l'objet d'une inspection régulière, afin de vérifier que le cercle des associés/actionnaires de la société corresponde bien à celui qui a été annoncé à l'autorité. Lorsqu'un avocat change d'étude, il ne peut tirer aucun droit à l'inscription au registre cantonal du fait que son nom y figure déjà. Il devra requérir une modification de son inscription, afin que l'autorité s'assure du respect des exigences légales. Pour ce motif, il est justifié que l'autorité inspecte régulièrement les sociétés d'avocats.

¹³⁵³ WEIL, *Le cabinet d'avocats*, p. 35.

¹³⁵⁴ Voir p. ex. dans le canton de Neuchâtel, l'art. 21 al. 3 de la Loi sur le notariat qui prévoit que les études sont inspectées aussi souvent que les circonstances l'exigent, étant précisé que chaque étude est inspectée au moins une fois tous les trois ans.

Cette inspection serait aussi l'occasion de vérifier que les avocats disposent d'une adresse professionnelle, laquelle doit permettre le respect des exigences d'indépendance structurelle et la préservation du secret professionnel. Il est déjà admis que l'autorité de surveillance puisse solliciter d'un avocat la production d'un bail à loyer ou procéder à un transport sur place, afin de s'assurer de l'autonomie organisationnelle et spatiale de l'avocat¹³⁵⁵.

Elle permettrait en outre de déceler certains manquements ou des abus manifestes, comme le fait d'engager un nombre très important de stagiaires, alors que l'étude, d'une dimension très modeste, ne compte qu'un ou deux avocats inscrits au registre¹³⁵⁶. Pour les cantons qui connaissent déjà une limitation du nombre de stagiaires, une inspection régulière serait l'occasion de s'assurer que la limitation prévue est bel et bien respectée.

Une inspection serait enfin l'occasion de constater certains manquements et d'imposer à la société la mise en place de systèmes de gestion appropriés, dans l'hypothèse où ceux-ci ne seraient pas obligatoires.

D. Clause de conscience

L'avocat employé par une société d'avocats, ou plus généralement l'avocat salarié, devrait pouvoir bénéficier d'une clause de conscience, inscrite dans la loi et prévue dans son contrat, afin d'être déchargé d'une mission s'il l'estime contraire à sa conscience ou susceptible de porter atteinte à son indépendance¹³⁵⁷. En effet, le devoir d'indépendance de l'avocat ne devrait pas être compromis en raison d'un éventuel lien de subordination. L'invocation de cette clause serait limitée par l'abus de droit.

E. Obligation d'informer les clients

Comme nous l'avons relevé, l'article 3 alinéa 3 du projet prévoit que « [l]es art. 25 let. a à e et let. g et h, 26, 27 et 28 s'appliquent aux associés d'une société

¹³⁵⁵ CR LLCA-MEIER/REISER, art. 8, N 40. Voir aussi GURTNER, *Les études d'avocats virtuelles*, p. 333.

¹³⁵⁶ À noter que cette problématique a connu son épilogue dans le canton de Neuchâtel, puisque l'Arrêté concernant la formation des avocates et des avocats stagiaires du 5 mai 2004 (RSN 165.106) a récemment été modifié et prévoit désormais que le maître ou la maîtresse de stage ne peut se charger, simultanément, que de la formation d'une ou d'un stagiaire au maximum (art. 1a).

¹³⁵⁷ Voir p. ex. en France, l'art. 14.3 RIN.

d'avocats qui ne sont pas inscrits au registre des avocats („associés non inscrits“) et aux personnes employées par un avocat inscrit ou une société d'avocats qui effectuent des prestations de service typiques d'une activité d'avocat sans être elles-mêmes inscrites au registre ». Or il faut comprendre la disposition précitée dans le sens où les articles art. 25 let. a à e et let. g et h, 26, 27 et 28 ne s'appliqueront pas aux personnes employées par un avocat inscrit ou une société d'avocats qui ne sont pas elles-mêmes inscrites au registre, dans l'hypothèse où l'activité ne consisterait pas en une « prestation de service typique d'une activité d'avocat ».

Au vu de ce qui précède, la loi devrait prévoir une obligation pour le cabinet d'avocats d'informer le client, par écrit, lorsque la prestation offerte ne tombe pas sous le coup de l'article 3 alinéa 3, respectivement lorsqu'il ne s'agit pas d'« une prestation de service typique d'une activité d'avocat » et expliquer au client, toujours par écrit et en des termes clairs, les conséquences. À défaut, le client qui consulte un cabinet d'avocats pourrait être trompé et penser que les conseils qui lui sont fournis sont soumis aux mêmes exigences que celles qui s'appliquent aux avocats, ce qui ne sera pas le cas.

D'une manière générale, la société devrait avoir l'obligation, avant la conclusion du mandat et pour des raisons de transparence, d'informer par écrit le client au sujet des points suivants :

- identifier les services qui seront fournis au client ;
- indiquer si les services en question seront effectués par un avocat inscrit au registre ou non ;
- si une partie ou la totalité des services ne devaient pas être effectués par un avocat inscrit, identifier ces services et indiquer le statut ou la qualification de la personne ou des personnes qui effectueront ces services ;
- enfin, comme mentionné ci-dessus, indiquer au client si les services fournis seront des prestations de service typiques d'une activité d'avocat et, à défaut, lui en expliquer les conséquences.

Même si l'on peut s'attendre à ce que la plupart des sociétés d'avocats renseigneront le client spontanément sur ce qui précède, nous pensons qu'une telle obligation devrait figurer dans la loi pour garantir aux clients le standard minimum qu'il est en droit d'attendre d'une société d'avocats.

Conclusions

La troisième partie de ce travail est consacrée à la réglementation des sociétés d'avocats en Suisse. Notre objectif est d'apporter un éclairage nouveau et neutre sur les sociétés d'avocats et sur la manière de les réglementer. Il faut l'admettre, dès qu'une loi concerne de près ou de loin les avocats, celle-ci n'est très souvent discutée que dans un cadre très fermé, par des professionnels et pour des professionnels. Ce qui précède est probablement lié à la complexité de la matière, mais très certainement aussi à l'intérêt de la profession de garder la mainmise sur les règles qui la gouvernent et la gouverneront à l'avenir.

Après un tour d'horizon du cadre de la réglementation, des décisions cantonales et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, nous avons constaté la nécessité de procéder à une réforme de la LLCA. Cette dernière est en effet beaucoup trop centrée sur la réglementation du praticien individuel et pas suffisamment sur la réglementation de l'entité elle-même ou du travail en groupe. En outre, si la LLCA a été un véritable succès en ce qui concerne la mise en place d'une libre circulation des avocats en Suisse, force est de constater l'échec de cette loi qui était censée retenir une solution permettant d'aboutir à une définition de l'indépendance valable pour toute la Suisse. Seize ans après l'adoption de la LLCA, les contours de cette notion restent toujours très flous.

Nous avons ensuite examiné le projet préparé par la FSA. Il apporte des améliorations telles que la détermination du but de la loi, la reconnaissance et la réhabilitation des sociétés d'avocats, le rétablissement d'une égalité de traitement entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. De plus, la prohibition des investissements passifs et la nature « libérale » du projet doivent aussi être saluées.

En revanche, l'approche qui a été retenue pour réglementer les associés non inscrits est critiquable, et ce pour plusieurs raisons. Le modèle nous paraît difficilement soutenable sous l'angle de l'indépendance institutionnelle, relègue les associés non inscrits au rang d'associés de seconde classe et n'offre pas de garanties suffisantes pour que les associés non inscrits respectent les règles professionnelles auxquelles ils seront légalement soumis.

Nous avons ainsi proposé un modèle qui s'inspire du projet de la FSA à propos des sociétés d'avocats, mais qui adopte une philosophie différente pour parvenir à une forme de libéralisation permettant à des avocats de s'associer avec des tiers, sans mettre en danger la sécurité du public et sans intervenir de manière excessive dans la liberté d'organisation de la société, par le biais de règles de droit des sociétés.

Premièrement, nous avons suggéré que la future loi adopte une approche beaucoup plus proactive, inspirée de la réglementation en Nouvelle-Galles du Sud, en intervenant avant qu'un avocat ne viole une disposition légale, plutôt qu'une fois qu'il est trop tard, comme c'est généralement le cas.

Deuxièmement, le sujet de la réglementation devrait être élargi aux associés non inscrits. Dans ce cadre, le contrôle et la surveillance des associés non inscrits devraient être principalement de la compétence de l'autorité de surveillance et non pas des associés avocats. Il s'agit, en effet, d'une activité qui doit être exercée par un organisme indépendant et qui ne saurait être déléguée à des avocats qui n'auront ni le temps ni les moyens d'exercer un contrôle et une surveillance efficaces. À cet égard, les prérogatives accordées aux associés inscrits en termes de participations, de droits de vote et de quorums sont trop schématiques et ne permettent pas d'aboutir à la conclusion qu'elles seront nécessaires, utiles et même suffisantes pour assurer le respect des règles professionnelles et garantir la protection du public.

Troisièmement, le sujet de la réglementation devrait aussi s'étendre à la société d'avocats. Les seules conditions qui devront être remplies par la société visent à *maintenir le caractère d'une étude d'avocats*. Cette condition sera suffisante et nécessaire. À ce propos, si nous ne voyons avec aucun émoi le fait que des supermarchés, des compagnies d'assurances ou même des banques puissent engager demain en Suisse des avocats inscrits à un registre cantonal, nous estimons toutefois qu'une telle possibilité ne devrait pas être permise. Non pas à cause de la nostalgie de voir disparaître des cabinets d'avocats qui ne seraient plus en mesure de rivaliser avec ces nouveaux entrants sur le marché, mais parce que la diversité des cabinets d'avocats est bénéfique pour le public et permet à l'avocat d'exercer sa fonction d'auxiliaire de la justice et d'être le garant de l'État de droit. Deux conditions devront ainsi être remplies pour maintenir le caractère d'une étude d'avocats. Le but principal de la société devra se limiter à la prestation de services juridiques et aux activités qui lui sont liées dans le respect de la nouvelle loi. La majorité des droits de vote appartiendra à des associés de la société qui sont des avocats inscrits et leur participation atteindra au minimum la majorité du capital propre de la société.

Par ailleurs, pour rendre la surveillance effective, il sera exigé que les associés non inscrits exercent au sein de la société une activité professionnelle contribuant au but social effectivement poursuivi par la société. Ainsi, les investissements passifs seront interdits, car trop risqués et susceptibles de compromettre le respect des règles professionnelles par les avocats et par les associés non inscrits de la société.

Si les conditions-cadres précitées visant à garantir le maintien du caractère d'une étude d'avocats n'étaient plus respectées, l'autorité de surveillance devrait pouvoir impartir à la société un court délai pour se remettre en conformité, sous la menace de la suspension ou du retrait de l'autorisation accordée.

Enfin, nous avons suggéré la mise en place de certains garde-fous supplémentaires. Il s'agit d'élargir le cercle des personnes astreintes au secret professionnel au sens de l'article 321 CP, de sanctionner les influences indues par le biais d'une nouvelle disposition pénale, d'imposer à l'autorité une inspection de la société d'avocats, d'ajouter une clause de conscience pour l'avocat salarié et de prévoir une nouvelle disposition légale qui imposera à la société d'avocats l'obligation d'informer les clients sur la nature des services qui leur seront proposés.

Annexes

Annexe 1 :	Synthèse, sous la forme d'un tableau, de l'enquête menée par l'auteur auprès des responsables des délégations des pays membres du CCBE, ainsi qu'auprès d'associations des barreaux de différents pays	A-3
Annexe 2 :	Legal Profession Act 2004 No 112, Nouvelle-Galles du Sud, Australie (en vigueur jusqu'au 30 juin 2015) (extraits)	A-11
Annexe 3 :	Self-assessment of « appropriate management systems » for incorporated legal practices in New South Wales.....	A-37
Annexe 4 :	Legal Profession Uniform Law No 16a, Nouvelle-Galles du Sud, Australie (en vigueur dès le 1 ^{er} juillet 2015) (extraits)	A-55
Annexe 5 :	Legal Services Act 2007, Angleterre et Pays de Galles (extraits)	A-73
Annexe 6 :	Enquête menée sur les ABS par la SRA, mai 2014	A-171
Annexe 7 :	Schéma concernant l'assujettissement à autorisation des ABS.....	A-205
Annexe 8 :	Structure d'une ABS et autorisations requises.....	A-209
Annexe 9 :	Projet de loi fédérale sur la profession d'avocat préparé par la FSA (V2 15 février 2012)	A-215

Annexe 1

Synthèse, sous la forme d'un tableau, de l'enquête menée par l'auteur auprès des responsables des délégations des pays membres du CCBE, ainsi qu'auprès d'associations des barreaux de différents pays

	Autorisation de la détention et/ou de la gestion d'un cabinet d'avocats par un non-avocat ?	Limitation du pourcentage de la détention et/ou de la gestion par un non-avocat ?	Autorisation des pratiques multidisciplinaires ?
Allemagne (courriel du 12 juin 2014 du Professeur Friedrich Graf von Westphalen, Chef de délégation pour l'Allemagne au sein du CCBE)	Le droit allemand ne permet pas qu'une étude d'avocats soit détenue par un non-avocat – même une détention minoritaire n'est pas autorisée. Cela n'empêche pas qu'une étude puisse compter parmi les membres de son conseil d'administration des non-avocats. Toutefois, dans la pratique, il est d'usage que seuls des avocats gèrent un cabinet d'avocats.		Les pratiques multidisciplinaires sont autorisées. Les membres des professions libérales énoncés au § 59a de la BRAO ont le droit de s'associer avec des avocats.
Autriche (courriel du 22 septembre 2014 de Mme Stefanie Mühl, Austrian Bar (ÖRAK))	La détention par des non-avocats n'est, en principe, pas autorisée. Il existe des exceptions pour les conjoint(e)s et enfants d'avocats, les anciens avocats, les veufs/veuves d'avocats décédés, ainsi que pour les fondations autrichiennes (§ 21c (1) RAO).	Les tiers mentionnés au § 21c (1) RAO peuvent participer en tant qu'associés commanditaires, associés sans pouvoir de représentation ou de gestion, ou associés tacites (§ 21c (2) RAO). En outre, les avocats doivent détenir la majorité des actifs de la société et avoir une influence déterminante dans le processus de prise de décision (§ 21c (10) RAO). Enfin, l'exercice d'un mandat par un avocat associé à la société d'avocats ne doit pas être limité par des instructions ou par le consentement de l'assemblée des associés (§ 21c (10) RAO).	Non.
Belgique (courriel du 24 juin 2014 de Me Yves Oschinsky, délégué à l'information pour la Belgique au sein du CCBE)	Non.		Non.

Bulgarie (courriel du 18 septembre 2014 de Eli Hristova, délégué à l'information pour Malte au sein du CCBE)	Non.		
Croatie (courriel du 3 juin 2014 de Me Ranko Pelicarić, Chef de délégation pour la Croatie au sein du CCBE)	Non. La pratique du barreau en Croatie est encore très traditionnelle – même si certains membres du Barreau croate souhaiteraient y voir une orientation plus commerciale.		Non.
Espagne (courriel du 2 décembre 2014 de Me J. Nicolás Otegui Nieto, Lawyer International Section and Competition Law, Abogacia Española)	Oui.	La participation peut s'élever au maximum à 51 % de professionnels réglementés. Le solde peut être détenu par des tiers.	Oui.
Estonie (courriel du 2 juin 2014 de Me Hannes Vallikivi, Chef de délégation pour l'Estonie eu sein du CCBE)	Non.		Non, à l'exception des agents en brevets qui peuvent pratiquer avec des avocats au sein du cabinet.
Finlande (courriel du 9 juin 2014 de Minna Melender, Secrétaire générale de l'Association du Barreau finlandais)	La réglementation en Finlande ne permet pas, en principe, qu'un cabinet d'avocats soit détenu ou géré par un non-avocat. Il existe toutefois des exceptions qui requièrent l'approbation du Conseil de l'Association du Barreau finlandais.	Pour les sociétés à responsabilité limitée, au minimum 2/3 des administrateurs, le président et le vice-président doivent être des avocats.	Les pratiques multidisciplinaires ne sont pas autorisées pour les membres du barreau. En revanche, d'autres juristes peuvent pratiquer au sein de MDP.
Hongrie (courriel du 4 juin 2014 du Dr. Adrienn Tar, à la demande du Dr. Andras Szecskay, Chef de délégation pour la Hongrie au sein du CCBE)	Non.		Non.

Irlande (courriel du 3 juin 2014 de Me Paul McGarry, Chef de délégation pour l'Irlande au sein du CCBE)	Non.		Non, mais un projet est actuellement en discussion au Parlement qui pourrait autoriser à l'avenir des pratiques multidisciplinaires.
Islande (courriel du 6 juin 2014 de Ingimar Ingason, Secrétaire général de l'Association du Barreau islandais)	Seulement des avocats peuvent détenir et gérer un cabinet d'avocats. Toutefois, des non-avocats sont autorisés à gérer différents aspects d'un cabinet d'avocats, comme le personnel, la finance et les technologies de l'information.		Les pratiques multidisciplinaires sont très limitées et seulement autorisées pour les activités immobilières.
Italie (courriel du 22 juin 2014 de Me Gaia Pandolfi, déléguée à l'information pour l'Italie au sein du CCBE)	Non.		Oui, à condition que les professions non juridiques soient soumises à des règles déontologiques comparables et qu'elles soient identifiées par une réglementation du Ministère de la Justice qui n'a pas encore été adoptée.
Lettonie (courriel du 3 juin 2014 de Me Ivars Grunte, Chef de délégation pour la Lettonie au sein du CCBE)	Un cabinet d'avocats ne peut pas être détenu par un non-avocat. La réglementation ne répond pas à la question de la gestion des cabinets. Toutefois, dans la pratique, seuls des membres du barreau occupent cette fonction.		Non.
Liechtenstein (courriel du 13 juin 2014 du Dr. Robert Schneider, Chef de délégation pour le Liechtenstein au sein du CCBE)	La détention ou la gestion d'un cabinet d'avocats par un non-avocat n'est pas autorisée (art. 36 et 37 RAG du 8 novembre 2013)		Non.

Lituanie (courriel du 3 juin 2014 de Me Renata Beržanskienė, Cheffe de délégation pour la Lituanie au sein du CCBE)	Non.		Non.
Luxembourg (courriel du 3 juin 2014 de Me Lucy Dupong, avocate, Cheffe de délégation pour le Luxembourg au sein du CCBE)	La loi luxembourgeoise ne permet pas à un non-avocat d'être gérant d'un cabinet d'avocats et n'admet pas dans les sociétés d'avocats la détention de capitaux externes, c'est-à-dire détenus par des non-avocats.		La loi luxembourgeoise ne traite pas de manière spécifique des pratiques multidisciplinaires au sein d'un cabinet d'avocats. Toutefois, l'article 8 de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat prévoit des dispositions dont on pourrait déduire que les associés, dans l'hypothèse où la profession est exercée sous forme d'association ou de personne morale, doivent tous être des avocats.
Malte (courriel du 16 septembre 2014 du Dr. Stefan Camilleri, déléguée à l'information pour Malte au sein du CCBE)	Non.	Une nouvelle réglementation qui permettrait une participation allant jusqu'à 25 % de non-avocats dans les études d'avocats est actuellement en discussion. La participation serait limitée à des membres d'une profession déterminée.	Non.
Norvège (courriel du 13 juin 2014 de Me Berit Reiss-Andersen, avocat, Chef de la délégation pour la Norvège au sein du CCBE)	Les personnes qui exercent une part importante de leur activité professionnelle au service d'un cabinet peuvent détenir des actions ou exercer la fonction de directeur ou de directeur adjoint au sein dudit cabinet. Cela signifie, par exemple, que la femme de ménage engagée par un cabinet d'avocats pourrait détenir des actions du cabinet dans lequel elle travaille.		Les pratiques multidisciplinaires sont autorisées lorsque l'autre discipline est naturellement liée à la pratique juridique.

Pays-Bas (courriel du 23 juin 2014 de Robert Sanders, Senior policy advisor (Information Officer) Netherlands Bar et délégué à l'information pour la Hollande au sein du CCBE)	La réglementation aux Pays-Bas autorise la gestion d'un cabinet d'avocats par des non-avocats à certaines conditions. Elle interdit, en revanche, la détention par des non-avocats. Il existe cependant une exception pour un groupe limité de professionnels, comme les notaires et les conseillers fiscaux, qui peuvent partager la détention avec des avocats.	Concernant la gestion par des non-avocats, la majorité du conseil d'administration doit être composée d'avocats, y compris le président du conseil d'administration. Les non-avocats qui s'occupent de la gestion ne peuvent pas pratiquer au sein du cabinet et influencer ou contrôler la pratique des avocats.	Non. En revanche, des conseillers fiscaux, des notaires et des agents en brevets peuvent s'associer avec des avocats.
Pologne (courriel du 9 juin 2014 de Me Dominika Stępińska-Duch, Cheffe de délégation pour la Pologne au sein du CCBE)	Les associés ne peuvent être que des avocats, des conseillers juridiques, des conseils en propriété industrielle, des conseillers fiscaux et des avocats étrangers exerçant leurs professions en Pologne en vertu des dispositions pertinentes.		La prestation de services juridiques doit être l'objet social exclusif de toutes les sociétés.
Portugal (courriel du 4 juin 2014 de Me Ana Raquel Frada, à la demande du Dr. José de Freitas, Chef de délégation pour le Portugal au sein du CCBE)	Non (art. 1, 5 et 28 du Decreto-Lei n° 229/2004 du 10 décembre).		Non.
République tchèque (courriel du 4 juin 2014 de Me Antonin Mokry, Chef de délégation pour la République tchèque au sein du CCBE)	Non.		Non. Les pratiques multidisciplinaires ne sont pas autorisées, dans la mesure où les règles déontologiques des différentes professions réglementées ne sont pas entièrement compatibles entre elles.
Slovaquie (courriel du 3 juin 2014 de Me Michal Buzek, Chef de délégation pour la Slovaquie au sein du CCBE)	Non.		Non.

Slovénie (courriel du 5 juin 2014 de Me Konrad Plauštajner, Chef de délégation pour la Slovénie au sein du CCBE)	Non (art. 37 par. 3 et 4 du Bar Act).		Non (art. 37 par. 1 du Bar Act).

Annexe 2

Legal Profession Act 2004 No 112, Nouvelle-Galles du Sud, Australie
(en vigueur jusqu'au 30 juin 2015) (extraits)



Legal Profession Act 2004 No 112

Status information

Currency of version

Repealed version for 4 July 2014 to 30 June 2015 (generated 10 July 2015 at 10:38).
Legislation on the NSW legislation website is usually updated within 3 working days.

Provisions in force

All the provisions displayed in this version of the legislation have commenced. For commencement and other details see the Historical notes.

Repeal:

The Act was repealed by sec 167 (a) of the Legal Profession Uniform Law Application Act 2014 No 16 with effect from 1.7.2015.

Note:

Legal Profession legislation information is available from www.pcc.gov.au/uniform_legislation_official_versions.htm and includes a copy of the current Model Legal Profession provisions. This revised and re-arranged Edition of the provisions includes in the headnotes comparative references ("cf") containing information with respect to the Victorian and NSW legal profession legislation, and the equivalent provisions in the 1st Edition of the Model provisions

	Page
130 Order for non-removal of name or non-cancellation of local practising certificate	62
131 Local authority may give information to other local authorities	62
Part 2.6 Incorporated legal practices and multi-disciplinary partnerships	
Division 1 Preliminary	
132 Purposes	62
133 Definitions	63
Division 2 Incorporated legal practices	
134 Nature of incorporated legal practice	63
135 Non-legal services and businesses of incorporated legal practices	64
136 Corporations eligible to be incorporated legal practice	64
137 Notice of intention to start providing legal services	64
138 Prohibition on representations that corporation is incorporated legal practice	65
139 Notice of termination of provision of legal services	65
140 Incorporated legal practice must have legal practitioner director	65
141 Obligations of legal practitioner director relating to misconduct	66
142 Incorporated legal practice without legal practitioner director	67
143 Obligations and privileges of practitioners who are officers or employees	67
144 Professional indemnity Insurance	68
145 Conflicts of interest	68
146 Disclosure obligations	69
147 Effect of non-disclosure of provision of certain services	69
148 Application of legal profession rules	70
149 Requirements relating to advertising	70
150 Extension of vicarious liability relating to failure to account, pay or deliver and dishonesty to incorporated legal practices	70
151 Sharing of receipts, revenue or other income	70
152 Disqualified persons	71
153 Banning of incorporated legal practices	71
154 Disqualification from managing incorporated legal practice	72
155 Disclosure of information to Australian Securities and Investments Commission	73
156 External administration proceedings under Corporations Act 2001 (Cth)	73
157 External administration proceedings under other legislation	73
158 Incorporated legal practice that is subject to receivership under this Act and external administration under Corporations Act 2001 (Cth)	74
159 Incorporated legal practice that is subject to receivership under this Act and external administration under other legislation	74
160 Co-operation between courts	75
161 Relationship of Act to constitution of incorporated legal practice	75
162 Relationship of Act to legislation establishing incorporated legal practice	75
163 Relationship of Act to Corporations legislation	75
164 Undue influence	76
Division 3 Multi-disciplinary partnerships	
165 Nature of multi-disciplinary partnership	76
166 Conduct of multi-disciplinary partnerships	76

	Page
167 Notice of intention to start practice in multi-disciplinary partnership	76
168 General obligations of legal practitioner partners	76
169 Obligations of legal practitioner partner relating to misconduct	77
170 Actions of partner who is not an Australian legal practitioner	77
171 Obligations and privileges of practitioners who are partners or employees	77
172 Conflicts of interest	78
173 Disclosure obligations	78
174 Effect of non-disclosure of provision of certain services	79
175 Application of legal profession rules	79
176 Requirements relating to advertising	79
177 Sharing of receipts, revenue or other income	79
178 Disqualified persons	79
179 Prohibition on partnerships with certain partners who are not Australian legal practitioners	80
180 Undue influence	80
Division 4 Miscellaneous	
181 Obligations of individual practitioners not affected	80
182 Regulations	81
Part 2.7 Legal practice by foreign lawyers	
Division 1 Preliminary	
183 Purpose	81
184 Definitions	81
185 This Part does not apply to Australian legal practitioners	82
Division 2 Practice of foreign law	
186 Requirement for registration	82
187 Entitlement of Australian-registered foreign lawyer to practise in this jurisdiction	82
188 Scope of practice	82
189 Form of practice	83
190 Application of Australian professional ethical and practice standards	83
191 Designation	84
192 Letterhead and other identifying documents	85
193 Advertising	85
194 Foreign lawyer employing Australian legal practitioner	85
195 Trust money and trust accounts	86
196 Professional indemnity insurance	86
197 Fidelity cover	87
Division 3 Local registration of foreign lawyers generally	
198 Local registration of foreign lawyers	87
199 Duration of registration	87
200 Locally registered foreign lawyer is not officer of Supreme Court	87
Division 4 Applications for grant or renewal of local registration	
201 Application for grant or renewal of registration	87
202 Manner of application	87
203 Requirements regarding applications for grant or renewal of registration	88

130 Order for non-removal of name or non-cancellation of local practising certificate

- (1) If an Australian lawyer reasonably expects that his or her name will be removed from an interstate roll or that foreign regulatory action will be taken against the lawyer, the lawyer may apply to the Supreme Court for:
 - (a) an order that his or her name not be removed from the local roll under section 126 (Peremptory removal of local lawyer's name from local roll following removal in another jurisdiction) or section 128 (Show cause procedure for removal of lawyer's name from local roll following foreign regulatory action), or
 - (b) an order that his or her local practising certificate not be cancelled under section 127 (Peremptory cancellation of local practising certificate following removal of name from interstate roll) or section 129 (Show cause procedure for cancellation of local practising certificate following foreign regulatory action),or both.
- (2) The Supreme Court may make the order or orders applied for if satisfied that:
 - (a) the lawyer's name is likely to be removed from the interstate roll or the foreign regulatory action is likely to be taken, and
 - (b) the reason for the removal of the name or the taking of the foreign regulatory action will not involve disciplinary action or the possibility of disciplinary action,or may refuse to make an order.
- (3) An order under this section may be made subject to any conditions the Supreme Court considers appropriate and remains in force for the period specified in it.
- (4) The Supreme Court may revoke an order made under this section, and sections 126–129 (as relevant) then apply as if the lawyer's name were removed from the interstate roll or the foreign regulatory action were taken when the revocation takes effect.
- (5) Nothing in this section affects action being taken in relation to the lawyer under other provisions of this Act.

131 Local authority may give information to other local authorities

A regulatory authority of this jurisdiction that receives information from a regulatory authority of another jurisdiction under provisions of a corresponding law that correspond to this Part may furnish the information to other regulatory authorities of this jurisdiction that have powers or duties under this Act.

Part 2.6 Incorporated legal practices and multi-disciplinary partnerships

Division 1 Preliminary

132 Purposes

The purposes of this Part are:

- (a) to regulate the provision of legal services by corporations in this jurisdiction, and
- (b) to regulate the provision of legal services in this jurisdiction in conjunction with the provision of other services (whether by a corporation or persons acting in partnership with each other).

133 Definitions

In this Part:

corporation means:

- (a) a company within the meaning of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth, or
- (b) any other body corporate, or body corporate of a kind, prescribed by the regulations.

director, in relation to:

- (a) a company within the meaning of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth—means a director as defined in section 9 of that Act, or
- (b) any other body corporate, or body corporate of a kind, prescribed by the regulations—means a person specified or described in the regulations.

legal practitioner director means a director of an incorporated legal practice who is an Australian legal practitioner holding an unrestricted practising certificate.

legal practitioner partner means a partner of a multi-disciplinary partnership who is an Australian legal practitioner holding an unrestricted practising certificate.

officer means:

- (a) in relation to a company within the meaning of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth—an officer as defined in section 9 of that Act, or
- (b) in relation to any other body corporate, or body corporate of a kind, prescribed by the regulations—a person specified or described in the regulations.

professional obligations of an Australian legal practitioner include:

- (a) duties to the Supreme Court, and
- (b) obligations in connection with conflicts of interest, and
- (c) duties to clients, including disclosure, and
- (d) ethical rules required to be observed by the practitioner.

Regulator means:

- (a) in relation to this jurisdiction—the Commissioner, or
- (b) in relation to another jurisdiction—the person or body defined as the Regulator in relation to that jurisdiction by the corresponding law of that jurisdiction or, if there is no such definition, the corresponding authority.

related body corporate means:

- (a) in relation to a company within the meaning of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth—a related body corporate within the meaning of section 50 of that Act, or
- (b) in relation to any other body corporate, or body corporate of a kind, prescribed by the regulations—a person specified or described in the regulations.

Division 2 Incorporated legal practices

134 Nature of incorporated legal practice

- (1) An incorporated legal practice is a corporation that engages in legal practice in this jurisdiction, whether or not it also provides services that are not legal services.
- (2) However, a corporation is not an incorporated legal practice if:
 - (a) the corporation does not receive any form of, or have any expectation of, a fee, gain or reward for the legal services it provides, or

- (b) the only legal services that the corporation provides are any or all of the following services:
 - (i) in-house legal services, namely, legal services provided to the corporation concerning a proceeding or transaction to which the corporation (or a related body corporate) is a party,
 - (ii) services that are not legally required to be provided by an Australian legal practitioner and that are provided by an officer or employee who is not an Australian legal practitioner, or
 - (c) the corporation is a complying community legal centre, or
 - (d) this Division or the regulations so provide.
- (3) The regulations may make provision for or with respect to the application (with or without specified modifications) of provisions of this Act to corporations that are not incorporated legal practices because of the operation of subsection (2).
 - (4) Nothing in this Division affects or applies to the provision by an incorporated legal practice of legal services in one or more other jurisdictions.

135 Non-legal services and businesses of incorporated legal practices

- (1) An incorporated legal practice may provide any service and conduct any business that the corporation may lawfully provide or conduct, except as provided by this section.
- (2) An incorporated legal practice (or a related body corporate) must not conduct a managed investment scheme.
- (3) The regulations may prohibit an incorporated legal practice (or a related body corporate) from providing a service or conducting a business of a kind specified by the regulations.

136 Corporations eligible to be incorporated legal practice

- (1) Any corporation is, subject to this Division, eligible to be an incorporated legal practice.
- (2) This section does not authorise a corporation to provide legal services if the corporation is prohibited from doing so by any Act or law (whether of this jurisdiction, the Commonwealth or any other jurisdiction) under which it is incorporated or its affairs are regulated.
- (3) An incorporated legal practice is not itself required to hold an Australian practising certificate.

137 Notice of intention to start providing legal services

- (1) Before a corporation starts to engage in legal practice in this jurisdiction, the corporation must give the Law Society written notice, in the approved form, of its intention to do so.
- (2) A corporation must not engage in legal practice in this jurisdiction if it is in default of this section.
Maximum penalty: 50 penalty units.
- (3) A corporation that starts to engage in legal practice in this jurisdiction without giving a notice under subsection (1) is in default of this section until it gives the Law Society written notice, in the approved form, of the failure to comply with that subsection and the fact that it has started to engage in legal practice.
- (4) The giving of a notice under subsection (3) does not affect a corporation's liability under subsection (1) or (2).

- (5) A corporation is not entitled to recover any amount for anything the corporation did in contravention of subsection (2).
- (6) A person may recover from a corporation or a legal practitioner associate of the corporation, as a debt due to the person, any amount the person paid to or at the direction of the corporation for anything the corporation did in contravention of subsection (2).
- (7) This section does not apply to a corporation referred to in section 134 (2) (a), (b) or (c).

138 Prohibition on representations that corporation is incorporated legal practice

- (1) A corporation must not, without reasonable excuse, represent or advertise that the corporation is an incorporated legal practice unless a notice in relation to the corporation has been given under section 137 (Notice of intention to start providing legal services).
Maximum penalty: 500 penalty units.
- (2) A director, officer, employee or agent of a corporation must not, without reasonable excuse, represent or advertise that the corporation is an incorporated legal practice unless a notice in relation to the corporation has been given under section 137 (Notice of intention to start providing legal services).
Maximum penalty: 100 penalty units.
- (3) A reference in this section to a person, being:
 - (a) a corporation—representing or advertising that the corporation is an incorporated legal practice, or
 - (b) a director, officer, employee or agent of a corporation—representing or advertising that the corporation is an incorporated legal practice,includes a reference to the person doing anything that states or implies that the corporation is entitled to engage in legal practice.

139 Notice of termination of provision of legal services

- (1) A corporation must, within the prescribed period after it ceases to engage in legal practice in this jurisdiction as an incorporated legal practice, give the Law Society a written notice, in the approved form, of that fact.
Maximum penalty: 50 penalty units.
- (2) The regulations may make provision for or with respect to determining whether and when a corporation ceases to engage in legal practice in this jurisdiction.

140 Incorporated legal practice must have legal practitioner director

- (1) An incorporated legal practice is required to have at least one legal practitioner director.
- (2) Each legal practitioner director of an incorporated legal practice is, for the purposes of this Act only, responsible for the management of the legal services provided in this jurisdiction by the incorporated legal practice.
- (3) Each legal practitioner director of an incorporated legal practice must ensure that appropriate management systems are implemented and maintained to enable the provision of legal services by the incorporated legal practice:
 - (a) in accordance with the professional obligations of Australian legal practitioners and other obligations imposed by or under this Act, the regulations or the legal profession rules, and

- (b) so that those obligations of Australian legal practitioners who are officers or employees of the practice are not affected by other officers or employees of the practice.
- (4) If it ought reasonably to be apparent to a legal practitioner director of an incorporated legal practice that the provision of legal services by the practice will result in breaches of the professional obligations of Australian legal practitioners or other obligations imposed by or under this Act, the regulations or the legal profession rules, the director must take all reasonable action available to the director to ensure that:
 - (a) the breaches do not occur, and
 - (b) appropriate remedial action is taken in respect of breaches that do occur.
- (5) A contravention of subsection (3) or (4) or both by a legal practitioner director is capable of being professional misconduct.
- (6) Nothing in this Division derogates from the obligations or liabilities of a director of an incorporated legal practice under any other law.
- (7) The reference in subsection (1) to a legal practitioner director does not include a reference to a person who is not validly appointed as a director, but this subsection does not affect the meaning of the expression “legal practitioner director” in other provisions of this Act.

Note: The requirements of this section may be subject to audit under section 670.

141 Obligations of legal practitioner director relating to misconduct

- (1) Each of the following is capable of being unsatisfactory professional conduct or professional misconduct by a legal practitioner director:
 - (a) unsatisfactory professional conduct or professional misconduct of an Australian legal practitioner employed by the incorporated legal practice,
 - (b) conduct of any other director (not being an Australian legal practitioner) of the incorporated legal practice that adversely affects the provision of legal services by the practice,
 - (c) the unsuitability of any other director (not being an Australian legal practitioner) of the incorporated legal practice to be a director of a corporation that provides legal services.
- (1A) A legal practitioner director is not guilty of unsatisfactory professional conduct or professional misconduct under subsection (1) if the director establishes that he or she took all reasonable steps to ensure that:
 - (a) Australian legal practitioners employed by the incorporated legal practice did not engage in conduct or misconduct referred to in subsection (1) (a), or
 - (b) directors (not being Australian legal practitioners) of the incorporated legal practice did not engage in conduct referred to in subsection (1) (b), or
 - (c) unsuitable directors (not being Australian legal practitioners) of the incorporated legal practice were not appointed or holding office as referred to in subsection (1) (c),as the case requires.
- (2) A legal practitioner director of an incorporated legal practice must ensure that all reasonable action available to the legal practitioner director is taken to deal with any unsatisfactory professional conduct or professional misconduct of an Australian legal practitioner employed by the practice.
- (3) (Repealed)

142 Incorporated legal practice without legal practitioner director

- (1) An incorporated legal practice contravenes this subsection if it does not have any legal practitioner directors for a period exceeding 7 days.
Maximum penalty: 500 penalty units.
- (2) If an incorporated legal practice ceases to have any legal practitioner directors, the incorporated legal practice must notify the Law Society as soon as possible.
Maximum penalty: 500 penalty units.
- (3) An incorporated legal practice must not provide legal services in this jurisdiction during any period it is in default of director requirements under this section.
Maximum penalty: 100 penalty units.
- (4) An incorporated legal practice that contravenes subsection (1) is taken to be in default of director requirements under this section for the period from the end of the period of 7 days until:
 - (a) it has at least one legal practitioner director, or
 - (b) a person is appointed under this section or a corresponding law in relation to the practice.
- (5) The Law Society Council may, if it thinks it appropriate, appoint an Australian legal practitioner who is an employee of the incorporated legal practice or another person nominated by the Council, in the absence of a legal practitioner director, to exercise the functions conferred or imposed on a legal practitioner director under this Part.
- (6) An Australian legal practitioner is not eligible to be appointed under this section unless the practitioner holds an unrestricted practising certificate.
- (7) The appointment under this section of a person to exercise the functions of a legal practitioner director does not, for any other purpose, confer or impose on the person any of the other functions or duties of a director of the incorporated legal practice.
- (8) An incorporated legal practice does not contravene subsection (1) during any period during which a person holds an appointment under this section in relation to the practice.
- (9) A reference in this section to a legal practitioner director does not include a reference to a person who is not validly appointed as a director, but this subsection does not affect the meaning of the expression “legal practitioner director” in other provisions of this Act.

143 Obligations and privileges of practitioners who are officers or employees

- (1) An Australian legal practitioner who provides legal services on behalf of an incorporated legal practice in the capacity of an officer or employee of the practice:
 - (a) is not excused from compliance with professional obligations as an Australian legal practitioner, or any obligations as an Australian legal practitioner under any law, and
 - (b) does not lose the professional privileges of an Australian legal practitioner.
- (2) For the purposes only of subsection (1), the professional obligations and professional privileges of a practitioner apply as if:
 - (a) where there are 2 or more legal practitioner directors of an incorporated legal practice—the practice were a partnership of the legal practitioner directors and the employees of the practice were employees of the legal practitioner directors, or

- (b) where there is only 1 legal practitioner director of an incorporated legal practice—the practice were a sole practitioner and the employees of the practice were employees of the legal practitioner director.
- (3) The law relating to client legal privilege (or other legal professional privilege) is not excluded or otherwise affected because an Australian legal practitioner is acting in the capacity of an officer or employee of an incorporated legal practice.
- (4) The directors of an incorporated legal practice do not breach their duties as directors merely because legal services are provided pro bono by an Australian legal practitioner employed by the practice.

144 Professional indemnity Insurance

- (1) An incorporated legal practice, and each insurable solicitor who is a legal practitioner director or an officer or employee of the practice, is required to comply with the obligations of an insurable solicitor under Part 3.3 (Professional indemnity insurance) with respect to insurance policies and payments to or on account of the Solicitors Mutual Indemnity Fund.
- (2) Each solicitor who is an interstate legal practitioner who is a legal practitioner director or an officer or employee of the practice and who if, he or she were a local practitioner, would be an insurable solicitor is required to comply with the obligations of an interstate legal practitioner under section 98 with respect to appropriate indemnity insurance.
- (3) If an obligation referred in subsection (1) or (2) is not complied with, the Law Society Council may:
 - (a) in the case of a legal practitioner director who holds a local practising certificate—suspend the director's practising certificate while the failure continues, or
 - (b) in the case of a legal practitioner director who is an interstate legal practitioner—suspend that director's entitlement under Part 2.4 to practise in this State while the failure continues and request the corresponding authority in the jurisdiction in which the practitioner has his or her sole or principal place of legal practice to suspend the director's interstate practising certificate until the Law Society Council notifies the corresponding authority that the obligation has been complied with.
- (4) The insurance premiums or other amounts payable under Part 3.3 by an incorporated legal practice may be determined by reference to the total number of solicitors employed by the practice and other relevant matters.
- (5) The amounts payable from the Solicitors Mutual Indemnity Fund include payments for such liability of an incorporated legal practice, and of the solicitors who are officers and employees of the practice, in connection with the provision of legal services as the Law Society Council determines with the approval of the Attorney General.
- (6) The Law Society Council may exempt an incorporated legal practice from this section on such grounds as the Council considers sufficient.

145 Conflicts of interest

- (1) For the purposes of the application of any law (including the common law) or legal profession rules relating to conflicts of interest to the conduct of an Australian legal practitioner who is:
 - (a) a legal practitioner director of an incorporated legal practice, or
 - (b) an officer or employee of an incorporated legal practice,

the interests of the incorporated legal practice or any related body corporate are also taken to be those of the practitioner (in addition to any interests that the practitioner has apart from this subsection).

- (2) Legal profession rules may be made for or with respect to additional duties and obligations in connection with conflicts of interest arising out of the conduct of an incorporated legal practice.

Note. Under section 143 (Obligations and privileges of practitioners who are officers or employees), an Australian legal practitioner who is an officer or employee of an incorporated legal practice must comply with the same professional obligations as other practitioners.

146 Disclosure obligations

- (1) This section applies if a person engages an incorporated legal practice to provide services that the person might reasonably assume to be legal services, but does not apply where the practice provides only legal services in this jurisdiction.
- (2) Each legal practitioner director of the incorporated legal practice, and any employee who is an Australian legal practitioner and who provides the services on behalf of the practice, must ensure that a disclosure, complying with the requirements of this section and the regulations made for the purposes of this section, is made to the person in connection with the provision of the services.

Maximum penalty: 50 penalty units.

- (3) The disclosure must be made by giving the person a notice in writing:
 - (a) setting out the services to be provided, and
 - (b) stating whether or not all the legal services to be provided will be provided by an Australian legal practitioner, and
 - (c) if some or all of the legal services to be provided will not be provided by an Australian legal practitioner—identifying those services and indicating the status or qualifications of the person or persons who will provide the services, and

Note. For example, the person might be a licensed conveyancer. However, this paragraph would not apply in a case where a law applying in the jurisdiction prohibits a particular legal service from being provided by a person who is not an Australian legal practitioner.

- (d) stating that this Act applies to the provision of legal services but not to the provision of the non-legal services.
- (4) The regulations may make provision for or with respect to the following matters:
 - (a) the manner in which a disclosure is to be made,
 - (b) additional matters required to be disclosed in connection with the provision of legal services or non-legal services by an incorporated legal practice.
- (5) Without limiting subsection (4), the additional matters may include the kind of services provided by the incorporated legal practice and whether those services are or are not covered by the insurance or other provisions of this Act.
- (6) A disclosure under this section to a person about the provision of legal services may relate to the provision of legal services on one occasion or on more than one occasion or on an on-going basis.

147 Effect of non-disclosure of provision of certain services

- (1) This section applies if:
 - (a) section 146 (Disclosure obligations) applies in relation to a service that is provided to a person who has engaged an incorporated legal practice to

provide the service and that the person might reasonably assume to be a legal service, and

- (b) a disclosure has not been made under that section in relation to the service.
- (2) The standard of care owed by the incorporated legal practice in respect of the service is the standard that would be applicable if the service had been provided by an Australian legal practitioner.

148 Application of legal profession rules

Legal profession rules, so far as they apply to Australian legal practitioners, also apply to Australian legal practitioners who are officers or employees of an incorporated legal practice, unless the rules otherwise provide.

149 Requirements relating to advertising

- (1) Any restriction imposed by or under this or any other Act, the regulations or the legal profession rules in connection with advertising by Australian legal practitioners applies to advertising by an incorporated legal practice with respect to the provision of legal services.
- (2) If a restriction referred to in subsection (1) is limited to a particular branch of the legal profession or for persons who practise in a particular style of legal practice, the restriction applies only to the extent that the incorporated legal practice carries on the business in that branch of the legal profession or in that style of legal practice.
- (3) Any advertisement of the kind referred to in this section is, for the purposes of disciplinary proceedings taken against an Australian legal practitioner, taken to have been authorised by each legal practitioner director of the incorporated legal practice.
- (4) This section does not apply if the provision by which the restriction is imposed expressly excludes its application to incorporated legal practices.

150 Extension of vicarious liability relating to failure to account, pay or deliver and dishonesty to incorporated legal practices

- (1) This section applies to any of the following proceedings (being proceedings based on the vicarious liability of an incorporated legal practice):
 - (a) civil proceedings relating to a failure to account for, pay or deliver money or property received by, or entrusted to, the practice (or to any officer or employee of the practice) in the course of the provision of legal services by the practice, being money or property under the direct or indirect control of the practice,
 - (b) civil proceedings for any other debt owed, or damages payable, to a client as a result of a dishonest act or omission by an Australian legal practitioner who is an employee of the practice in connection with the provision of legal services to the client.
- (2) If the incorporated legal practice would not (but for this section) be vicariously liable for any acts or omissions of its officers and employees in those proceedings, but would be liable for those acts or omissions if the practice and those officers and employees were carrying on business in partnership, the practice is taken to be vicariously liable for those acts or omissions.

151 Sharing of receipts, revenue or other income

- (1) Nothing in this Act, the regulations or the legal profession rules prevents an Australian legal practitioner from sharing with an incorporated legal practice receipts, revenue or other income arising from the provision of legal services by the practitioner.

- (2) This section does not extend to the sharing of receipts, revenue or other income in contravention of section 152 (Disqualified persons), and has effect subject to section 54 (Statutory condition regarding practice as a barrister).

152 Disqualified persons

- (1) An incorporated legal practice is guilty of an offence if a person who is a disqualified person:
- (a) is an officer or employee of the incorporated legal practice (whether or not the person provides legal services) or is an officer or employee of a related body corporate, or
 - (b) is a partner of the incorporated legal practice in a business that includes the provision of legal services, or
 - (c) shares the receipts, revenue or other income arising from the provision of legal services by the incorporated legal practice, or
 - (d) is engaged or paid in connection with the provision of legal services by the incorporated legal practice.

Maximum penalty: 100 penalty units.

- (2) The failure of a legal practitioner director of an incorporated legal practice to ensure that the practice complies with subsection (1) is capable of being unsatisfactory professional conduct or professional misconduct.

153 Banning of incorporated legal practices

- (1) The Supreme Court may, on the application of the Law Society Council or the Regulator, make an order disqualifying a corporation from providing legal services in this jurisdiction for the period the Court considers appropriate if satisfied that:
- (a) a ground for disqualifying the corporation under this section has been established, and
 - (b) the disqualification is justified.
- (2) An order under this section may, if the Supreme Court thinks it appropriate, be made:
- (a) subject to conditions as to the conduct of the incorporated legal practice, or
 - (b) subject to conditions as to when or in what circumstances the order is to take effect, or
 - (c) together with orders to safeguard the interests of clients or employees of the incorporated legal practice.
- (3) Action may be taken against an incorporated legal practice on any of the following grounds:
- (a) that a legal practitioner director or an Australian legal practitioner who is an officer or employee of the corporation is found guilty of professional misconduct under a law of this jurisdiction or another jurisdiction,
 - (b) that the Law Society Council or the Regulator is satisfied, after conducting an audit of the incorporated legal practice, that the incorporated legal practice has failed to implement satisfactory management and supervision of its provision of legal services,
 - (c) that the incorporated legal practice (or a related body corporate) has contravened section 135 (Non-legal services and businesses of incorporated legal practices) or the regulations made under that section,
 - (d) that the incorporated legal practice has contravened section 152 (Disqualified persons),

- (e) that a person who is an officer of the incorporated legal practice and who is the subject of an order under:
 - (i) section 154 (Disqualification from managing incorporated legal practice) or under provisions of a corresponding law that correspond to that section, or
 - (ii) section 179 (Prohibition on partnerships with certain partners who are not Australian legal practitioners) or under provisions of a corresponding law that correspond to that section,is acting in the management of the incorporated legal practice.
- (4) If a corporation is disqualified under this section, the Law Society Council or the Regulator that applied for the order must, as soon as practicable, notify the Regulator of every other jurisdiction.
- (5) If a corporation is disqualified from providing legal services in another jurisdiction under a corresponding law, the Regulator or the Law Society Council may determine that the corporation is taken to be disqualified from providing legal services in this jurisdiction for the same period, but nothing in this subsection prevents the Regulator or the Law Society Council from instead applying for an order under this section.
- (6) A corporation that provides legal services in contravention of a disqualification under this section is guilty of an offence.
Maximum penalty: 500 penalty units.
- (7) A corporation that is disqualified under this section ceases to be an incorporated legal practice.
- (8) Conduct of an Australian legal practitioner who provides legal services on behalf of a corporation in the capacity of an officer or employee of the corporation is capable of being unsatisfactory professional conduct or professional misconduct where the practitioner ought reasonably to have known that the corporation is disqualified under this section.
- (9) The regulations may make provision for or with respect to the publication and notification of orders made under this section, including notification of appropriate authorities of other jurisdictions.

154 Disqualification from managing incorporated legal practice

- (1) The Supreme Court may, on the application of the Law Society Council or the Regulator, make an order disqualifying a person from managing a corporation that is an incorporated legal practice for the period the Court considers appropriate if satisfied that:
 - (a) the person is a person who could be disqualified under section 206C, 206D, 206E or 206F of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth from managing corporations, and
 - (b) the disqualification is justified.
- (2) The Supreme Court may, on the application of a person subject to a disqualification order under this section, revoke the order.
- (3) A disqualification order made under this section has effect for the purposes only of this Act and does not affect the application or operation of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth.
- (4) The regulations may make provision for or with respect to the publication and notification of orders made under this section.

- (5) A person who is disqualified from managing a corporation under provisions of a corresponding law that correspond to this section is taken to be disqualified from managing a corporation under this section.

155 Disclosure of information to Australian Securities and Investments Commission

- (1) This section applies if the Law Society Council or the Regulator, in connection with exercising functions under this Act, acquired information concerning a corporation that is or was an incorporated legal practice.
- (2) The Law Society Council or the Regulator may disclose to the Australian Securities and Investments Commission information concerning the corporation that is relevant to the Commission's functions.
- (3) Information may be provided under subsection (2) despite any law relating to secrecy or confidentiality, including any provisions of this Act.

156 External administration proceedings under Corporations Act 2001 (Cth)

- (1) This section applies to proceedings in any court under Chapter 5 (External administration) of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth:
 - (a) relating to a corporation that is an externally-administered body corporate under that Act, or
 - (b) relating to a corporation becoming an externally-administered body corporate under that Act,being a corporation that is or was an incorporated legal practice.
- (2) The Law Society Council and the Regulator are entitled to intervene in the proceedings, unless the court determines that the proceedings do not concern or affect the provision of legal services by the incorporated legal practice.
- (3) The court may, when exercising its jurisdiction in the proceedings, have regard to the interests of the clients of the incorporated legal practice who have been or are to be provided with legal services by the practice.
- (4) Subsection (3) does not authorise the court to make any decision that is contrary to a specific provision of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth.
- (5) The provisions of subsections (2) and (3) are declared to be Corporations legislation displacement provisions for the purposes of section 5G of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth in relation to the provisions of Chapter 5 of that Act.

Note. Section 5G of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth provides that if a State law declares a provision of a State law to be a Corporations legislation displacement provision, any provision of the Corporations legislation with which the State provision would otherwise be inconsistent does not apply to the extent necessary to avoid the inconsistency.

157 External administration proceedings under other legislation

- (1) This section applies to proceedings for the external administration (however expressed) of an incorporated legal practice, but does not apply to proceedings to which section 156 (External administration proceedings under *Corporations Act 2001* (Cth)) applies.
- (2) The Law Society Council and the Regulator are entitled to intervene in the proceedings, unless the court determines that the proceedings do not concern or affect the provision of legal services by the incorporated legal practice.
- (3) The court may, when exercising its jurisdiction in the proceedings, have regard to the interests of the clients of the incorporated legal practice who have been or are to be provided with legal services by the practice.

- (4) Subsection (3) does not authorise the court to make any decision that is contrary to a specific provision of any legislation applicable to the incorporated legal practice.

158 Incorporated legal practice that is subject to receivership under this Act and external administration under Corporations Act 2001 (Cth)

- (1) This section applies if an incorporated legal practice is the subject of both:
- (a) the appointment of a Part 5.5 receiver, and
 - (b) the appointment of a Corporations Act administrator.
- (2) The Part 5.5 receiver is under a duty to notify the Corporations Act administrator of the appointment of the Part 5.5 receiver, whether the appointment precedes, follows or is contemporaneous with the appointment of the Corporations Act administrator.
- (3) The Part 5.5 receiver or the Corporations Act administrator (or both of them jointly) may apply to the Supreme Court for the resolution of issues arising from or in connection with the dual appointments and their respective powers, except where proceedings referred to in section 156 (External administration proceedings under *Corporations Act 2001* (Cth)) have been commenced.
- (4) The Supreme Court may make any orders it considers appropriate, and no liability attaches to the Part 5.5 receiver or the Corporations Act administrator for any act or omission done by the receiver or administrator in good faith for the purpose of carrying out or acting in accordance with the orders.
- (5) The Law Society Council and the Regulator are entitled to intervene in the proceedings, unless the court determines that the proceedings do not concern or affect the provision of legal services by the incorporated legal practice.
- (6) The provisions of subsections (3) and (4) are declared to be Corporations legislation displacement provisions for the purposes of section 5G of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth in relation to the provisions of Chapter 5 of that Act.
- (7) In this section:
- Corporations Act administrator*** means:
- (a) a receiver, receiver and manager, liquidator (including a provisional liquidator), controller, administrator or deed administrator appointed under the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth, or
 - (b) a person who is appointed to exercise powers under that Act and who is prescribed, or of a class prescribed, by the regulations for the purposes of this definition.
- Part 5.5 receiver*** means a receiver appointed under Part 5.5.

159 Incorporated legal practice that is subject to receivership under this Act and external administration under other legislation

- (1) This section applies if an incorporated legal practice is the subject of both:
- (a) the appointment of a Part 5.5 receiver, and
 - (b) the appointment of an external administrator.
- (2) The Part 5.5 receiver is under a duty to notify the external administrator of the appointment of the Part 5.5 receiver, whether the appointment precedes, follows or is contemporaneous with the appointment of the external administrator.
- (3) The Part 5.5 receiver or the external administrator (or both of them jointly) may apply to the Supreme Court for the resolution of issues arising from or in connection with the dual appointments and their respective powers.

- (4) The Supreme Court may make any orders it considers appropriate, and no liability attaches to the Part 5.5 receiver or the external administrator for any act or omission done by the receiver or administrator in good faith for the purpose of carrying out or acting in accordance with the orders.
- (5) The Law Society Council and the Regulator are entitled to intervene in the proceedings, unless the court determines that the proceedings do not concern or affect the provision of legal services by the incorporated legal practice.
- (6) In this section:
external administrator means a person who is appointed to exercise powers under other legislation (whether or not of this jurisdiction) and who is prescribed, or of a class prescribed, by the regulations for the purposes of this definition.
Part 5.5 receiver means a receiver appointed under Part 5.5.

160 Co-operation between courts

Courts of this jurisdiction may make arrangements for communicating and co-operating with other courts or tribunals in connection with the exercise of powers under this Division.

161 Relationship of Act to constitution of incorporated legal practice

The provisions of this Act or the regulations that apply to an incorporated legal practice prevail, to the extent of any inconsistency, over the constitution or other constituent documents of the practice.

162 Relationship of Act to legislation establishing incorporated legal practice

- (1) This section applies to a corporation that is established by or under a law (whether or not of this jurisdiction), and is an incorporated legal practice, but is not a company within the meaning of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth.
- (2) The provisions of this Act or the regulations that apply to an incorporated legal practice prevail, to the extent of any inconsistency, over provisions of the legislation by or under which the corporation is established or regulated that are specified or described in the regulations.

163 Relationship of Act to Corporations legislation

- (1) The regulations may declare any provision of this Act or the regulations that relates to an incorporated legal practice to be a Corporations legislation displacement provision for the purposes of section 5G of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth.
- (2) The regulations may declare any matter relating to an incorporated legal practice that is prohibited, required, authorised or permitted by or under this Act or the regulations to be an excluded matter for the purposes of section 5F of the *Corporations Act 2001* of the Commonwealth in relation to:
 - (a) the whole of the Corporations legislation, or
 - (b) a specified provision of the Corporations legislation, or
 - (c) the Corporations legislation other than a specified provision, or
 - (d) the Corporations legislation otherwise than to a specified extent.
- (3) In this section:
matter includes act, omission, body, person or thing.

164 Undue influence

A person (whether or not an officer or an employee of an incorporated legal practice) must not cause or induce:

- (a) a legal practitioner director, or
- (b) another Australian legal practitioner who provides legal services on behalf of an incorporated legal practice,

to contravene this Act, the regulations, the legal profession rules or his or her professional obligations as an Australian legal practitioner.

Maximum penalty: 100 penalty units.

Division 3 Multi-disciplinary partnerships

165 Nature of multi-disciplinary partnership

- (1) A multi-disciplinary partnership is a partnership between one or more Australian legal practitioners and one or more other persons who are not Australian legal practitioners, where the business of the partnership includes the provision of legal services in this jurisdiction as well as other services.
- (2) However, a partnership consisting only of one or more Australian legal practitioners and one or more Australian-registered foreign lawyers is not a multi-disciplinary partnership.
- (3) A complying community legal centre is not a multi-disciplinary partnership.
- (4) Nothing in this Division affects or applies to the provision by a multi-disciplinary partnership of legal services in one or more other jurisdictions.

166 Conduct of multi-disciplinary partnerships

- (1) An Australian legal practitioner may be in partnership with a person who is not an Australian legal practitioner, where the business of the partnership includes the provision of legal services.
- (2) Subsection (1) does not prevent an Australian legal practitioner from being in partnership with a person who is not an Australian legal practitioner, where the business of the partnership does not include the provision of legal services.
- (3) The regulations may prohibit an Australian legal practitioner from being in partnership with a person providing a service or conducting a business of a kind specified by the regulations, where the business of the partnership includes the provision of legal services.

167 Notice of intention to start practice in multi-disciplinary partnership

A legal practitioner partner must, before starting to provide legal services in this jurisdiction as a member of a multi-disciplinary partnership, give the Law Society written notice, in the approved form, of his or her intention to do so.

Maximum penalty: 50 penalty units.

168 General obligations of legal practitioner partners

- (1) Each legal practitioner partner of a multi-disciplinary partnership is, for the purposes only of this Act, responsible for the management of the legal services provided in this jurisdiction by the partnership.
- (2) Each legal practitioner partner must ensure that appropriate management systems are implemented and maintained to enable the provision of legal services by the multi-disciplinary partnership:

- (a) in accordance with the professional obligations of Australian legal practitioners and the other obligations imposed by this Act, the regulations or the legal profession rules, and
 - (b) so that the professional obligations of legal practitioner partners and employees who are Australian legal practitioners are not affected by other partners and employees of the partnership.
- (3) (Repealed)

169 Obligations of legal practitioner partner relating to misconduct

- (1) Each of the following is capable of being unsatisfactory professional conduct or professional misconduct by a legal practitioner partner:
 - (a) unsatisfactory professional conduct or professional misconduct of an Australian legal practitioner employed by the multi-disciplinary partnership,
 - (b) conduct of any other partner (not being an Australian legal practitioner) of the multi-disciplinary partnership that adversely affects the provision of legal services by the partnership,
 - (c) the unsuitability of any other partner (not being an Australian legal practitioner) of the multi-disciplinary partnership to be a member of a partnership that provides legal services.
- (2) A legal practitioner partner of a multi-disciplinary partnership must ensure that all reasonable action available to the legal practitioner partner is taken to deal with any unsatisfactory professional conduct or professional misconduct of an Australian legal practitioner employed by the partnership.
- (3) (Repealed)

170 Actions of partner who is not an Australian legal practitioner

A partner of a multi-disciplinary partnership who is not an Australian legal practitioner does not contravene a provision of this Act, the regulations or the legal profession rules merely because of any of the following:

- (a) the partner is a member of a partnership where the business of the partnership includes the provision of legal services,
- (b) the partner receives any fee, gain or reward for business of the partnership that is the business of an Australian legal practitioner,
- (c) the partner holds out, advertises or represents himself or herself as a member of a partnership where the business of the partnership includes the provision of legal services,
- (d) the partner shares with any other partner the receipts, revenue or other income of business of the partnership that is the business of an Australian legal practitioner,

unless the provision expressly applies to a partner of a multi-disciplinary partnership who is not an Australian legal practitioner.

171 Obligations and privileges of practitioners who are partners or employees

- (1) An Australian legal practitioner who provides legal services in the capacity of a partner or an employee of a multi-disciplinary partnership:
 - (a) is not excused from compliance with professional obligations as an Australian legal practitioner, or any other obligations as an Australian legal practitioner under any law, and
 - (b) does not lose the professional privileges of an Australian legal practitioner.

- (2) The law relating to client legal privilege (or other legal professional privilege) is not excluded or otherwise affected because an Australian legal practitioner is acting in the capacity of a partner or an employee of a multi-disciplinary partnership.

172 Conflicts of interest

- (1) For the purposes of the application of any law (including the common law) or legal profession rules relating to conflicts of interest to the conduct of an Australian legal practitioner who is:
 - (a) a legal practitioner partner of a multi-disciplinary partnership, or
 - (b) an employee of a multi-disciplinary partnership,the interests of the partnership or any partner of the multi-disciplinary partnership are also taken to be those of the practitioner concerned (in addition to any interests that the practitioner has apart from this subsection).
- (2) Legal profession rules may be made for or with respect to additional duties and obligations in connection with conflicts of interest arising out of the conduct of a multi-disciplinary partnership.

173 Disclosure obligations

- (1) This section applies if a person engages a multi-disciplinary partnership to provide services that the person might reasonably assume to be legal services.
- (2) Each legal practitioner partner of the multi-disciplinary partnership, and any employee of the partnership who is an Australian legal practitioner and who provides the services on behalf of the partnership, must ensure that a disclosure, complying with the requirements of this section and the regulations made for the purposes of this section, is made to the person in connection with the provision of the services.
Maximum penalty: 50 penalty units.
- (3) The disclosure must be made by giving the person a notice in writing:
 - (a) setting out the services to be provided, and
 - (b) stating whether or not all the legal services to be provided will be provided by an Australian legal practitioner, and
 - (c) if some or all of the legal services to be provided will not be provided by an Australian legal practitioner—identifying those services and indicating the status or qualifications of the person or persons who will provide the services, and

Note. For example, the person might be a licensed conveyancer. However, this paragraph would not apply in a case where a law applying in the jurisdiction prohibits a particular legal service from being provided by a person who is not an Australian legal practitioner.

 - (d) stating that this Act applies to the provision of legal services but not to the provision of the non-legal services.
- (4) The regulations may make provision for or with respect to the following matters:
 - (a) the manner in which disclosure is to be made,
 - (b) additional matters required to be disclosed in connection with the provision of legal services or non-legal services by a multi-disciplinary partnership.
- (5) Without limiting subsection (4), the additional matters may include the kind of services provided by the multi-disciplinary partnership and whether those services are or are not covered by the insurance or other provisions of this Act.

- (6) A disclosure under this section to a person about the provision of legal services may relate to the provision of legal services on one occasion or on more than one occasion or on an on-going basis.

174 Effect of non-disclosure of provision of certain services

- (1) This section applies if:
 - (a) section 173 (Disclosure obligations) applies in relation to a service that is provided to a person who has engaged a multi-disciplinary partnership to provide the service and that the person might reasonably assume to be a legal service, and
 - (b) a disclosure has not been made under that section in relation to the service.
- (2) The standard of care owed by the multi-disciplinary partnership in respect of the service is the standard that would be applicable if the service had been provided by an Australian legal practitioner.

175 Application of legal profession rules

Legal profession rules, so far as they apply to Australian legal practitioners, also apply to Australian legal practitioners who are legal practitioner partners or employees of a multi-disciplinary partnership, unless the rules otherwise provide.

176 Requirements relating to advertising

- (1) Any restriction imposed by or under this or any other Act, the regulations or the legal profession rules in connection with advertising by Australian legal practitioners applies to advertising by a multi-disciplinary partnership with respect to the provision of legal services.
- (2) If a restriction referred to in subsection (1) is limited to a particular branch of the legal profession or for persons who practise in a particular style of legal practice, the restriction applies only to the extent that the multi-disciplinary partnership carries on the business of the relevant class of Australian legal practitioners.
- (3) An advertisement of the kind referred to in this section is, for the purposes of disciplinary proceedings taken against an Australian legal practitioner, taken to have been authorised by each legal practitioner partner of the multi-disciplinary partnership.
- (4) This section does not apply if the provision by which the restriction is imposed expressly excludes its application to multi-disciplinary partnerships.

177 Sharing of receipts, revenue or other income

- (1) Nothing in this Act, the regulations or the legal profession rules prevents a legal practitioner partner, or an Australian legal practitioner who is an employee of a multi-disciplinary partnership, from sharing receipts, revenue or other income arising from the provision of legal services by the partner or practitioner with a partner or partners who are not Australian legal practitioners.
- (2) This section does not extend to the sharing of receipts, revenue or other income in contravention of section 178 (Disqualified persons), and has effect subject to section 54 (Statutory condition regarding practice as a barrister).

178 Disqualified persons

- (1) A legal practitioner partner of a multi-disciplinary partnership must not knowingly:
 - (a) be a partner of a disqualified person in the multi-disciplinary partnership, or

- (b) share with a disqualified person the receipts, revenue or other income arising from the provision of legal services by the multi-disciplinary partnership, or
- (c) employ or pay a disqualified person in connection with the provision of legal services by the multi-disciplinary partnership.

Maximum penalty: 100 penalty units.

- (2) (Repealed)

179 Prohibition on partnerships with certain partners who are not Australian legal practitioners

- (1) This section applies to a person who:
 - (a) is not an Australian legal practitioner, and
 - (b) is or was a partner of an Australian legal practitioner.
- (2) On application by the Law Society Council or the Regulator, the Supreme Court may make an order prohibiting any Australian legal practitioner from being a partner, in a business that includes the provision of legal services, of a specified person to whom this section applies if:
 - (a) the Court is satisfied that the person is not a fit and proper person to be a partner, or
 - (b) the Court is satisfied that the person has been guilty of conduct that, if the person were an Australian legal practitioner, would have constituted unsatisfactory professional conduct or professional misconduct, or
 - (c) in the case of a corporation, if the Court is satisfied that the corporation has been disqualified from providing legal services in this jurisdiction or there are grounds for disqualifying the corporation from providing legal services in this jurisdiction.
- (3) An order made under this section may be revoked by the Supreme Court on application by the Law Society Council or the Regulator or by the person against whom the order was made.
- (4) The death of an Australian legal practitioner does not prevent an application being made for, or the making of, an order under this section in relation to a person who was a partner of the practitioner.
- (5) The regulations may make provision for or with respect to the publication and notification of orders made under this section.

180 Undue influence

A person (whether or not a partner, or an employee, of a multi-disciplinary partnership) must not cause or induce:

- (a) a legal practitioner partner, or
- (b) an employee of a multi-disciplinary partnership who provides legal services and who is an Australian legal practitioner,

to contravene this Act, the regulations, the legal profession rules or his or her professional obligations as an Australian legal practitioner.

Maximum penalty: 100 penalty units.

Division 4 Miscellaneous

181 Obligations of individual practitioners not affected

Except as provided by this Part, nothing in this Part affects any obligation imposed on:

- (a) a legal practitioner director or an Australian legal practitioner who is an employee of an incorporated legal practice, or
 - (b) a legal practitioner partner or an Australian legal practitioner who is an employee of a multi-disciplinary partnership, or
 - (c) an Australian legal practitioner who is an officer or employee of, or whose services are used by, a complying community legal centre,
- under this or any other Act, the regulations or the legal profession rules in his or her capacity as an Australian legal practitioner.

182 Regulations

- (1) The regulations may make provision for or with respect to the following matters:
 - (a) the legal services provided by incorporated legal practices or legal practitioner partners or employees of multi-disciplinary partnerships,
 - (b) other services provided by incorporated legal practices or legal practitioner partners or employees of multi-disciplinary partnerships in circumstances where a conflict of interest relating to the provision of legal services may arise.
- (2) A regulation prevails over any inconsistent provision of the legal profession rules.
- (3) A regulation may provide that a breach of the regulations is capable of being unsatisfactory professional conduct or professional misconduct:
 - (a) in the case of an incorporated legal practice—by a legal practitioner director, or by an Australian legal practitioner responsible for the breach, or both, or
 - (b) in the case of a multi-disciplinary partnership—by a legal practitioner partner, or by an Australian legal practitioner responsible for the breach, or both.

Part 2.7 Legal practice by foreign lawyers

Division 1 Preliminary

183 Purpose

The purpose of this Part is to encourage and facilitate the internationalisation of legal services and the legal services sector by providing a framework for the regulation of the practice of foreign law in this jurisdiction by foreign lawyers as a recognised aspect of legal practice in this jurisdiction.

184 Definitions

In this Part:

Australia includes the external Territories.

Australian law means law of the Commonwealth or of a jurisdiction.

domestic registration authority means the Bar Council or the Law Society Council.

foreign law means law of a foreign country.

foreign law practice means a partnership or corporate entity that is entitled to engage in legal practice in a foreign country.

foreign registration authority means an entity in a foreign country having the function, conferred by the law of the foreign country, of registering persons to engage in legal practice in the foreign country.

local registration certificate means a registration certificate given under this Part.

overseas-registered foreign lawyer means a natural person who is properly registered to engage in legal practice in a foreign country by the foreign registration authority for the country.

Annexe 3

Self-assessment of « appropriate management systems » for incorporated legal practices in New South Wales

SELF-ASSESSMENT OF “APPROPRIATE MANAGEMENT SYSTEMS”
FOR INCORPORATED LEGAL PRACTICES IN NSW

Section 140(3)(a) of the *Legal Profession Act 2004* (the Act) requires legal practitioner directors of incorporated legal practices (ILPs) to ensure that “appropriate management systems” are implemented and maintained to ensure that the provision of legal services by ILPs complies with the requirements of the Act, the *Legal Profession Regulation 2005* (the Regulations) and the *New South Wales Professional Conduct and Practice Rules 2013* (the Solicitors’ Rules). Failure to comply can amount to professional misconduct. The Office of the Legal Services Commissioner (OLSC) and the Council of the Law Society of NSW (LSC) each has power under the Act (Chapter 6) to investigate or audit ILPs in connection with the provision of legal services.

While the Act does not define “appropriate management systems”, the OLSC, working collaboratively with LSC, LawCover and the College of Law, has adopted an “education towards compliance” strategy to assist ILPs to fulfil their professional obligations. This self-assessment form addresses ten areas that the OLSC suggests should be addressed in considering “appropriate management systems”. The ten areas are referred to as “objectives” in the first, left-hand column of the form.

The self-assessment form requires legal practitioner directors to assess the systems in place in their practices by rating them by comparison with the examples that are given in the third column of the form. **All examples provided in this document are suggestions only.** The OLSC recognises that ILPs vary in terms of size and work practices. Legal practitioner directors are encouraged to contact the OLSC or the Law Society of NSW for any clarification needed or additional examples.

Please consider each key concept and rate your practice as either “not compliant”, “partially compliant”, “compliant”, “fully compliant” or “fully compliant plus” (“NC/PC/C/FC/FC PLUS” respectively). If you rate your practice NC or PC please outline the action you will take to achieve compliance. If you use an alternate system or procedure from the examples described in this form, please describe it. If you believe any of the key concepts are not applicable, please note them as being not applicable (N/A) and provide reasons why that is the case.

Self-assessment ratings explained

SELF-ASSESSMENT RATING	CODE	EXPLANATION
Non-Compliant	NC	Not all objectives have been addressed.
Partially Compliant	PC	All objectives have been addressed but the management systems for achieving these objectives are not fully functional.
Compliant	C	Management systems exist for all objectives and are fully functional.
Fully Compliant	FC	Management systems exist for all objectives and all are fully functional and all are regularly assessed for effectiveness.
Fully Compliant Plus	FC Plus	All objectives have been addressed, all management systems are documented and all are fully functional and all are assessed regularly for effectiveness plus improvements are made when needed.
Not Applicable	(N/A)	Objective or key concept within an objective does not apply to the ILP. Provide a reason why you have given this rating.

Objective	Key concepts to consider when addressing the objective	Examples of possible evidence or systems most likely to lead to compliance	Action to be taken by ILP (if needed)
Competent work practices to avoid NEGLIGENCE	Fee earners practise only in areas where they have appropriate competence and expertise.	A written statement setting out the types of matters in which the practice will accept instructions and that instructions will not be accepted in any other types of matters.	
	All fee earners have a good grasp of issues involved in running a practice and serving clients.	Written records of attendance at CLE programs indicating some attendance at programs concerning practice management, staff management and risk management.	
	The legal practitioner directors meet on a regular basis to review the performance of the practice or, in the case of sole practitioner practices, meetings are held regularly with staff.	Minutes/notes recording the decisions taken at meetings and the actions taken.	
	Legal practitioner director/s regularly consider and review workloads, supervision, methods of file review, and communication with clients.	Written records including file registers, number of files assigned to each fee earner, dates and methods of file review.	

Competent work practices to avoid NEGLIGENCE (Continued)	Legal practitioner director/s ensure that legal services are always delivered at a consistently high standard.	Up to date precedents covering relevant practice areas are available and used, the practice has appropriate resources for legal research in the areas in which it accepts instructions (whether subscriptions to loose leaf services, up to date text books, training in internet based research) and the work of all employed solicitors and paralegals is properly supervised.	
			Overall rating for NEGLIGENCE Objective (Please circle one rating) NC PC C FC FC Plus
Effective, timely and courteous COMMUNICATION	Clients are always informed in writing of the steps involved in their matter.	Written descriptions of the processes involved in each type of matter in which the practice accepts instructions are available and given to each client. These descriptions can be in the form of a short letter, a brochure, pamphlet or otherwise.	
	The ambit of the retainer is described precisely in writing to the client and includes a statement of what the practice will do and what the practice will not do.	In every matter there is a written retainer (often part of the costs agreement).	
	The likely time frame involved in each matter and the likely cost is disclosed in writing to each client.	Disclosed in each matter in the written retainer or in the costs agreement.	

Effective, timely and courteous COMMUNICATION (Continued)	All staff likely to be involved in the matter are disclosed to the client.	Disclosed in retainer and/or costs agreement.	
	Methods and time frames for communicating with the client are agreed at the start of each matter.	In each matter, a working plan exists which deals, amongst other things, with client communication including time frames for return of telephone calls, responses to correspondence, responses to emails.	
	All comments and complaints by clients are dealt with promptly and, where possible, by someone else in the practice other than the person about whom the complaint is made.	A written record of the system for dealing with client comments and complaints and a written record of monitoring client satisfaction.	
Timely delivery, review and follow up of legal services to avoid instances of DELAY	The client is regularly kept informed at each stage of the matter and is provided with periodic billing	A system for ensuring that there is compliance with the working plan in each matter (see above) and that the file contains all appropriate file notes or time records or other evidence of compliance with the working plan.	
	The file contains a complete record of all aspects of the transaction or matter	Copies of all letters notes, emails, records of telephone calls, statements, calculations and tax invoices are on file.	

Timely delivery, review and follow up of legal services to avoid instances of DELAY (Continued)	Critical dates are recorded, monitored and observed	Procedures for regular review of files, checklists and a firm wide diary system, which may or may not be computer based.	
	Procedures for locating files and documents and for monitoring activity in all open files	Documented procedures effective in:- (a) locating files and tracing documents, correspondence and other items relating to any matter that is open or has been closed but the file is still retained by the ILP (b) monitoring files for inactivity at pre-determined times	
	Overall rating for DELAY Objective (Please circle one rating) NC PC C FC FC Plus		
Acceptable processes for LIENS and FILE TRANSFERS	Timely preparation of bills of costs when a file transfer is requested.	Policy and procedures covering liens/file transfers, appropriate records of costs to date and a list of those documents to be transferred or retained where necessary are on file.	
	Acceptable processes for release of documents to clients.	Rules 14, 15 & 16 covering professional obligations in relation to clients' documents upon termination of retainer are followed subject to s728 of the Act.	

Acceptable processes for LIENS and FILE TRANSFERS (Continued)			Overall rating for LIENS and FILE TRANSFERS Objective (Please circle one rating) NC PC C FC FC Plus
Shared understanding and appropriate documentation from commencement through to termination of retainer covering COST DISCLOSURE, BILLING PRACTICES and TERMINATION OF RETAINER	The use of established new client engagement procedures including universal use of approved retainer/costs agreements.	An acceptable and "client friendly" form of retainer/ costs agreement that complies with the Act, the Regulations and the Solicitors' Rules.	
	Standardised procedures for collecting client data, opening of new files and the recording of data within the firm's accounting and practice management systems with provision for separate client records in the case of multi-disciplinary practices.	A disclosure policy (eg whether or not taking advantage of exceptions to disclosure, policy about disclosure of costs of non-legal services used in the legal matter) with a process ensuring disclosure is made in accordance with the Act, the Regulations and the Solicitors' Rules. An up to date File/Matter Register or Practice Management system listing files and individual client files (complying with Rule 48 as to files and file register).	

Shared understanding and appropriate documentation from commencement through to termination of retainer covering COST DISCLOSURE, BILLING PRACTICES and TERMINATION OF RETAINER (Continued)	What is to occur when a retainer is terminated and action to be taken if to occur close to a critical date.	The client receives written confirmation (unless exceptional circumstances apply) of:- • the outcome, any further action the client is to take in the matter and what, if anything, the practice will do next • the arrangements for storage and retrieval of retained documents (if any) • accounting to the client for any outstanding money • return to the client of original documents and other property belonging to the client • information about whether the matter should be reviewed in the future and if so, when. Where the practice terminates the retainer or withdraws its services, grounds for such action are clearly stated in writing to the client.	
	Use of an established policy for formulating accounts and a system for checking bills of costs for compliance with policy.	Capacity for accurately recording time or another acceptable basis for charging clients and a process for the issue of checked tax invoices to clients.	

Shared understanding and appropriate documentation from commencement through to termination of retainer covering COST DISCLOSURE, BILLING PRACTICES and TERMINATION OF RETAINER (Continued)	Review of all files ready to be closed by legal practitioner director/s or nominated supervising practitioner/s to ensure all steps have been taken to complete the matter including return of client documents and issue of a final account.	Appropriate letter on file, executed releases where needed, provision of copy documents to external parties as required and a note as to whether client needs further services if new developments arise.	Overall rating for COST DISCLOSURE, BILLING PRACTICES and TERMINATION OF RETAINER Objective (Please circle one rating) NC PC C FC FC Plus
Timely identification and resolution of CONFLICTS OF INTERESTS including when acting for both parties or acting against previous clients as well as potential conflicts which may arise in relationships with debt collectors and mercantile agencies, or conducting another business, referral fees and commissions etc	Recognition that :- • conflicts can emerge in many areas and contexts, be they potential or actual and • conflicts can emerge before or during a retainer, where acting against a previous client, where acting for more than one client, and where the solicitor prefers his/her interests over those of the client	Policy and procedures for conflict of interests checks. The taking of full instructions, especially in commercial matters, from clients as to companies and related entities in which the client is involved. Maintenance of a suitable database that records all relevant details of the parties and related corporations and related entities to facilitate conflict checks.	

Timely identification and resolution of CONFLICTS OF INTERESTS including when acting for both parties or acting against previous clients as well as potential conflicts which may arise in relationships with debt collectors and mercantile agencies, or conducting another business, referral fees and commissions etc (Continued)	Compliance with Rules 10, 11, 12, 56 and 59	Conflict checks are undertaken prior to file opening and evidence of search processes, including electronic and paper based records; When there has been some change in the matter (like a new party becoming involved), further conflict checks are conducted.	
	Being aware of potential conflicts if holding an office that may lead to conflict with the interests of a client	Register of practitioners' interests in organisations and entities and a policy of disclosure to the client where relevant.	
			Overall rating for CONFLICTS OF INTERESTS Objective (Please circle one rating) NC PC C FC FC Plus
RECORDS MANAGEMENT (minimising the likelihood of loss or destruction of correspondence and documents through appropriate document retention, filing, archiving etc and providing for compliance with requirements regarding registers of files, safe custody, financial interests)	The practice has appropriate mail opening and distribution processes, including electronic mail	A clear policy and related procedures exist	

RECORDS MANAGEMENT (minimising the likelihood of loss or destruction of correspondence and documents through appropriate document retention, filing, archiving etc and providing for compliance with requirements regarding registers of files, safe custody, financial interests) (Continued)	File management processes with an appropriate matter closing procedure and a system for safe custody and document retention as well as storing and accessing files.	Established processes with checklists for opening, maintaining, moving, reviewing and closing files. Also safe custody/document retention and file closing records. In the case of files stored externally, a record of that arrangement. A diary system, which may or may not be computer based, accessible to relevant staff, especially for critical dates in matters. Maintaining a backup record of key dates. Identifying relevant matters (when acting for a client in a number of matters) and linking files (where more than one file is relevant to the client's case).	
	Files for legal services are kept separate from files for "non-legal" services.	A system to determine who is able to access legal files/safe custody and mechanisms to ensure that staff know and observe these.	
	Compliance with Rules 48, 49 and 50	A File Register, Safe Custody Register, and a Register of Financial Interests are held and are up to date.	
	Overall rating for RECORDS MANAGEMENT Objective (Please circle one rating) NC PC C FC FC Plus		

UNDERTAKINGS (providing for undertakings to be given, monitoring of compliance and timely compliance with notices, orders, rulings, directions or other requirements of regulatory authorities such as OLSC, Law Society, courts, costs assessors)	Knowing the implications of providing undertakings and compliance is monitored on a regular basis.	A Register/record of solicitor undertakings (their authorisation and monitoring, including discharge) given on behalf of the practice. Timely and full responses are given to notices, orders, rulings etc.	
	Overall rating for UNDERTAKINGS Objective (Please circle one rating) NC PC C FC FC Plus		
SUPERVISION OF PRACTICE AND STAFF (providing for compliance with statutory obligations covering licence and practising certificate conditions, employment of staff and ensuring proper quality assurance of work outputs and performance of legal, paralegal and non-legal staff involved in the delivery of legal services)	Ensuring all practitioners have practising certificates and that all legal practitioner directors have unrestricted practising certificates.	Each legal practitioner director must hold an unrestricted practising certificate and there is to be a record of the appointment of the legal practitioner director.	
	Ensuring notifications of changes are provided to the Law Society e.g. new legal practitioner director/s or employed solicitors etc	Copies of letter/advices sent to Law Society of NSW are held	

SUPERVISION OF PRACTICE AND STAFF (providing for compliance with statutory obligations covering licence and practising certificate conditions, employment of staff and ensuring proper quality assurance of work outputs and performance of legal, paralegal and non- legal staff involved in the delivery of legal services (Continued)	Legal practitioner directors meet on a regular basis (at least monthly) to review the performance of the practice with an agenda covering such items as operational and work/risk management policies and controls, compliance issues and people management. In practices with one legal practitioner director, such meetings should be held with senior staff such as selected employed solicitors, paralegals, bookkeeper etc	Minutes/notes of such meetings recording the matters covered, decisions agreed on and action taken.	
	Compliance with the Act, the Regulations, the Solicitors' Rules and other statutory/taxation obligations.	On a periodic basis, at least several times a year, there is a review of compliance. All personnel, both professional and support, are aware of relevant obligations and compliance standards and a record kept of outcomes and action taken. Evidence of compliance with withholding tax obligations e.g. PAYG, GST as well as payment of superannuation guarantee contributions.	
	A delegation process ensuring that:- • staff are clear about the boundaries of their role, responsibilities and authority • staff are capable of doing the work delegated	People management policies and procedures, a file of executed employment agreements, duty statements/job descriptions of all staff and copies of up to date practising certificates.	

SUPERVISION OF PRACTICE AND STAFF (providing for compliance with statutory obligations covering licence and practising certificate conditions, employment of staff and ensuring proper quality assurance of work outputs and performance of legal, paralegal and non- legal staff involved in the delivery of legal services (Continued)	A structured induction and training program, which will ensure that all staff are properly trained and qualified for the duties they are employed to perform. Induction and training should also cover statutory obligations in the Legal Profession Act; Privacy, OH&S, Workers Compensation, holidays and leave etc.	Documented induction procedures for both professional and support staff; a training register for both professional and support staff and records of training needs being addressed in the staff performance review process.	
	A clear policy and procedure dealing with discrimination, sexual harassment and workplace bullying.	A clear process for staff to follow if they become aware of or consider that they are subjected to either discrimination, sexual harassment or workplace bullying. A person is nominated within the law practice to manage these issues. Regular training is provided in these areas.	
	Staff performance reviews should be carried out on a periodic basis no less frequently than once a year.	Records of regular staff feedback and appraisal.	
	All current files are reviewed by a legal practitioner director or nominated supervising practitioner on an appropriate periodic basis.	Notations on files used to review and discuss files with employed solicitors. Compliance with policy and procedures is part of staff performance reviews.	

SUPERVISION OF PRACTICE AND STAFF (providing for compliance with statutory obligations covering licence and practising certificate conditions, employment of staff and ensuring proper quality assurance of work outputs and performance of legal, paralegal and non-legal staff involved in the delivery of legal services (Continued)	Development of budgets.	Budgets are in place and future profitability is monitored.	
			Overall rating for SUPERVISION OF PRACTICE AND STAFF Objective (Please circle one rating) NC PC C FC FC Plus
Avoiding failure to account and breach of Part 3.1 Division 2 of the Act (TRUST ACCOUNTS)	Accounting systems established for :- - General/Other - Trust - Controlled Money - Transit Money	A suitable accounting software package with appropriate written delegations and procedures for the handling of trust monies especially issue of trust account cheques.	
	Suitably trained/qualified manage accounts	Accounting records are accurate, up to date and regularly monitored	
			Overall rating for TRUST ACCOUNTS Objective (Please circle one rating) NC PC C FC FC Plus

Self-assessment completed / /

Name of ILP _____

Names of staff involved in self-assessment

Certified by _____ **(Legal practitioner director)**

_____ **(Legal practitioner director)**

Annexe 4

Legal Profession Uniform Law No 16a, Nouvelle-Galles du Sud, Australie
(en vigueur dès le 1^{er} juillet 2015) (extraits)



Legal Profession Uniform Law (NSW) (2014 No 16a)

Status information

Currency of version

Current version for 1 July 2015 to date (generated 10 July 2015 at 10:48).

Legislation on the NSW legislation website is usually updated within 3 working days.

Provisions in force

All the provisions displayed in this version of the legislation have commenced. For commencement and other details see the Historical notes.

Note:

The Legal Profession Uniform Law is applied as a law of NSW by the NSW Legal Profession Uniform Law Application Act 2014. This version is the Law as it applies in NSW.

Chapter 3 Legal practice

Part 3.1 Introduction

30 Objectives

The objectives of this Chapter are—

- (a) to enable the provision of legal services through a range of business structures; and
- (b) to ensure that any particular type of business structure does not hinder a law practice and the legal practitioners within it from complying with this Law, the Uniform Rules and the other professional obligations of Australian legal practitioners; and
- (c) to ensure that clients of law practices are adequately protected regardless of the business structure through which a law practice provides legal services; and
- (d) to regulate the provision of legal services through community legal services.

31 Action in relation to certificates is taken locally

An Australian practising certificate or Australian registration certificate granted in this jurisdiction cannot be varied, suspended or cancelled except under this Law as applied in this jurisdiction.

Note This section makes it clear that a certificate granted in this jurisdiction cannot be amended by an authority of another jurisdiction. Section 75 provides that the designated local regulatory authority must vary, suspend or cancel a certificate at the direction of the designated tribunal under section 302.

Part 3.2 Law practices—general provisions

32 Business structures

Legal services may be provided under any business structure, subject to the provisions of this Law and the Uniform Rules.

33 Obligations not affected by nature of business structures

- (1) An Australian legal practitioner must comply with this Law, the Uniform Rules and his or her other professional obligations, regardless of the business structure in which or in connection with which the practitioner provides legal services.
- (2) A law practice must comply with this Law, the Uniform Rules and its other professional obligations, regardless of the business structure in which or in connection with which the law practice provides legal services.

34 Responsibilities of principals

- (1) Each principal of a law practice is responsible for ensuring that reasonable steps are taken to ensure that—
 - (a) all legal practitioner associates of the law practice comply with their obligations under this Law and the Uniform Rules and their other professional obligations; and
 - (b) the legal services provided by the law practice are provided in accordance with this Law, the Uniform Rules and other professional obligations.
- (2) A failure to uphold that responsibility is capable of constituting unsatisfactory professional conduct or professional misconduct.

35 Liability of principals

- (1) If a law practice contravenes, whether by act or omission, any provision of this Law or the Uniform Rules imposing an obligation on the law practice, a principal of the law practice is taken to have contravened the same provision, if—
 - (a) the principal knowingly authorised or permitted the contravention; or
 - (b) the principal was in, or ought reasonably to have been in, a position to influence the conduct of the law practice in relation to its contravention of the provision and failed to take reasonable steps to prevent the contravention by the law practice.
- (2) A contravention by a principal arising under subsection (1) is capable of constituting unsatisfactory professional conduct or professional misconduct by the principal.
- (3) Neither subsection (1) nor (2) affects any liability of the law practice or any other person for the contravention.

Note Section 470 deals with contraventions by partnerships and other unincorporated bodies.

36 Discharge by legal practitioner associate of obligations of law practice

- (1) A legal practitioner associate of a law practice may, on behalf of the law practice, discharge any obligations of the law practice under this Law or the Uniform Rules.
- (2) For the purposes of subsection (1), the relevant provisions of this Law and the Uniform Rules apply to the associate in the same way as they apply to the law practice.
- (3) Subsection (1) does not apply to the extent that the associate is prevented by the Uniform Rules from taking an action referred to in that subsection.
- (4) This section does not affect any liability of a principal of the law practice.

37 Involvement of practitioners

Subject to this Law and to the conditions of his or her Australian practising certificate, an Australian legal practitioner is not prevented from being a partner, director, officer or employee of a law practice merely because of one or more of the following—

- (a) the business of the law practice includes the provision of both legal services and other services;
- (b) one or more other persons are lay associates of the law practice;
- (c) the practitioner shares receipts, revenue or other income from the provision of his or her legal services with the law practice or one or more lay associates of the law practice.

38 Privileges of practitioners

- (1) An Australian legal practitioner who provides legal services in the capacity of an officer, director, partner or employee of a law practice, or in the capacity of a corporate legal practitioner or government legal practitioner, does not lose the professional privileges of an Australian legal practitioner.
- (2) The law relating to client legal privilege (or other legal professional privilege) is not excluded or otherwise affected because an Australian legal practitioner is acting in the capacity of an officer, director, partner or employee of a law practice or in the capacity of a corporate legal practitioner or government legal practitioner.

39 Undue influence

A person must not cause or induce or attempt to cause or induce a law practice or a legal practitioner associate of a law practice to contravene this Law, the Uniform Rules or other professional obligations.

Penalty: 100 penalty units.

40 Approval of relationships regarding principals

The Council may approve a relationship, or a kind of relationship, for the purposes of the definition of *principal* in section 6.

41 Uniform Rules

The Uniform Rules may make provision with respect to any matter referred to in this Part.

Part 3.3 Australian legal practitioners

Division 1 Introduction

42 Objectives

The objectives of this Part are—

- (a) to provide a system for the grant and renewal of Australian practising certificates in this jurisdiction to eligible and suitable persons who are already admitted to the Australian legal profession in any jurisdiction; and
- (b) to facilitate the national practice of law by ensuring that the holders of Australian practising certificates can engage in legal practice in this jurisdiction regardless of their home jurisdiction.

Note The grant of practising certificates to New Zealand lawyers and their entitlement to practise in this jurisdiction are effected by the operation of the *Trans-Tasman Mutual Recognition Act 1997* of the Commonwealth.

Division 2 Australian practising certificates

43 Entitlement to practise

- (1) An Australian legal practitioner is entitled to engage in legal practice in this jurisdiction.
- (2) That entitlement is subject to any requirements of this Law, the Uniform Rules and the conditions of the practitioner's Australian practising certificate.

44 Grant or renewal of Australian practising certificates in this jurisdiction

- (1) The designated local regulatory authority may, on application, grant or renew an Australian practising certificate in respect of a financial year.
- (2) An Australian practising certificate granted in this jurisdiction is subject to conditions imposed by or under this Law or the Uniform Rules.
- (3) An Australian practising certificate granted in this jurisdiction ceases to be in force if the holder ceases to be an Australian lawyer.
- (4) The application cannot be made in this jurisdiction unless the applicant reasonably intends that this jurisdiction will be his or her principal place of practice during the currency of the certificate or renewal applied for.
- (5) The Uniform Rules may specify the participating jurisdiction in which the application must be made if the applicant does not reasonably intend to engage in

Part 3.7 Incorporated and unincorporated legal practices

Division 1 General

102 Application of this Division

This Division applies to a law practice that is an incorporated legal practice or an unincorporated legal practice.

103 Services that may be provided

A law practice to which this Division applies is entitled to engage in legal practice in this jurisdiction, and may also provide other services.

104 Notice of intention to engage in or terminate legal practice

- (1) If an entity intends to engage in legal practice in this jurisdiction as a law practice to which this Division applies, it must give the designated local regulatory authority a notice of that intention within the period specified in the Uniform Rules.
- (2) An entity must not engage in legal practice in this jurisdiction as a law practice to which this Division applies if it has not given the designated local regulatory authority the notice required under subsection (1).
Civil penalty: 50 penalty units.
- (3) If a law practice to which this Division applies ceases to engage in legal practice in this jurisdiction, it must give the designated local regulatory authority a notice of that fact within the period specified in the Uniform Rules.
Civil penalty: 50 penalty units.
- (4) The Uniform Rules may make provision for determining whether and when an entity ceases to engage in legal practice in this jurisdiction.
- (5) To be effective, a notice under this section must comply with and be given in accordance with the Uniform Rules. In particular, the Uniform Rules may—
 - (a) specify the period within which a notice must be given; and
 - (b) provide for a notice to be given on behalf of an entity.
- (6) A notice given by an entity under subsection (1) operates until it gives notice under subsection (3).

105 Principals

A law practice to which this Division applies must have at least one authorised principal.

106 Law practice without principal

- (1) A law practice to which this Division applies contravenes this section if it does not have any authorised principals for a period exceeding 7 days.
Civil penalty: 50 penalty units.
- (2) If a law practice to which this Division applies ceases to have any authorised principals, the law practice must notify the designated local regulatory authority of that fact within 7 days.
Civil penalty: 50 penalty units.
- (3) A law practice to which this Division applies must not provide legal services in this jurisdiction during any period it is non-compliant with relevant requirements under this section.

Penalty: 250 penalty units.

- (4) A law practice to which this Division applies that contravenes subsection (1) is taken to be non-compliant with relevant requirements under this section for the period from the end of the period of 7 days until it has at least one authorised principal.
- (5) The designated local regulatory authority may, if it thinks it appropriate, appoint an Australian legal practitioner who is an employee of the law practice or another person nominated by the designated local regulatory authority, in the absence of an authorised principal, to exercise the responsibilities of a principal under this Law.
Note Section 34 provides for the responsibilities of each principal of a law practice.
- (6) An Australian legal practitioner is not eligible to be appointed under this section unless the practitioner is an authorised principal.
- (7) The appointment under this section of a person to exercise functions of an authorised principal does not, for any other purpose, confer or impose on the person any of the other functions of a principal of the law practice.
- (8) A law practice does not contravene subsection (1) during any period during which a person holds an appointment under this section in relation to the law practice.

107 Disclosure obligations

- (1) This section applies if a person engages a law practice to which this Division applies to provide services that the person might reasonably assume to be legal services and the law practice provides both legal services and other services.
- (2) The law practice must, in accordance with the Uniform Rules, make a disclosure to the person informing the person—
 - (a) whether the services are legal services; and
 - (b) of any other matters specified in the Uniform Rules for the purposes of this section.
- (3) If a proper disclosure has not been made under this section, the standard of care owed by the law practice in respect of the service is the standard that would be applicable if the service were a legal service that had been provided by an Australian legal practitioner.

Division 2 Provisions applying to incorporated legal practices only

108 External administration proceedings under Corporations Act or other legislation

- (1) This section applies to—
 - (a) proceedings in any court under Chapter 5 of the Corporations Act relating to a corporation that is or was an incorporated legal practice and that is or was in the process of becoming an externally-administered corporation under that Act; and
 - (b) proceedings in any court under other legislation for the external administration (however expressed) of an incorporated legal practice.
- (2) The designated local regulatory authority is entitled to intervene in the proceedings, unless the court determines that the proceedings do not concern or affect the provision of legal services by the incorporated legal practice.
- (3) The court may, when exercising its jurisdiction in the proceedings, have regard to the interests of the clients of the incorporated legal practice who have been or are to be provided with legal services by the law practice.

- (4) Subsection (3) does not authorise the court to make any decision that is contrary to a specific provision of—
 - (a) in relation to proceedings referred to in subsection (1)(a)—the Corporations Act; or
 - (b) in relation to proceedings referred to in subsection (1)(b)—any legislation applicable to the incorporated legal practice.
- (5) The provisions of subsections (2) and (3) are declared to be Corporations legislation displacement provisions for the purposes of section 5G of the Corporations Act in relation to the provisions of Chapter 5 of that Act.

Note Section 5G of the Corporations Act provides that, if a State or Territory law declares a provision of a State or Territory law to be a Corporations legislation displacement provision, any provision of the Corporations legislation with which the State or Territory provision would otherwise be inconsistent does not apply to the extent necessary to avoid the inconsistency.

109 Incorporated legal practice that is subject to receivership under this Law and external administration under Corporations Act

- (1) This section applies if an incorporated legal practice is the subject of both—
 - (a) the appointment of a Uniform Law receiver; and
 - (b) the appointment of a Corporations Act administrator.
- (2) The Uniform Law receiver is under a duty to notify the Corporations Act administrator of the appointment of the Uniform Law receiver, whether the appointment precedes, follows or is contemporaneous with the appointment of the Corporations Act administrator.
- (3) The Uniform Law receiver or the Corporations Act administrator (or both of them jointly) may apply to the Supreme Court for the resolution of issues arising from or in connection with the dual appointments and their respective powers, except where proceedings referred to in section 111 have been commenced.
- (4) The Supreme Court may make any orders it considers appropriate, and no liability attaches to the Uniform Law receiver or the Corporations Act administrator for any act or omission done by the receiver or administrator in good faith for the purpose of carrying out or acting in accordance with the orders.
- (5) The designated local regulatory authority is entitled to intervene in the proceedings, unless the court determines that the proceedings do not concern or affect the provision of legal services by the incorporated legal practice.
- (6) The provisions of subsections (3) and (4) are declared to be Corporations legislation displacement provisions for the purposes of section 5G of the Corporations Act in relation to the provisions of Chapter 5 of that Act.
- (7) In this section—

Corporations Act administrator means—

 - (a) a receiver, receiver and manager, liquidator (including a provisional liquidator), controller, administrator or deed administrator appointed under the Corporations Act; or
 - (b) a person who is appointed to exercise powers under that Act and who is specified, or of a class specified, in the Uniform Rules for the purposes of this definition;

Uniform Law receiver means a receiver appointed under Part 6.5.

110 Incorporated legal practice that is subject to receivership under this Law and external administration under other legislation

- (1) This section applies if an incorporated legal practice is the subject of both—

- (a) the appointment of a Uniform Law receiver; and
 - (b) the appointment of an external administrator.
- (2) The Uniform Law receiver is under a duty to notify the external administrator of the appointment of the Uniform Law receiver, whether the appointment precedes, follows or is contemporaneous with the appointment of the external administrator.
- (3) The Uniform Law receiver or the external administrator (or both of them jointly) may apply to the Supreme Court for the resolution of issues arising from or in connection with the dual appointments and their respective powers.
- (4) The Supreme Court may make any orders it considers appropriate, and no liability attaches to the Uniform Law receiver or the external administrator for any act or omission done by the receiver or administrator in good faith for the purpose of carrying out or acting in accordance with the orders.
- (5) The designated local regulatory authority is entitled to intervene in the proceedings, unless the court determines that the proceedings do not concern or affect the provision of legal services by the incorporated legal practice.
- (6) In this section—
external administrator means a person who is appointed to exercise powers under other legislation (whether or not of this jurisdiction) and who is specified, or of a class specified, in the Uniform Rules for the purposes of this definition;
Uniform Law receiver means a receiver appointed under Part 6.5.

111 Extension of vicarious liability relating to failure to account, pay or deliver and dishonesty to incorporated legal practices

- (1) This section applies to any of the following proceedings (being proceedings based on the vicarious liability of an incorporated legal practice)—
 - (a) civil proceedings relating to a failure to account for, pay or deliver money or property received by, or entrusted to, the practice (or to any director, officer or employee of the practice) in the course of the provision of legal services by the practice, being money or property under the direct or indirect control of the practice;
 - (b) civil proceedings for any other debt owed, or damages payable, to a client as a result of a dishonest act or omission by an Australian legal practitioner who is a director, officer or employee of the practice in connection with the provision of legal services to the client.
- (2) If the incorporated legal practice would not (but for this section) be vicariously liable for any acts or omissions of its officers and employees in those proceedings, but would be liable for those acts or omissions if the practice and those officers and employees were carrying on business in partnership, the practice is taken to be vicariously liable for those acts or omissions.

112 Relationship of Law to constitution of, or legislation establishing, incorporated legal practice

- (1) The provisions of this Law or the Uniform Rules that apply to an incorporated legal practice prevail, to the extent of any inconsistency, over the constitution or other constituent documents of the practice.
- (2) The provisions of this Law or the Uniform Rules that apply to an incorporated legal practice prevail, to the extent of any inconsistency, over provisions of the legislation by or under which the corporation is established or regulated that are specified or described in the Uniform Rules.

- (3) Subsection (2) applies to a corporation that is established by or under a law (whether or not of this jurisdiction) with power to engage in legal practice, but is not a company within the meaning of the Corporations Act.

113 Relationship of Law to Corporations legislation

- (1) The Uniform Rules may declare any provision of this Law or the Uniform Rules that relates to an incorporated legal practice to be a Corporations legislation displacement provision for the purposes of section 5G of the Corporations Act.
- (2) The Uniform Rules may declare any matter relating to an incorporated legal practice that is prohibited, required, authorised or permitted by or under this Law or the Uniform Rules to be an excluded matter for the purposes of section 5F of the Corporations Act in relation to—
- (a) the whole of the Corporations legislation; or
 - (b) a specified provision of the Corporations legislation; or
 - (c) the Corporations legislation other than a specified provision; or
 - (d) the Corporations legislation otherwise than to a specified extent.
- (3) In this section, *matter* includes act, omission, body, person or thing.

Division 3 Miscellaneous

114 Approval of business structures

The Council may approve—

- (a) a corporation, or a kind of corporation, for the purposes of the definition of *incorporated legal practice* in section 6; or
- (b) an unincorporated body or group, or a kind of unincorporated body or group, for the purposes of the definition of *unincorporated legal practice* in section 6.

115 Uniform Rules for incorporated and unincorporated legal practices

The Uniform Rules may make provision with respect to any aspect of incorporated legal practices and unincorporated legal practices, so far as concerns the provision of legal services or matters that affect or may affect the provision of legal services.

Part 3.8 Community legal services

116 Status of community legal services

- (1) The status of a community legal service as a body established on a not-for-profit basis is not affected by any profit made by it so long as the income cannot or will not be distributed to any member or employee of the body otherwise than by way of reasonable remuneration under a contract of service or for services.
- (2) A community legal service may, subject to Part 4.3, recover legal costs incurred by it in respect of legal services that it provides.

Note Legal practice at a community legal service is required to be covered by professional indemnity insurance, including legal services provided by a member or employee of the service or a volunteer at the service.

117 Supervising legal practitioner

- (1) A community legal service or its governing body is required to have at least one Australian legal practitioner who—

- (a) is employed or engaged by the service or is a member of its governing body; and
 - (b) is designated by the governing body as a supervising legal practitioner for the service and responsible for the provision of legal services by the service.
- (2) A community legal service contravenes this section if it or its governing body does not have any supervising legal practitioners for a period exceeding 7 days.
Penalty: 250 penalty units.

Note A supervising legal practitioner is a principal of the law practice.

118 Uniform Rules for community legal services

The Uniform Rules may make provision with respect to any aspect of community legal services, so far as concerns the provision of legal services or matters that affect or may affect the provision of legal services.

Part 3.9 Disqualifications

Division 1 Making of disqualification orders

119 Disqualification of individuals (other than practitioners)

- (1) The designated tribunal may, on the application of the designated local regulatory authority, make an order disqualifying a person who is an individual (other than an Australian legal practitioner) for the purposes of this Law, for a specified period or indefinitely, if satisfied that—
 - (a) a ground for making the order under this section has been established (see subsection (2)); and
 - (b) the disqualification is justified.
- (2) Any of the following are grounds for disqualifying a person—
 - (a) that the person has been convicted of a serious offence;
 - (b) that the person is not a fit and proper person to be employed or paid in connection with the practice of law or to be involved in the management of a law practice;
 - (c) that the person was formerly an Australian legal practitioner and has, when an Australian legal practitioner, been guilty of conduct that constituted unsatisfactory professional conduct or professional misconduct;
 - (d) that the person has been guilty of conduct that, if the person were an Australian legal practitioner, would have constituted unsatisfactory professional conduct or professional misconduct;
 - (e) that the person could be disqualified under sections 206C–206F of the Corporations Act from managing a law practice if the law practice were a corporation.
- (3) The designated tribunal, on application by the person and with the leave of the tribunal, or by the designated local regulatory authority, may vary or revoke an order if it considers it appropriate to do so.
- (4) An order to a similar effect made by a corresponding authority of another jurisdiction under a corresponding law applies in relation to this jurisdiction in the same way as it applies in relation to that other jurisdiction and as if it had been made by the designated tribunal.

120 Disqualification of entities from providing legal services

- (1) The designated tribunal may, on the application of the designated local regulatory authority, make an order disqualifying an entity that is or was a law practice from providing all or specified legal services in this jurisdiction, for a specified period or indefinitely, if satisfied that—
 - (a) a ground for disqualifying the entity under this section has been established (see subsection (2)); and
 - (b) the disqualification is justified.
- (2) Any of the following are grounds for disqualifying an entity that is or was a law practice from providing legal services—
 - (a) that the law practice has contravened section 121;
 - (b) that the law practice has failed to comply with a management system direction under section 257;
 - (c) that the law practice (or a related entity) has contravened section 258 or the Uniform Rules made under that section;
 - (d) that a legal practitioner associate of the law practice has been found guilty of professional misconduct under a law of this jurisdiction or another jurisdiction.
- (3) An order disqualifying an entity may, if the designated tribunal thinks it appropriate, be made—
 - (a) subject to conditions as to the conduct of the law practice; or
 - (b) subject to conditions as to when or in what circumstances the order is to take effect; or
 - (c) together with orders to safeguard the interests of clients or employees of the law practice.
- (4) The designated tribunal, on application by the entity, or by the designated local regulatory authority, may vary or revoke an order if it considers it appropriate to do so.
- (5) An order to a similar effect made by a corresponding authority of another jurisdiction under a corresponding law applies in relation to this jurisdiction in the same way as it applies in relation to that other jurisdiction and as if it had been made by the designated tribunal.
- (6) Courts and tribunals of this jurisdiction may make arrangements for communicating and cooperating with other courts or tribunals in connection with the exercise of powers under this section.

Division 2 Prohibitions and other provisions regarding disqualified persons and disqualified entities

121 Contravention by law practice—disqualified or convicted person as lay associate

- (1) A law practice contravenes this subsection if the law practice has a lay associate whom any principal or other legal practitioner associate of the law practice knows to be—
 - (a) a disqualified person; or
 - (b) a person who has been convicted of a serious offence—unless the lay associate is approved by the designated local regulatory authority under subsection (2).
Penalty: 100 penalty units.

- (2) The designated local regulatory authority may, on application, approve a person as a lay associate for the purposes of this section. An approval may be given generally, or for a particular position or category of positions with a particular law practice, or for a particular category of positions with any law practice.
- (3) In dealing with an application for approval of a person as a lay associate, the designated local regulatory authority may consider any relevant matters and must consider the following matters so far as they are relevant—
 - (a) the nature and circumstances of the person's disqualification or conviction;
 - (b) the requirements and responsibilities of the arrangement or kind of arrangement under which the person is seeking to be employed or otherwise involved;
 - (c) the degree of connection between the person's disqualification or conviction and the requirements and responsibilities of the arrangement or kind of arrangement.
- (4) An approval may be granted unconditionally or subject to specified conditions.
Note The designated local regulatory authority could consider a person's application for approval as a lay associate at the same time as it decides not to grant or renew, or decides to suspend or cancel, the person's Australian practising certificate.

122 Contravention by disqualified person

- (1) A person who—
 - (a) is a disqualified person; or
 - (b) has been convicted of a serious offence—must not seek to become a lay associate of a law practice unless the person first informs the law practice of the disqualification or conviction.
Civil penalty: 100 penalty units.
- (2) Proceedings for a pecuniary penalty order for a contravention of subsection (1) may only be brought within 6 months after discovery of the contravention by the law practice.
- (3) Subsection (1) does not apply in circumstances specified in the Uniform Rules for the purposes of this section.

123 Contravention by Australian legal practitioner

Conduct of an Australian legal practitioner who provides legal services on behalf of a disqualified entity in the capacity of an associate of the entity is capable of constituting unsatisfactory professional conduct or professional misconduct if the practitioner ought reasonably to have known that the entity is a disqualified entity.

124 Disqualified entity ceases to be incorporated or unincorporated legal practice

If a disqualified entity is an incorporated legal practice or unincorporated legal practice immediately before an order is made under section 120, it ceases to be an incorporated legal practice or unincorporated legal practice.

125 Spent convictions

This Part has effect subject to any applicable jurisdictional legislation relating to spent convictions (however described).

Division 7 Miscellaneous

253 Cooperation

- (1) When dealing with a claim, the fidelity authority may exercise any of its functions in cooperation with or with the assistance of other fidelity authorities or the designated local regulatory authority.
- (2) The fidelity authority and the designated local regulatory authority may exchange information about a claim and the authority may exchange information about a claim with other fidelity authorities.

254 Protection from liability

- (1) No liability (including liability in defamation) is incurred in respect of anything done or omitted to be done in good faith for the purpose of arranging for the insurance of the fidelity fund by—
 - (a) the fidelity authority or a member of the fidelity authority; or
 - (b) a person acting at the direction of anyone referred to in paragraph (a).
- (2) No liability (including liability in defamation) is incurred in respect of anything done or omitted to be done in good faith for the purpose of publishing a notice or providing information under section 235 by—
 - (a) the fidelity authority or a member of the fidelity authority; or
 - (b) the proprietor, editor or publisher of a newspaper in respect of a notice under that section published in the newspaper; or
 - (c) an internet service provider or internet content host in respect of a notice under that section published on the internet; or
 - (d) a person acting at the direction of anyone referred to in paragraph (a), (b) or (c).

255 Uniform Rules for fidelity cover

- (1) The Uniform Rules may make provision with respect to any aspect of the fidelity cover scheme under this Part.
- (2) Without limitation, the Uniform Rules may make provision with respect to the following—
 - (a) the minimum terms and conditions of fidelity cover;
 - (b) the requirements and processes for making a claim against a fidelity fund;
 - (c) the procedure by which a claim against the relevant fidelity fund is to be processed;
 - (d) the procedure for identifying and dealing with concerted interjurisdictional defaults and defaults to which section 251 applies.

Part 4.6 Business management and control

256 Compliance audits

- (1) The designated local regulatory authority may conduct, or appoint a suitably qualified person to conduct, an audit of the compliance of a law practice with this Law, the Uniform Rules and other applicable professional obligations if the designated local regulatory authority considers there are reasonable grounds to do so, based on—
 - (a) the conduct of the law practice or one or more of its associates; or

- (b) a complaint against the law practice or one or more of its associates.
- (2) The appointment of a suitably qualified person may be made generally, or in relation to a particular law practice, or in relation to a particular compliance audit.
- (3) A report of a compliance audit is to be provided to the law practice concerned and may be provided to the designated local regulatory authority.
Note Chapter 7 applies to a compliance audit.

257 Management system directions

- (1) The designated local regulatory authority may give a management system direction to a law practice if the authority considers it reasonable to do so after the conduct of any examination, investigation or audit referred to in Chapter 7.
- (2) A *management system direction* is a direction to a law practice or class of law practices—
 - (a) to ensure that appropriate management systems are implemented and maintained to enable the provision of legal services by the law practice, or by a law practice of that class, in accordance with this Law, the Uniform Rules and other professional obligations; and
 - (b) to provide periodic reports to the designated local regulatory authority on the systems and on compliance with the systems.
- (3) A law practice must comply with a management system direction given to it.

258 Prohibited services and business

- (1) A law practice (or a related entity) must not—
 - (a) promote or operate a managed investment scheme; or
 - (b) provide a service or conduct a business of a kind specified in the Uniform Rules for the purposes of this section.Civil penalty: 250 penalty units.
- (2) Despite subsection (1), an associate of a law practice may promote or operate a managed investment scheme if, in the event of an insolvency or administration of the managed investment scheme, the associate is appointed as—
 - (a) an administrator, liquidator, receiver, receiver and manager, agent of a mortgagee or controller of the managed investment scheme in respect of the insolvency or administration; or
 - (b) a controller or external administrator of an entity acting in a similar capacity as a responsible entity where a managed investment scheme does not have a responsible entity in respect of an insolvency or administration.
- (3) Except as permitted by or under the Uniform Rules, or as approved by the designated local regulatory authority, a law practice must not provide legal services in relation to a managed investment scheme if any associate of the law practice has an interest in the scheme or the responsible entity for the scheme.
Civil penalty: 250 penalty units.
- (4) A law practice (or a related entity) must not, in its capacity as the legal representative of a lender or contributor, negotiate the making of or act in respect of a mortgage, other than—
 - (a) a mortgage under which the lender is a financial institution; or
 - (b) a mortgage under which the lender or contributors nominate the borrower, but only if the borrower is not a person introduced to the lender or contributors by the law practice who acts for the lender or contributors or by an associate or

agent of the law practice, or a person engaged by the law practice for the purpose of introducing the borrower to the lender or contributors; or

- (c) a mortgage, or a mortgage of a class, that the Uniform Rules specify as exempt from this prohibition.

Civil penalty: 250 penalty units.

- (5) In this section—

borrower means a person who borrows, from a lender or contributor, money that is secured by a mortgage;

contributor means a person who lends, or proposes to lend, money that is secured by a contributory mortgage arranged by a law practice;

contributory mortgage means a mortgage to secure money lent by 2 or more contributors as tenants in common or joint tenants, whether or not the mortgagee is a person who holds the mortgage in trust for or on behalf of those contributors;

financial institution means—

- (a) an ADI; or
- (b) a corporation or other body, or a corporation or body of a class, specified in the Uniform Rules for the purpose of this definition;

lender means a person who lends, or proposes to lend, a borrower money that is secured by a mortgage.

- (6) To the extent that this section applies to an incorporated legal practice, this section is declared to be a Corporations legislation displacement provision for the purposes of section 5G of the Corporations Act.

259 Uniform Rules for legal services

The Uniform Rules may make provision with respect to—

- (a) the provision of legal services by law practices or particular categories of law practices; and
- (b) the provision of other services by law practices in circumstances where a conflict of interest relating to the provision of legal services may arise and the imposition of additional duties and obligations in those circumstances; and
- (c) requirements for law practices in or in connection with providing legal and other services referred to in paragraph (a) or (b).

Annexe 5

Legal Services Act 2007, Angleterre et Pays de Galles (extraits)



Legal Services Act 2007

CHAPTER 29

Explanatory Notes have been produced to assist in the understanding of this Act and are available separately

£37.50

A-75



Legal Services Act 2007

CHAPTER 29

CONTENTS

PART 1

THE REGULATORY OBJECTIVES

- 1 The regulatory objectives

PART 2

THE LEGAL SERVICES BOARD

Constitution

- 2 The Legal Services Board

General functions

- 3 The Board's duty to promote the regulatory objectives etc
- 4 Standards of regulation, education and training
- 5 Corporate governance
- 6 Annual report
- 7 Supplementary powers

Consumer Panel

- 8 The Consumer Panel
- 9 Committees and the procedure of the Consumer Panel
- 10 Representations by the Consumer Panel
- 11 Advice and research functions of the Consumer Panel

PART 3

RESERVED LEGAL ACTIVITIES

Reserved legal activities

- 12 Meaning of “reserved legal activity” and “legal activity”

Carrying on the activities

- 13 Entitlement to carry on a reserved legal activity

Offences

- 14 Offence to carry on a reserved legal activity if not entitled
15 Carrying on of a reserved legal activity: employers and employees etc
16 Offence to carry on reserved legal activity through person not entitled
17 Offence to pretend to be entitled

Interpretation

- 18 Authorised persons
19 Exempt persons
20 Approved regulators and relevant approved regulators
21 Regulatory arrangements

Continuity of existing rights and transitional protection

- 22 Continuity of existing rights to carry on reserved legal activities
23 Transitional protection for non-commercial bodies

Alteration of reserved legal activities

- 24 Extension of the reserved legal activities
25 Provisional designation as approved regulators and licensing authorities
26 Recommendations that activities should cease to be reserved legal activities

PART 4

REGULATION OF APPROVED REGULATORS

Introductory

- 27 Regulatory and representative functions of approved regulators

General duties of approved regulators

- 28 Approved regulator’s duty to promote the regulatory objectives etc

Separation of regulatory and representative functions

- 29 Prohibition on the Board interfering with representative functions
30 Rules relating to the exercise of regulatory functions

Performance targets

- 31 Performance targets and monitoring

Directions

- 32 Directions
33 Directions: procedure
34 Enforcement of directions

Censure

- 35 Public censure
36 Public censure: procedure

Financial penalties

- 37 Financial penalties
38 Financial penalties: procedure
39 Appeals against financial penalties
40 Recovery of financial penalties

Intervention

- 41 Intervention directions
42 Intervention directions: further provision
43 Intervention directions: enforcement
44 Revocation of intervention directions

Cancellation of approval

- 45 Cancellation of designation as approved regulator
46 Cancellation of designation: further provision
47 The Board's power to recommend orders made under section 46
48 Cancellation of designation: powers of entry etc

Policy statements

- 49 The Board's policy statements
50 Policy statements: procedure

Practising fees

- 51 Control of practising fees charged by approved regulators

Regulatory conflict

- 52 Regulatory conflict with approved regulators
53 Modification of provision made about regulatory conflict
54 Regulatory conflict with other regulatory regimes

Information

- 55 Provision of information to the Board
56 Enforcement of notices under section 55

Competition

- 57 Reports by the OFT
- 58 The Board's response to OFT report
- 59 Referral of report by the Lord Chancellor to the Competition Commission
- 60 Duties of the Competition Commission
- 61 Lord Chancellor's power to give directions

The Board as approved regulator

- 62 The Board as an approved regulator
- 63 The Board's designation under section 62(1)(a)
- 64 Modification of the Board's functions under section 62(1)(b)
- 65 Cancellation of the Board's designation under section 62(1)(c)
- 66 The Board's power to recommend orders made under section 62
- 67 Effect of the Board's designation as an approved regulator
- 68 Regulatory conflict and the Board as approved regulator

Functions of approved regulators etc

- 69 Modification of the functions of approved regulators etc
- 70 Procedural requirements relating to recommendations under section 69

PART 5

ALTERNATIVE BUSINESS STRUCTURES

Introductory

- 71 Carrying on of activities by licensed bodies
- 72 "Licensable body"

Licensing authorities

- 73 Licensing authorities and relevant licensing authorities
- 74 Designation of approved regulator as licensing authority
- 75 Automatic cancellation of designation as licensing authority
- 76 Cancellation of designation as licensing authority by order
- 77 Cancellation of designation: further provision
- 78 The Board's power to recommend orders made under section 77
- 79 Cancellation of designation: powers of entry etc

Appeals

- 80 Functions of appellate bodies
- 81 Procedural requirements relating to recommendations under section 80

Policy statement

- 82 Licensing authority policy statement

Licensing rules

- 83 Licensing rules

Licensing

- 84 Application for licence
- 85 Terms of licence
- 86 Modification of licence
- 87 Registers of licensed bodies
- 88 Evidence of status

Ownership of licensed bodies

- 89 Ownership of licensed bodies

Regulation of licensed bodies

- 90 Duties of non-authorised persons
- 91 Duties of Head of Legal Practice
- 92 Duties of Head of Finance and Administration
- 93 Information
- 94 Enforcement of notices under section 93
- 95 Financial penalties
- 96 Appeals against financial penalties
- 97 Recovery of financial penalties
- 98 Referral of employees etc to appropriate regulator
- 99 Disqualification
- 100 Lists of disqualified persons
- 101 Suspension and revocation of licence
- 102 Intervention
- 103 Regulatory conflict and the Board as licensing authority
- 104 Prevention of regulatory conflict: accounts rules

Special kinds of body

- 105 Trade union exemptions
- 106 Power to modify application of licensing rules etc to special bodies
- 107 Modifications under section 106: supplementary
- 108 “Low risk body”
- 109 Foreign bodies

Supplementary provision

- 110 Reporting requirements relating to Part 5
- 111 Interpretation of Part 5

PART 6**LEGAL COMPLAINTS***Complaints procedures of authorised persons*

- 112 Complaints procedures of authorised persons

Overview of the scheme

- 113 Overview of the scheme

The Office for Legal Complaints

- 114 The Office for Legal Complaints
- 115 The ombudsman scheme
- 116 General obligations
- 117 Corporate governance
- 118 Annual report
- 119 Supplementary powers
- 120 Reporting to the Board
- 121 Performance targets and monitoring

The ombudsmen

- 122 Appointment of the Chief Ombudsman and assistant ombudsmen
- 123 Annual report of Chief Ombudsman
- 124 Additional reports of Chief Ombudsman

Jurisdiction and operation of the ombudsman scheme

- 125 Jurisdiction of the ombudsman scheme
- 126 Complaints excluded because respondent's complaints procedures not used
- 127 Complaints excluded by scheme rules
- 128 Parties
- 129 Pre-commencement acts and omissions
- 130 Orders under section 128
- 131 Acts and omissions by employees etc
- 132 Continuity of complaints
- 133 Operation of the ombudsman scheme
- 134 Delegation of an ombudsman's functions
- 135 Notification requirements
- 136 Charges payable by respondents

Determinations under the scheme

- 137 Determination of complaints
- 138 Limitation on value of directions under the ombudsman scheme
- 139 Alteration of limit
- 140 Acceptance or rejection of determination
- 141 Enforcement by complainant of directions under section 137
- 142 Reporting court orders made against authorised persons

Reporting misconduct

- 143 Reporting possible misconduct to approved regulators

Co-operation with investigations

- 144 Duties to share information
- 145 Duties of authorised persons to co-operate with investigations
- 146 Reporting failures to co-operate with an investigation to approved regulators

Information

- 147 Information and documents
- 148 Reporting failures to provide information or produce documents

- 149 Enforcement of requirements to provide information or produce documents
- 150 Reports of investigations
- 151 Restricted information
- 152 Disclosure of restricted information
- 153 Data protection

Defamation

- 154 Protection from defamation claims

Scheme rules

- 155 Consent requirements for rules
- 156 The Board's powers in respect of rules

Effect on existing arrangements for redress etc

- 157 Approved regulators not to make provision for redress
- 158 Regulatory arrangements not prohibited by section 157
- 159 Legal Services Complaints Commissioner and Legal Services Ombudsman

Interpretation

- 160 Interpretation of Part 6

Claims management services

- 161 Extension of Part 6 to claims management services

PART 7

FURTHER PROVISIONS RELATING TO THE BOARD AND THE OLC

Guidance

- 162 Guidance

Voluntary arrangements

- 163 Voluntary arrangements
- 164 Power to establish voluntary scheme for resolving complaints
- 165 Procedure for making orders under section 164
- 166 Operation of voluntary scheme

Disclosure and use of information

- 167 Restricted information
- 168 Disclosure of restricted information
- 169 Disclosure of information to the Board
- 170 Data protection
- 171 Use of information

Payments by Lord Chancellor

- 172 Funding

The levy

- 173 The levy
174 The levy: supplementary provisions

Payments into the Consolidated Fund

- 175 Amounts payable into the Consolidated Fund

PART 8

MISCELLANEOUS PROVISIONS ABOUT LAWYERS ETC

Duties of regulated persons

- 176 Duties of regulated persons

Solicitors, the Law Society and the Disciplinary Tribunal

- 177 The Law Society, solicitors, recognised bodies and foreign lawyers
178 The Solicitors Disciplinary Tribunal: approval of rules
179 Board's power to give directions to the Tribunal
180 Functions of the Tribunal

Other lawyers

- 181 Unqualified person not to pretend to be a barrister
182 Licensed conveyancers
183 Commissioners for oaths
184 Trade mark attorneys
185 Patent attorneys
186 Immigration advisers and immigration service providers
187 Claims management services

Advocates and litigators

- 188 Duties of advocates and litigators
189 Employed advocates

Legal professional privilege

- 190 Legal professional privilege

Employees of housing management bodies

- 191 Rights of audience etc of employees of housing management bodies

Savings

- 192 Powers of court in respect of rights of audience and conduct of litigation
193 Solicitors to public departments and the City of London

Pro bono representation

- 194 Payments in respect of pro bono representation

Scotland

- 195 Application of the Legal Profession and Legal Aid (Scotland) Act 2007
196 Scottish legal services ombudsman: functions

PART 9

GENERAL

Offences

- 197 Offences committed by bodies corporate and unincorporated bodies
198 Local weights and measures authorities

Protected functions of the Lord Chancellor

- 199 Protected functions of the Lord Chancellor

Notices etc

- 200 Notices and directions
201 Documents
202 The giving of notices, directions and other documents
203 The giving of notices, directions and other documents in electronic form

Orders, rules etc

- 204 Orders, regulations and rules
205 Consultation requirements for rules
206 Parliamentary control of orders and regulations

Interpretation

- 207 Interpretation

Miscellaneous and supplementary

- 208 Minor and consequential provision etc
209 Transitional and transitory provision
210 Repeals
211 Commencement
212 Extent
213 Index of defined expressions
214 Short title

- Schedule 2 – The reserved legal activities
- Schedule 3 – Exempt persons
- Schedule 4 – Approved regulators
 - Part 1 – Existing regulators
 - Part 2 – Designation of bodies by order
 - Part 3 – Alteration of approved regulator’s regulatory arrangements
- Schedule 5 – Authorised persons
 - Part 1 – Continuity of rights
 - Part 2 – Rights during transitional period
 - Part 3 – Interpretation
- Schedule 6 – Alteration of reserved legal activities
- Schedule 7 – Directions: procedure
- Schedule 8 – Intervention directions: procedure
 - Part 1 – Giving intervention directions
 - Part 2 – Revoking intervention directions
- Schedule 9 – Cancellation of designation as approved regulator
- Schedule 10 – Designation of approved regulators as licensing authorities
 - Part 1 – Designation of approved regulators by order
 - Part 2 – Cancellation of designation by order
- Schedule 11 – Licensing rules
 - Part 1 – Licensing procedure
 - Part 2 – Structural requirements
 - Part 3 – Practice requirements
 - Part 4 – Regulation
- Schedule 12 – Entitlement to make an application for a licence to the Board
- Schedule 13 – Ownership of licensed bodies
 - Part 1 – Introductory
 - Part 2 – Approval of restricted interests on application for licence
 - Part 3 – Approval of restricted interests after licence is issued
 - Part 4 – Additional restrictions
 - Part 5 – Enforcement
- Schedule 14 – Licensing authority’s powers of intervention
- Schedule 15 – The Office for Legal Complaints
- Schedule 16 – The Law Society, solicitors, recognised bodies and foreign lawyers
 - Part 1 – The Solicitors Act 1974 (c. 47)
 - Part 2 – The Administration of Justice Act 1985 (c. 61)
 - Part 3 – The Courts and Legal Services Act 1990 (c. 41)
- Schedule 17 – Licensed conveyancing
 - Part 1 – Administration of Justice Act 1985 (c. 61)
 - Part 2 – Courts and Legal Services Act 1990 (c. 41)
- Schedule 18 – Immigration advice and immigration services
 - Part 1 – Qualifying regulators
 - Part 2 – Amendments of the Immigration and Asylum Act 1999 (c. 33)
 - Part 3 – Transitional provision
- Schedule 19 – Claims management services
- Schedule 20 – Amendments in relation to the Legal Profession and Legal Aid (Scotland) Act 2007 (asp 5)
- Schedule 21 – Minor and consequential amendments
- Schedule 22 – Transitional and transitory provision
- Schedule 23 – Repeals
- Schedule 24 – Index of defined expressions



Legal Services Act 2007

2007 CHAPTER 29

An Act to make provision for the establishment of the Legal Services Board and in respect of its functions; to make provision for, and in connection with, the regulation of persons who carry on certain legal activities; to make provision for the establishment of the Office for Legal Complaints and for a scheme to consider and determine legal complaints; to make provision about claims management services and about immigration advice and immigration services; to make provision in respect of legal representation provided free of charge; to make provision about the application of the Legal Profession and Legal Aid (Scotland) Act 2007; to make provision about the Scottish legal services ombudsman; and for connected purposes. [30th October 2007]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

PART 1

THE REGULATORY OBJECTIVES

1 The regulatory objectives

- (1) In this Act a reference to “the regulatory objectives” is a reference to the objectives of—
 - (a) protecting and promoting the public interest;
 - (b) supporting the constitutional principle of the rule of law;
 - (c) improving access to justice;
 - (d) protecting and promoting the interests of consumers;
 - (e) promoting competition in the provision of services within subsection (2);
 - (f) encouraging an independent, strong, diverse and effective legal profession;

- (g) increasing public understanding of the citizen’s legal rights and duties;
 - (h) promoting and maintaining adherence to the professional principles.
- (2) The services within this subsection are services such as are provided by authorised persons (including services which do not involve the carrying on of activities which are reserved legal activities).
- (3) The “professional principles” are –
- (a) that authorised persons should act with independence and integrity,
 - (b) that authorised persons should maintain proper standards of work,
 - (c) that authorised persons should act in the best interests of their clients,
 - (d) that persons who exercise before any court a right of audience, or conduct litigation in relation to proceedings in any court, by virtue of being authorised persons should comply with their duty to the court to act with independence in the interests of justice, and
 - (e) that the affairs of clients should be kept confidential.
- (4) In this section “authorised persons” means authorised persons in relation to activities which are reserved legal activities.

PART 2

THE LEGAL SERVICES BOARD

Constitution

2 The Legal Services Board

- (1) There is to be a body corporate called the Legal Services Board (“the Board”).
- (2) Schedule 1 is about the Board.

General functions

3 The Board’s duty to promote the regulatory objectives etc

- (1) In discharging its functions the Board must comply with the requirements of this section.
- (2) The Board must, so far as is reasonably practicable, act in a way –
 - (a) which is compatible with the regulatory objectives, and
 - (b) which the Board considers most appropriate for the purpose of meeting those objectives.
- (3) The Board must have regard to –
 - (a) the principles under which regulatory activities should be transparent, accountable, proportionate, consistent and targeted only at cases in which action is needed, and
 - (b) any other principle appearing to it to represent the best regulatory practice.

4 Standards of regulation, education and training

The Board must assist in the maintenance and development of standards in relation to –

- (a) the regulation by approved regulators of persons authorised by them to carry on activities which are reserved legal activities, and
- (b) the education and training of persons so authorised.

5 Corporate governance

In managing its affairs, the Board must have regard to such generally accepted principles of good corporate governance as it is reasonable to regard as applicable to it.

6 Annual report

- (1) The Board must prepare a report (“the annual report”) for each financial year.
- (2) The annual report must deal with –
 - (a) the discharge of the Board’s functions,
 - (b) the extent to which, in the Board’s opinion, the Board has met the regulatory objectives, and
 - (c) such other matters as the Lord Chancellor may from time to time direct.
- (3) As soon as reasonably practicable after the end of each financial year, the Board must give the Lord Chancellor a copy of the annual report prepared for that year.
- (4) The Lord Chancellor must lay a copy of the annual report before Parliament.
- (5) In this section “financial year” means –
 - (a) the period beginning with the day on which the Board is established and ending with the next following 31 March, and
 - (b) each successive period of 12 months.

7 Supplementary powers

The Board may do anything calculated to facilitate, or incidental or conducive to, the carrying out of any of its functions.

Consumer Panel

8 The Consumer Panel

- (1) The Board must establish and maintain a panel of persons (to be known as “the Consumer Panel”) to represent the interests of consumers.
- (2) The Consumer Panel is to consist of such consumers, or persons representing the interests of consumers, as the Board may appoint with the approval of the Lord Chancellor.
- (3) The Board must appoint one of the members of the Consumer Panel to be the chairman of the Panel.

- (4) The Board must secure that the membership of the Consumer Panel is such as to give a fair degree of representation to both –
 - (a) those who are using (or are or may be contemplating using), in connection with businesses carried on by them, services provided by persons who are authorised persons in relation to activities which are reserved legal activities, and
 - (b) those who are using (or are or may be contemplating using) such services otherwise than in connection with businesses carried on by them.
- (5) The Consumer Panel must not include any person who is –
 - (a) a member of the Board or of its staff;
 - (b) a member of the Office for Legal Complaints (see Part 6), an ombudsman appointed by it or a member of its staff appointed under paragraph 13 of Schedule 15;
 - (c) a member of the governing body, or of the staff, of an approved regulator;
 - (d) an authorised person in relation to an activity which is a reserved legal activity;
 - (e) a person authorised, by a person designated under section 5(1) of the Compensation Act 2006 (c. 29), to provide services which are regulated claims management services (within the meaning of that Act);
 - (f) an advocate in Scotland;
 - (g) a solicitor in Scotland;
 - (h) a member of the Bar of Northern Ireland; or
 - (i) a solicitor of the Court of Judicature of Northern Ireland.
- (6) The chairman and other members of the Consumer Panel are to be –
 - (a) appointed for a fixed period, and on other terms and conditions, determined by the Board, and
 - (b) paid by the Board in accordance with provision made by or under the terms of appointment.
- (7) But a person may be removed from office in accordance with those terms and conditions only with the approval of the Lord Chancellor.
- (8) A person who ceases to be chairman or another member of the Consumer Panel may be re-appointed.

9 Committees and the procedure of the Consumer Panel

- (1) The Consumer Panel may make such arrangements as it thinks fit for committees established by the Panel to give advice to the Panel about matters relating to the carrying out of the Panel's functions.
- (2) The Consumer Panel may make such other arrangements for regulating its own procedure, and for regulating the procedure of the committees established by it, as it thinks fit.
- (3) Those arrangements may include arrangements as to quorums and as to the making of decisions by a majority.
- (4) The committees established by the Consumer Panel may include committees the membership of which includes persons who are not members of the Panel.

- (5) The membership of every committee established by the Consumer Panel must contain at least one person who is a member of the Panel.
- (6) Where a person who is not a member of the Consumer Panel is a member of a committee established by it, the Board may pay to that person such remuneration and expenses as the Board may determine.

10 Representations by the Consumer Panel

- (1) The Board must consider any representations made to it by the Consumer Panel.
- (2) If the Board disagrees with a view expressed, or proposal made, in the representations, it must give the Consumer Panel a notice to that effect stating its reasons for disagreeing.
- (3) The Consumer Panel may publish such information as it thinks fit about any representations made by it to the Board.
- (4) Where the Consumer Panel publishes information about any representations made by it, the Board must publish any notice it gives under subsection (2) in respect of those representations.

11 Advice and research functions of the Consumer Panel

- (1) The Consumer Panel may, at the request of the Board –
 - (a) carry out research for the Board;
 - (b) give advice to the Board.
- (2) The Board must consider any advice given and the results of any research carried out under this section.
- (3) The Consumer Panel may publish such information as it thinks fit about advice it gives, and about the results of research carried out by it, under this section.

PART 3

RESERVED LEGAL ACTIVITIES

Reserved legal activities

12 Meaning of “reserved legal activity” and “legal activity”

- (1) In this Act “reserved legal activity” means –
 - (a) the exercise of a right of audience;
 - (b) the conduct of litigation;
 - (c) reserved instrument activities;
 - (d) probate activities;
 - (e) notarial activities;
 - (f) the administration of oaths.
- (2) Schedule 2 makes provision about what constitutes each of those activities.
- (3) In this Act “legal activity” means –

- (a) an activity which is a reserved legal activity within the meaning of this Act as originally enacted, and
- (b) any other activity which consists of one or both of the following –
 - (i) the provision of legal advice or assistance in connection with the application of the law or with any form of resolution of legal disputes;
 - (ii) the provision of representation in connection with any matter concerning the application of the law or any form of resolution of legal disputes.
- (4) But “legal activity” does not include any activity of a judicial or quasi-judicial nature (including acting as a mediator).
- (5) For the purposes of subsection (3) “legal dispute” includes a dispute as to any matter of fact the resolution of which is relevant to determining the nature of any person’s legal rights or liabilities.
- (6) Section 24 makes provision for adding legal activities to the reserved legal activities.

Carrying on the activities

13 Entitlement to carry on a reserved legal activity

- (1) The question whether a person is entitled to carry on an activity which is a reserved legal activity is to be determined solely in accordance with the provisions of this Act.
- (2) A person is entitled to carry on an activity (“the relevant activity”) which is a reserved legal activity where –
 - (a) the person is an authorised person in relation to the relevant activity, or
 - (b) the person is an exempt person in relation to that activity.
- (3) Subsection (2) is subject to section 23 (transitional protection for non-commercial bodies).
- (4) Nothing in this section or section 23 affects section 84 of the Immigration and Asylum Act 1999 (c. 33) (which prohibits the provision of immigration advice and immigration services except by certain persons).

Offences

14 Offence to carry on a reserved legal activity if not entitled

- (1) It is an offence for a person to carry on an activity (“the relevant activity”) which is a reserved legal activity unless that person is entitled to carry on the relevant activity.
- (2) In proceedings for an offence under subsection (1), it is a defence for the accused to show that the accused did not know, and could not reasonably have been expected to know, that the offence was being committed.
- (3) A person who is guilty of an offence under subsection (1) is liable –
 - (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or a fine not exceeding the statutory maximum (or both), and

- (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 2 years or a fine (or both).
- (4) A person who is guilty of an offence under subsection (1) by reason of an act done in the purported exercise of a right of audience, or a right to conduct litigation, in relation to any proceedings or contemplated proceedings is also guilty of contempt of the court concerned and may be punished accordingly.
- (5) In relation to an offence under subsection (1) committed before the commencement of section 154(1) of the Criminal Justice Act 2003 (c. 44), the reference in subsection (3)(a) to 12 months is to be read as a reference to 6 months.

15 Carrying on of a reserved legal activity: employers and employees etc

- (1) This section applies for the interpretation of references in this Act to a person carrying on an activity which is a reserved legal activity.
- (2) References to a person carrying on an activity which is a reserved legal activity include a person (“E”) who –
 - (a) is an employee of a person (“P”), and
 - (b) carries on the activity in E’s capacity as such an employee.
- (3) For the purposes of subsection (2), it is irrelevant whether P is entitled to carry on the activity.
- (4) P does not carry on an activity (“the relevant activity”) which is a reserved legal activity by virtue of E carrying it on in E’s capacity as an employee of P, unless the provision of relevant services to the public or a section of the public (with or without a view to profit) is part of P’s business.
- (5) Relevant services are services which consist of or include the carrying on of the relevant activity by employees of P in their capacity as employees of P.
- (6) Where P is an independent trade union, persons provided with relevant services do not constitute the public or a section of the public where –
 - (a) the persons are provided with the relevant services by virtue of their membership or former membership of P or of another person’s membership or former membership of P, and
 - (b) the services are excepted membership services.
- (7) Subject to subsection (8), “excepted membership services” means relevant services which relate to or have a connection with –
 - (a) relevant activities of a member, or former member, of the independent trade union;
 - (b) any other activities carried on for the purposes of or in connection with, or arising from, such relevant activities;
 - (c) any event which has occurred (or is alleged to have occurred) in the course of or in connection with such relevant activities or activities within paragraph (b);
 - (d) activities carried on by a person for the purposes of or in connection with, or arising from, the person’s membership of the independent trade union;

and such other relevant services as the Lord Chancellor may by order specify.

- (8) The Lord Chancellor may by order make provision about the circumstances in which relevant services do or do not relate to, or have a connection with, the matters mentioned in paragraphs (a) to (d) of subsection (7).
- (9) Subject to that, the Lord Chancellor may by order make provision about –
 - (a) what does or does not constitute a section of the public;
 - (b) the circumstances in which the provision of relevant services to the public or a section of the public does or does not form part of P's business.
- (10) The Lord Chancellor may make an order under subsection (7), (8) or (9) only on the recommendation of the Board.
- (11) If P is a body, references to an employee of P include references to a manager of P.
- (12) In subsection (7), "relevant activities", in relation to a person who is or was a member of an independent trade union, means any employment (including self-employment), trade, occupation or other activity to which the person's membership of the trade union relates or related.

16 Offence to carry on reserved legal activity through person not entitled

- (1) Where subsection (2) applies it is an offence for a person ("P") to carry on an activity ("the relevant activity") which is a reserved legal activity, despite P being entitled to carry on the relevant activity.
- (2) This subsection applies if –
 - (a) P carries on the relevant activity by virtue of an employee of P ("E") carrying it on in E's capacity as such an employee, and
 - (b) in carrying on the relevant activity, E commits an offence under section 14.
- (3) If P is a body, references in subsection (2) to an employee of P include references to a manager of P.
- (4) In proceedings for an offence under subsection (1), it is a defence for the accused to show that the accused took all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid committing the offence.
- (5) A person who is guilty of an offence under subsection (1) is liable –
 - (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or a fine not exceeding the statutory maximum (or both), and
 - (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 2 years or a fine (or both).
- (6) A person who is guilty of an offence under subsection (1) by reason of an act done in the purported exercise of a right of audience, or a right to conduct litigation, in relation to any proceedings or contemplated proceedings is also guilty of contempt of the court concerned and may be punished accordingly.
- (7) In relation to an offence under subsection (1) committed before the commencement of section 154(1) of the Criminal Justice Act 2003 (c. 44), the reference in subsection (5)(a) to 12 months is to be read as a reference to 6 months.

17 Offence to pretend to be entitled

- (1) It is an offence for a person –
 - (a) wilfully to pretend to be entitled to carry on any activity which is a reserved legal activity when that person is not so entitled, or
 - (b) with the intention of implying falsely that that person is so entitled, to take or use any name, title or description.
- (2) A person who is guilty of an offence under subsection (1) is liable –
 - (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or a fine not exceeding the statutory maximum (or both), and
 - (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 2 years or a fine (or both).
- (3) In relation to an offence under subsection (1) committed before the commencement of section 154(1) of the Criminal Justice Act 2003 (c. 44), the reference in subsection (2)(a) to 12 months is to be read as a reference to 6 months.

Interpretation

18 Authorised persons

- (1) For the purposes of this Act “authorised person”, in relation to an activity (“the relevant activity”) which is a reserved legal activity, means –
 - (a) a person who is authorised to carry on the relevant activity by a relevant approved regulator in relation to the relevant activity (other than by virtue of a licence under Part 5), or
 - (b) a licensable body which, by virtue of such a licence, is authorised to carry on the relevant activity by a licensing authority in relation to the reserved legal activity.
- (2) A licensable body may not be authorised to carry on the relevant activity as mentioned in subsection (1)(a).
- (3) But where a body (“A”) which is authorised as mentioned in subsection (1)(a) becomes a licensable body, the body is deemed by virtue of this subsection to continue to be so authorised from that time until the earliest of the following events –
 - (a) the end of the period of 90 days beginning with the day on which that time falls;
 - (b) the time from which the relevant approved regulator determines this subsection is to cease to apply to A;
 - (c) the time when A ceases to be a licensable body.
- (4) Subsection (2) is subject to Part 2 of Schedule 5 (by virtue of which licensable bodies may be deemed to be authorised as mentioned in subsection (1)(a) in relation to certain activities during a transitional period).
- (5) A person other than a licensable body may not be authorised to carry on the relevant activity as mentioned in subsection (1)(b).
- (6) But where a body (“L”) which is authorised as mentioned in subsection (1)(b) ceases to be a licensable body, the body is deemed by virtue of this subsection to continue to be so authorised from that time until the earliest of the following events –

- (a) the end of the period of 90 days beginning with the day on which that time falls;
- (b) the time from which the relevant licensing authority determines this subsection is to cease to apply to L;
- (c) the time when L becomes a licensable body.

19 Exempt persons

In this Act, “exempt person”, in relation to an activity (“the relevant activity”) which is a reserved legal activity, means a person who, for the purposes of carrying on the relevant activity, is an exempt person by virtue of—

- (a) Schedule 3 (exempt persons), or
- (b) paragraph 13 or 18 of Schedule 5 (additional categories of exempt persons during transitional period).

20 Approved regulators and relevant approved regulators

- (1) In this Act, the following expressions have the meaning given by this section—
“approved regulator”;
“relevant approved regulator”.
- (2) “Approved regulator” means—
 - (a) a body which is designated as an approved regulator by Part 1 of Schedule 4 or under Part 2 of that Schedule (or both) and whose regulatory arrangements are approved for the purposes of this Act, and
 - (b) if an order under section 62(1)(a) has effect, the Board.
- (3) An approved regulator is a “relevant approved regulator” in relation to an activity which is a reserved legal activity if—
 - (a) the approved regulator is designated by Part 1, or under Part 2, of Schedule 4 in relation to that reserved legal activity, or
 - (b) where the approved regulator is the Board, it is designated in relation to that reserved legal activity by an order under section 62(1)(a).
- (4) An approved regulator is a “relevant approved regulator” in relation to a person if the person is authorised by the approved regulator to carry on an activity which is a reserved legal activity.
- (5) Schedule 4 makes provision with respect to approved regulators other than the Board.
In that Schedule—
 - (a) Part 1 designates certain bodies as approved regulators in relation to certain reserved legal activities,
 - (b) Part 2 makes provision for bodies to be designated by order as approved regulators in relation to one or more reserved legal activities, and
 - (c) Part 3 makes provision relating to the approval of changes to an approved regulator’s regulatory arrangements.
- (6) An approved regulator may authorise persons to carry on any activity which is a reserved legal activity in respect of which it is a relevant approved regulator.

21 Regulatory arrangements

- (1) In this Act references to the “regulatory arrangements” of a body are to –
- (a) its arrangements for authorising persons to carry on reserved legal activities,
 - (b) its arrangements (if any) for authorising persons to provide immigration advice or immigration services,
 - (c) its practice rules,
 - (d) its conduct rules,
 - (e) its disciplinary arrangements in relation to regulated persons (including its discipline rules),
 - (f) its qualification regulations,
 - (g) its indemnification arrangements,
 - (h) its compensation arrangements,
 - (i) any of its other rules or regulations (however they may be described), and any other arrangements, which apply to or in relation to regulated persons, other than those made for the purposes of any function the body has to represent or promote the interests of persons regulated by it, and
 - (j) its licensing rules (if any), so far as not within paragraphs (a) to (i), (whether or not those arrangements, rules or regulations are contained in, or made under, an enactment).
- (2) In this Act –
- “compensation arrangements”, in relation to a body, means arrangements to provide for grants or other payments for the purposes of relieving or mitigating losses or hardship suffered by persons in consequence of –
 - (a) negligence or fraud or other dishonesty on the part of any persons whom the body has authorised to carry on activities which constitute a reserved legal activity, or of employees of theirs, in connection with their activities as such authorised persons, and
 - (b) failure, on the part of regulated persons, to account for money received by them in connection with their activities as such regulated persons;
 - “conduct rules”, in relation to a body, means any rules or regulations (however they may be described) as to the conduct required of regulated persons;
 - “discipline rules”, in relation to a body, means any rules or regulations (however they may be described) as to the disciplining of regulated persons;
 - “indemnification arrangements”, in relation to a body, means arrangements for the purpose of ensuring the indemnification of those who are or were regulated persons against losses arising from claims in relation to any description of civil liability incurred by them, or by employees or former employees of theirs, in connection with their activities as such regulated persons;
 - “practice rules”, in relation to a body, means any rules or regulations (however they may be described) which govern the practice of regulated persons;
 - “qualification regulations”, in relation to a body, means –
 - (a) any rules or regulations relating to –

- (i) the education and training which persons must receive, or
 - (ii) any other requirements which must be met by or in respect of them,

in order for them to be authorised by the body to carry on an activity which is a reserved legal activity,
 - (b) any rules or regulations relating to—
 - (i) the education and training which persons must receive, or
 - (ii) any other requirements which must be met by or in respect of them,

in order for them to be authorised by the body to provide immigration advice or immigration services, and
 - (c) any other rules or regulations relating to the education and training which regulated persons must receive or any other requirements which must be met by or in respect of them, (however they may be described).
- (3) In this section “regulated persons”, in relation to a body, means any class of persons which consists of or includes—
- (a) persons who are authorised by the body to carry on an activity which is a reserved legal activity;
 - (b) persons who are not so authorised, but are employees of a person who is so authorised.
- (4) In relation to an authorised person other than an individual, references in subsection (2) and (3) to employees of the person include managers of the person.

Continuity of existing rights and transitional protection

22 Continuity of existing rights to carry on reserved legal activities

Schedule 5 makes provision for the continuity of existing rights and for certain persons to be deemed, during a transitional period, to be authorised by approved regulators to carry on certain activities.

23 Transitional protection for non-commercial bodies

- (1) During the transitional period, a body within subsection (2) is entitled to carry on any activity which is a reserved legal activity.
- (2) The bodies are—
 - (a) a not for profit body,
 - (b) a community interest company, or
 - (c) an independent trade union.
- (3) The transitional period is the period which—
 - (a) begins with the day appointed for the coming into force of section 13, and
 - (b) ends with the day appointed by the Lord Chancellor by order for the purposes of this paragraph.

- (4) Different days may be appointed under subsection (3)(b) for different purposes.
- (5) An order may be made under subsection (3)(b) only on the recommendation of the Board.

Alteration of reserved legal activities

24 Extension of the reserved legal activities

- (1) The Lord Chancellor may, by order, amend section 12 or Schedule 2 (reserved legal activities) so as to add any legal activity to the activities which are reserved legal activities for the purposes of this Act.
- (2) An order under subsection (1) may be made only on the recommendation of the Board.
- (3) Schedule 6 makes provision about the making of recommendations for the purposes of this section.
- (4) Where a recommendation is made in relation to an activity, the Lord Chancellor must –
 - (a) consider the report containing the recommendation given to the Lord Chancellor under paragraph 16(3)(a) of that Schedule,
 - (b) decide whether or not to make an order under this section in respect of the activity, and
 - (c) publish a notice of that decision,within the period of 90 days beginning with the day on which the report was given to the Lord Chancellor.
- (5) Where the Lord Chancellor decides not to make an order under this section in respect of an activity, the notice under subsection (4)(c) must state the reasons for that decision.

25 Provisional designation as approved regulators and licensing authorities

- (1) The Lord Chancellor may, by order, make provision –
 - (a) enabling applications to be made, considered and determined under Part 2 of Schedule 4 or Part 1 of Schedule 10 in relation to a provisional reserved activity, as if the activity were a reserved legal activity;
 - (b) enabling provisional designation orders to be made by the Lord Chancellor in respect of a provisional reserved activity, as if the activity were a reserved legal activity.
- (2) An order under subsection (1) may, in particular, provide that Part 2 of Schedule 4 or Part 1 of Schedule 10 is to apply, in relation to such cases as may be specified by the order, with such modifications as may be so specified.
- (3) The Lord Chancellor may also, by order, make provision –
 - (a) for the purpose of enabling applications for authorisation to carry on an activity which is a provisional reserved activity to be made to and considered and determined by –
 - (i) a body in respect of which a provisional designation order is made, or
 - (ii) the Board in its capacity as a licensing authority;

- (b) for the purpose of enabling persons to be deemed to be authorised to carry on an activity which is a new reserved legal activity by a relevant approved regulator in relation to the activity, or by the Board in its capacity as a licensing authority, for a period specified in the order.
- (4) For this purpose –
 - “provisional reserved activity” means an activity in respect of which a provisional report under paragraph 10 of Schedule 6 states that the Board is minded to make a recommendation for the purposes of section 24;
 - “provisional designation order” means an order made by the Lord Chancellor under Part 2 of Schedule 4 or Part 1 of Schedule 10 which is conditional upon the Lord Chancellor making an order under section 24 in respect of the provisional reserved activity, pursuant to a recommendation made by the Board following the provisional report;
 - “new reserved legal activity” means a legal activity which has become a reserved legal activity by virtue of an order under section 24.

26 Recommendations that activities should cease to be reserved legal activities

- (1) The Board may recommend that an activity should cease to be a reserved legal activity.
- (2) Schedule 6 makes provision about the making of recommendations for the purposes of this section.
- (3) The Lord Chancellor must consider any recommendation made by the Board for the purposes of this section (but nothing in section 208 (minor and consequential provision etc) authorises the Lord Chancellor to give effect to such a recommendation).
- (4) Where the Lord Chancellor disagrees with a recommendation (or any part of it), the Lord Chancellor must publish a notice to that effect which must include the Lord Chancellor’s reasons for disagreeing.

PART 4

REGULATION OF APPROVED REGULATORS

Introductory

27 Regulatory and representative functions of approved regulators

- (1) In this Act references to the “regulatory functions” of an approved regulator are to any functions the approved regulator has –
 - (a) under or in relation to its regulatory arrangements, or
 - (b) in connection with the making or alteration of those arrangements.
- (2) In this Act references to the “representative functions” of an approved regulator are to any functions the approved regulator has in connection with the representation, or promotion, of the interests of persons regulated by it.

- (7) Any provision made by an order under this section may be expressed to be conditional upon—
 - (a) the body to which the order relates being designated by an order under Part 2 of Schedule 4 as an approved regulator, or by an order under Part 1 of Schedule 10 as a licensing authority, in relation to one or more reserved legal activities specified in the proposed draft order, or
 - (b) the body to which the order relates becoming a designated qualifying regulator under section 86A of the Immigration and Asylum Act 1999 (c. 33).
- (8) The powers to make an order conferred by this section are without prejudice to any powers (statutory or non-statutory) which an approved regulator or other body may have apart from this section.

70 Procedural requirements relating to recommendations under section 69

- (1) A recommendation may be made under section 69 only with the consent of the approved regulator or other body to which the recommendation relates.
- (2) Before making a recommendation under that section, the Board must publish a draft of—
 - (a) the proposed recommendation, and
 - (b) the proposed draft order.
- (3) The draft must be accompanied by a notice which states that representations about the proposals may be made to the Board within a specified period.
- (4) Before making the recommendation, the Board must have regard to any representations duly made.
- (5) If the draft order to be annexed to the recommendation differs from the draft published under subsection (2)(b) in a way which is, in the opinion of the Board, material, the Board must, before making the recommendation, publish the draft order along with a statement detailing the changes made and the reasons for those changes.

PART 5

ALTERNATIVE BUSINESS STRUCTURES

Introductory

71 Carrying on of activities by licensed bodies

- (1) The provisions of this Part have effect for the purpose of regulating the carrying on of reserved legal activities and other activities by licensed bodies.
- (2) In this Act “licensed body” means a body which holds a licence in force under this Part.

72 “Licensable body”

- (1) A body (“B”) is a licensable body if a non-authorised person—
 - (a) is a manager of B, or
 - (b) has an interest in B.

- (2) A body (“B”) is also a licensable body if –
 - (a) another body (“A”) is a manager of B, or has an interest in B, and
 - (b) non-authorised persons are entitled to exercise, or control the exercise of, at least 10% of the voting rights in A.
- (3) For the purposes of this Act, a person has an interest in a body if –
 - (a) the person holds shares in the body, or
 - (b) the person is entitled to exercise, or control the exercise of, voting rights in the body.
- (4) A body may be licensable by virtue of both subsection (1) and subsection (2).
- (5) For the purposes of this Act, a non-authorised person has an indirect interest in a licensable body if the body is licensable by virtue of subsection (2) and the non-authorised person is entitled to exercise, or control the exercise of, voting rights in A.
- (6) In this Act “shares” means –
 - (a) in relation to a body with a share capital, allotted shares (within the meaning of the Companies Acts);
 - (b) in relation to a body with capital but no share capital, rights to share in the capital of the body;
 - (c) in relation to a body without capital, interests –
 - (i) conferring any right to share in the profits, or liability to contribute to the losses, of the body, or
 - (ii) giving rise to an obligation to contribute to the debts or expenses of the body in the event of a winding up;and references to the holding of shares, or to a shareholding, are to be construed accordingly.

Licensing authorities

73 Licensing authorities and relevant licensing authorities

- (1) In this Act “licensing authority” means –
 - (a) the Board, or
 - (b) an approved regulator which is designated as a licensing authority under Part 1 of Schedule 10 and whose licensing rules are approved for the purposes of this Act.
- (2) For the purposes of this Act –
 - (a) the Board is a licensing authority in relation to all reserved legal activities, and
 - (b) an approved regulator within subsection (1)(b) is a licensing authority in relation to any reserved legal activity in relation to which the designation is made.
- (3) The Board –
 - (a) may delegate any of its functions as a licensing authority to such persons as it considers appropriate;
 - (b) must take such steps as are necessary to ensure an appropriate financial and organisational separation between the activities of the Board that relate to the carrying out of its functions as a licensing authority and the other activities of the Board.

- (4) In this Part “relevant licensing authority” –
- (a) in relation to a licensed body, means the licensing authority by which the licensed body is authorised to carry on an activity which is a reserved legal activity;
 - (b) in relation to an applicant for a licence, means the licensing authority to which the application is made.

74 Designation of approved regulator as licensing authority

Part 1 of Schedule 10 makes provision for approved regulators to be designated, by order, as licensing authorities in relation to one or more reserved legal activities.

75 Automatic cancellation of designation as licensing authority

- (1) This section applies where a body is designated –
 - (a) as an approved regulator in relation to a reserved legal activity (“the activity”), and
 - (b) as a licensing authority in relation to the activity.
- (2) If the Lord Chancellor makes an order under section 45 cancelling the body’s designation as an approved regulator in relation to the activity, the body’s designation as a licensing authority in relation to the activity is also cancelled.
- (3) The cancellation takes effect at the same time as cancellation of the body’s designation as an approved regulator.

76 Cancellation of designation as licensing authority by order

- (1) The Lord Chancellor may by order cancel an approved regulator’s designation as a licensing authority –
 - (a) in relation to all the reserved legal activities in relation to which it is designated, or
 - (b) in relation to one or more, but not all, of those reserved legal activities, with effect from a date specified in the order.
- (2) But the Lord Chancellor may only make an order under subsection (1) in accordance with a recommendation made by the Board under subsection (3) or (5).
- (3) The Board must recommend that an order is made cancelling an approved regulator’s designation as a licensing authority in relation to one or more reserved legal activities, if –
 - (a) the approved regulator applies to the Board for such a recommendation to be made,
 - (b) the application is made in such form and manner as may be prescribed by rules made by the Board, and is accompanied by the prescribed fee, and
 - (c) the approved regulator publishes a notice giving details of the application in accordance with such requirements as may be specified in rules made by the Board.
- (4) In this section “the prescribed fee”, in relation to an application, means the fee specified in or determined in accordance with rules made by the Board, with the consent of the Lord Chancellor.

- (5) The Board may recommend that an order is made cancelling an approved regulator's designation as a licensing authority in relation to one or more reserved legal activities if it is satisfied –
 - (a) that an act or omission of the licensing authority (or a series of such acts or omissions) has had, or is likely to have, an adverse impact on one or more of the regulatory objectives, and
 - (b) that it is appropriate to cancel the approved regulator's designation in relation to the activity or activities in question in all the circumstances of the case (including in particular the impact of cancelling the designation on the other regulatory objectives).
- (6) The Board may not determine that it is appropriate to cancel an approved regulator's designation as a licensing authority in relation to an activity or activities unless it is satisfied that the matter cannot be adequately addressed by the Board exercising the powers available to it under sections 31 to 43.
- (7) Part 2 of Schedule 10 makes further provision about the making of recommendations under subsection (5).
- (8) If the Lord Chancellor decides not to make an order in response to a recommendation made under subsection (3) or (5), the Lord Chancellor must give the Board notice of the decision and the reasons for it.
- (9) The Lord Chancellor must publish a notice given under subsection (8).

77 Cancellation of designation: further provision

- (1) This section applies where an approved regulator ("the former authority") has its designation as a licensing authority in relation to one or more reserved legal activities cancelled –
 - (a) by virtue of section 75, or
 - (b) by an order under section 76.
- (2) The Lord Chancellor may by order make –
 - (a) such modifications of provisions made by or under any enactment (including this Act or any enactment passed after this Act), prerogative instrument or other instrument or document, and
 - (b) such transitional or consequential provision,as the Lord Chancellor considers necessary or expedient in consequence of the cancellation.
- (3) The Lord Chancellor may, by order, make transfer arrangements.
- (4) "Transfer arrangements" are arrangements in accordance with which each consenting licensed body is, from the time the cancellation takes effect, treated as being authorised to carry on each protected activity by virtue of a licence issued under this Part by a licensing authority, in relation to the protected activity, which consents to the transfer arrangements.
- (5) "Consenting licensed body" means a licensed body authorised by the former authority which consents to the transfer arrangements.
- (6) The transfer arrangements –
 - (a) must make such provision as is necessary to ensure that, where a licensed body is treated under those arrangements as being authorised to carry on a protected activity by the new authority, that licensed body is subject to the licensing rules of the new authority;

- (b) may make provision requiring amounts held by the former authority which represent amounts paid to it by way of licensing fees by the consenting licensed bodies (or a part of the amounts so held) to be paid to the new authority and treated as if they were amounts paid by those licensed bodies by way of licensing fees to the new authority.
- (7) Subsection (6)(a) is subject to any transitional provision which may be made by the transfer arrangements, including provision modifying the licensing rules of the new authority as they apply to the bodies to whom the transfer arrangements apply.
- (8) The Lord Chancellor may make an order under this section only if –
 - (a) the Board has made a recommendation in accordance with section 78, and
 - (b) the order is in the same form as, or in a form which is not materially different from, the draft order annexed to that recommendation.
- (9) For the purposes of this section –
 - (a) a licensed body is “authorised by the former authority” if immediately before the time the cancellation takes effect the body is, by virtue of a licence under this Part, authorised by the former authority to carry on an activity which is a reserved legal activity to which the cancellation relates, and
 - (b) in relation to that body –
 - (i) the activity which the body is authorised to carry on as mentioned in paragraph (a) is a “protected activity”, and
 - (ii) “the new authority” means the licensing authority by which (in accordance with transfer arrangements under subsection (4)) the body is treated as authorised to carry on a protected activity.
- (10) In this section “licensing fee”, in relation to a licensing authority, means a fee payable by a licensed body under the authority’s licensing rules made in accordance with paragraph 21 of Schedule 11.

78 The Board’s power to recommend orders made under section 77

- (1) The Board may recommend to the Lord Chancellor that the Lord Chancellor make an order under section 77 in the form of a draft order prepared by the Board and annexed to the recommendation.
- (2) Before making a recommendation under this section, the Board must publish a draft of –
 - (a) the proposed recommendation, and
 - (b) the proposed draft order.
- (3) The draft must be accompanied by a notice which states that representations about the proposals may be made to the Board within a specified period.
- (4) Before making the recommendation, the Board must have regard to any representations duly made.
- (5) If the draft order to be annexed to the recommendation differs from the draft published under subsection (2)(b) in a way which is, in the opinion of the Board, material, the Board must, before making the recommendation, publish the draft order along with a statement detailing the changes made and the reasons for those changes.

79 Cancellation of designation: powers of entry etc

- (1) This section applies where an approved regulator (“the former authority”) has its designation in relation to one or more reserved legal activities cancelled by virtue of section 75 or an order under section 76.
- (2) The Board may request the former authority to provide assistance to the new authority and the Board, for the purpose of continuing regulation.
- (3) On an application by a person appointed by the Board to act on its behalf, a judge of the High Court, Circuit judge or justice of the peace may issue a warrant authorising that person to—
 - (a) enter and search the premises of the former authority, and
 - (b) take possession of any written or electronic records found on the premises.
- (4) A person so authorised may, for the purpose of continuing regulation, take copies of written or electronic records found on a search carried out by virtue of the warrant.
- (5) The judge or justice of the peace may not issue the warrant unless satisfied that its issue is necessary or desirable for the purpose of continuing regulation.
- (6) The Lord Chancellor must make regulations—
 - (a) specifying further matters which a judge or justice of the peace must be satisfied of, or matters which a judge or justice of the peace must have regard to, before issuing a warrant, and
 - (b) regulating the exercise of a power conferred by a warrant issued under subsection (3) or by subsection (4) (whether by restricting the circumstances in which a power may be exercised, by specifying conditions to be complied with in the exercise of a power, or otherwise).
- (7) Regulations under subsection (6)(b) must in particular make provision as to circumstances in which written or electronic records of which a person has taken possession by virtue of a warrant issued under subsection (3) may be copied or must be returned.
- (8) But the Lord Chancellor may not make regulations under subsection (6) unless—
 - (a) they are made in accordance with a recommendation made by the Board, or
 - (b) the Lord Chancellor has consulted the Board about the making of the regulations.
- (9) The Board must make rules as to the persons it may appoint for the purposes of subsection (3).
- (10) For the purposes of this section—

“authorised by the former authority”, “protected activity” and “new authority” have the same meaning as for the purposes of section 77;

“the purpose of continuing regulation” means the purpose of enabling bodies authorised by the former authority to continue to be authorised and regulated in relation to the protected activity.

*Appeals***80 Functions of appellate bodies**

- (1) The Lord Chancellor may by order –
 - (a) establish a body to hear and determine appeals from decisions, made by a person specified in the order in the person's capacity as a licensing authority, which are appealable under this Part or licensing rules made by the person;
 - (b) modify, or make any other provision relating to, the functions of a body within subsection (2) or any other body, for the purpose of enabling the body to hear and determine appeals from such decisions.
- (2) The bodies mentioned in subsection (1)(b) are –
 - (a) the Solicitors Disciplinary Tribunal;
 - (b) the Discipline and Appeals Committee established by the Council of Licensed Conveyancers under section 25 of the Administration of Justice Act 1985 (c. 61).
- (3) The Lord Chancellor may make an order under subsection (1) only if –
 - (a) the Board has made a recommendation in accordance with section 81,
 - (b) a draft order was annexed to the recommendation, and
 - (c) the order is in the same form as, or not materially different from, that draft order.
- (4) An order under this section may –
 - (a) make provision as to the payment of fees, and award of costs, in relation to such appeals;
 - (b) modify provisions made by or under any enactment (including this Act or any Act passed after this Act), prerogative instrument or other instrument or document.
- (5) Any provision made by an order under this section may be expressed to be conditional upon the person specified in the order being designated by an order under Part 1 of Schedule 10 as a licensing authority in relation to one or more reserved legal activities.
- (6) The powers to make an order conferred by this section are without prejudice to any powers (statutory or non-statutory) which a body may have apart from this section.

81 Procedural requirements relating to recommendations under section 80

- (1) A recommendation may be made under section 80 only with the consent of –
 - (a) the person from whose decisions the appeals are to be made, and
 - (b) where the recommendation is for an order under section 80(1)(b), the body to which appeals are to be made.
- (2) Before making a recommendation under that section, the Board must publish a draft of –
 - (a) the proposed recommendation, and
 - (b) the proposed draft order.
- (3) The draft must be accompanied by a notice which states that representations about the proposals may be made to the Board within a specified period.

- (4) Before making any recommendation, the Board must have regard to any representations duly made.
- (5) If the draft order to be annexed to the recommendation differs from the draft published under subsection (2)(b) in a way which is, in the opinion of the Board, material, the Board must, before making the recommendation, publish the draft order along with a statement detailing the changes made and the reasons for those changes.

Policy statement

82 Licensing authority policy statement

- (1) Each licensing authority must prepare and issue a statement of policy as to how, in exercising its functions under this Part, it will comply with the requirements of section 28 (or, in the case of the Board, section 3) (duties to promote regulatory objectives etc).
- (2) A licensing authority may issue a statement under subsection (1) only with the approval of the Board (acting otherwise than in its capacity as a licensing authority or as an approved regulator).
- (3) A licensing authority may, with the approval of the Board (acting otherwise than in its capacity as a licensing authority or as an approved regulator), alter or replace a statement issued under this section.
- (4) If it does so, it must issue the altered or replacement statement.
- (5) In exercising its functions under this Part, a licensing authority must have regard to the statement issued by it under this section.
- (6) A licensing authority must publish a statement issued by it under this section.

Licensing rules

83 Licensing rules

- (1) The Board (acting in its capacity as a licensing authority) –
 - (a) must make suitable licensing rules before the end of the period of 12 months beginning with the day on which a licensable body first becomes entitled to make an application to it for a licence by virtue of a decision of the Board (acting otherwise than in its capacity as a licensing authority or as an approved regulator) under Schedule 12;
 - (b) may make or modify its licensing rules only with the approval of the Board (acting otherwise than in its capacity as a licensing authority or as an approved regulator).
- (2) In subsection (1)(a), “suitable licensing rules” means licensing rules which constitute suitable regulatory arrangements (within the meaning of Schedule 12) in respect of licensable bodies entitled by virtue of a decision under that Schedule to make an application to the Board for a licence.
- (3) Licensing rules made by an approved regulator have effect only at a time when the approved regulator is a licensing authority (subject to any provision made by an order under section 25).

- (4) Licensing rules of a licensing authority are rules as to –
 - (a) the licensing by the authority of licensable bodies, and
 - (b) the regulation by the licensing authority of licensable bodies licensed by it, and their managers and employees.
- (5) Licensing rules of a licensing authority must contain –
 - (a) appropriate qualification regulations in respect of licensable bodies to which the licensing authority proposes to issue licences under this Part,
 - (b) provision as to how the licensing authority, when considering the regulatory objectives (in compliance with its duties under section 3(2) or 28(2)) in connection with an application for a licence, should take account of the objective of improving access to justice,
 - (c) appropriate arrangements (including conduct rules, discipline rules and practice rules) under which the licensing authority will be able to regulate the conduct of bodies licensed by it, and their managers and employees,
 - (d) appropriate indemnification arrangements,
 - (e) appropriate compensation arrangements,
 - (f) the provision required by sections 52 and 54 (resolution of regulatory conflict) (including those provisions as applied by section 103),
 - (g) the provision required by sections 112 and 145 (requirements imposed in relation to the handling of complaints), and
 - (h) any other provision required to be contained in licensing rules by this Act.
- (6) Without prejudice to the generality of subsection (4), licensing rules of a licensing authority may contain any provision authorised by this Act.
- (7) Schedule 11 makes further provision as to the contents of licensing rules.
- (8) Subsections (5) to (7) are subject to –
 - (a) section 105 (which exempts trade unions from certain provisions), and
 - (b) section 106 (which provides for the modification of licensing rules in their application to bodies to which that section applies).
- (9) Licensing rules may not apply to bodies to which section 106 applies in a way which is different from the way they apply to other bodies, except by virtue of an order under that section.

Licensing

84 Application for licence

- (1) A licensing authority other than the Board must determine any application for a licence which is made to it.
- (2) The Board (acting in its capacity as a licensing authority) may determine an application for a licence which is made to it only if the applicant is entitled to make the application by virtue of a decision of the Board (acting otherwise than in its capacity as a licensing authority) under Schedule 12.
- (3) A licensing authority may not grant an application for a licence unless it is satisfied that if the licence is granted the applicant will comply with its licensing rules.

- (4) If the licensing authority grants an application for a licence, it must issue the licence as soon as reasonably practicable.
- (5) The licence has effect from the date on which it is issued.
- (6) References in this section to an application for a licence are to an application for a licence which is –
 - (a) made to a licensing authority by a licensable body, in accordance with the authority's licensing rules, and
 - (b) accompanied by the required application fee (if any).

85 Terms of licence

- (1) A licence issued under section 84 must specify –
 - (a) the activities which are reserved legal activities and which the licensed body is authorised to carry on by virtue of the licence, and
 - (b) any conditions subject to which the licence is granted.
- (2) If an order under section 106 has been made in relation to the licensed body, the licence must also specify the terms of the order.
- (3) In the case of a licensing authority other than the Board, the licence may authorise the licensed body to carry on activities which are reserved legal activities only if the licensing authority is designated in relation to the reserved legal activities in question.
- (4) A licence must be granted subject to the condition that –
 - (a) any obligation which may from time to time be imposed on the licensed body or a person within subsection (5) by or under the licensing authority's licensing rules is complied with, and
 - (b) any other obligations imposed on the licensed body or a person within that subsection by or under this or any other enactment (whether passed before or after this Act) are complied with.
- (5) The persons mentioned in subsection (4) are the managers and employees of a licensed body, and non-authorised persons having an interest or an indirect interest, or holding a material interest, in the licensed body (in their capacity as such).
- (6) A licence may be granted subject to such other conditions as the licensing authority considers appropriate.
- (7) Those conditions may include conditions as to the non-reserved activities which the licensed body may or may not carry on.
- (8) In this Part references to the terms of the licence are to the matters listed in subsections (1) and (2).

86 Modification of licence

- (1) A licensing authority may modify the terms of a licence granted by it –
 - (a) if the licensed body applies to the licensing authority, in accordance with its licensing rules, for it to do so;
 - (b) in such other circumstances as may be specified in its licensing rules.
- (2) If a licensed body is a body to which section 106 applies, the licensing authority may modify the terms of its licence in accordance with sections 106 and 107.

- (3) A licensing authority modifies the terms of a licensed body's licence by giving the licensed body notice in writing of the modifications; and the modifications have effect from the time the licensing authority gives the licensed body the notice or such later time as may be specified in the notice.
- (4) The licensing authority's power under this section is subject to –
 - (a) section 85(3) and (4), and
 - (b) licensing rules made under paragraph 6 of Schedule 11.

87 Registers of licensed bodies

- (1) Each licensing authority must keep a register containing the names and places of business of all bodies which hold or have held licences granted by the licensing authority.
- (2) Where any licence held by a body is for the time being suspended, the licensing authority shall cause that fact to be noted in the register in the entry for that body.
- (3) A licensing authority must provide facilities for making the information contained in the entries in its register available for inspection by any person during office hours and without payment.
- (4) The Board may make rules about –
 - (a) the register to be kept by the Board under this section, and
 - (b) the register to be kept under this section by each licensing authority designated under Part 1 of Schedule 10.
- (5) Rules under subsection (4) may in particular prescribe any further information which must be contained in an entry in the register in relation to a licensed body or former licensed body.

88 Evidence of status

- (1) A certificate signed by an officer of a licensing authority appointed for the purpose and stating one of the matters within subsection (2) is, unless the contrary is proved, evidence of the facts stated in the certificate.
- (2) The matters are that any person does or does not, or did or did not at any time, hold a licence granted by the licensing authority under this Part.
- (3) A certificate purporting to be so signed is to be taken to have been so signed unless the contrary is proved.

Ownership of licensed bodies

89 Ownership of licensed bodies

Schedule 13 makes provision about the holding of certain interests in licensed bodies by non-authorised persons.

Regulation of licensed bodies

90 Duties of non-authorised persons

A non-authorised person who is an employee or manager of a licensed body, or has an interest or an indirect interest, or holds a material interest, in a licensed body, must not do anything which causes or substantially contributes to a breach by –

- (a) the licensed body, or
 - (b) an employee or manager of the licensed body who is an authorised person in relation to an activity which is a reserved legal activity,
- of the duties imposed on them by section 176.

91 Duties of Head of Legal Practice

- (1) The Head of Legal Practice of a licensed body must –
 - (a) take all reasonable steps to ensure compliance with the terms of the licensed body's licence, and
 - (b) as soon as reasonably practicable, report to the licensing authority any failure to comply with the terms of the licence.
- (2) Subsection (1) does not apply to the terms of the licence so far as they require compliance with licensing rules made under paragraph 20 of Schedule 11 (accounts) (as to which see section 92).
- (3) The Head of Legal Practice of a licensed body must –
 - (a) take all reasonable steps to ensure that the licensed body, and any of its employees or managers who are authorised persons in relation to an activity which is a reserved legal activity, comply with the duties imposed by section 176, and
 - (b) as soon as reasonably practicable, report to the licensing authority such failures by those persons to comply with those duties as may be specified in licensing rules.
- (4) The Head of Legal Practice of a licensed body must –
 - (a) take all reasonable steps to ensure that non-authorised persons subject to the duty imposed by section 90 in relation to the licensed body comply with that duty, and
 - (b) as soon as reasonably practicable, report to the licensing authority any failure by a non-authorised person to comply with that duty.

92 Duties of Head of Finance and Administration

- (1) The Head of Finance and Administration of a licensed body must take all reasonable steps to ensure compliance with licensing rules made under paragraph 20 of Schedule 11 (accounts).
- (2) The Head of Finance and Administration must report any breach of those rules to the licensing authority as soon as reasonably practicable.

93 Information

- (1) The relevant licensing authority in relation to a licensed body may by notice require a person within subsection (2) –

- (a) to provide information, or information of a description, specified in the notice, or
 - (b) produce documents, or documents of a description, specified in the notice,for the purpose of enabling the licensing authority to ascertain whether the terms of the licensed body's licence are being, or have been, complied with.
- (2) The persons are –
 - (a) the licensed body;
 - (b) any manager or employee (or former manager or employee) of the licensed body;
 - (c) any non-authorised person who has an interest or an indirect interest, or holds a material interest, in the licensed body.
- (3) A notice under subsection (1) –
 - (a) may specify the manner and form in which any information is to be provided;
 - (b) must specify the period within which the information is to be provided or the document produced;
 - (c) may require the information to be provided, or the document to be produced, to the licensing authority or to a person specified in the notice.
- (4) The licensing authority may, by notice, require a person within subsection (2) (or a representative of such a person) to attend at a time and place specified in the notice to provide an explanation of any information provided or document produced under this section.
- (5) The licensing authority may pay to any person such reasonable costs as may be incurred by that person in connection with –
 - (a) the provision of any information, or production of any document, by that person pursuant to a notice under subsection (1), or
 - (b) that person's compliance with a requirement imposed under subsection (4).
- (6) The licensing authority, or a person specified under subsection (3)(c) in a notice, may take copies of or extracts from a document produced pursuant to a notice under subsection (1).
- (7) For the purposes of this section and section 94, references to a licensed body include a body which was, but is no longer, a licensed body.

94 Enforcement of notices under section 93

- (1) Where a person is unable to comply with a notice given to the person under section 93, the person must give the licensing authority a notice to that effect stating the reasons why the person cannot comply.
- (2) If a person refuses or otherwise fails to comply with a notice under section 93, the licensing authority may apply to the High Court for an order requiring the person to comply with the notice or with such directions for the like purpose as may be contained in the order.

95 Financial penalties

- (1) A licensing authority may, in accordance with its licensing rules, impose on a licensed body, or a manager or employee of a licensed body, a penalty of such amount as it considers appropriate.
- (2) The amount must not exceed the maximum amount prescribed under subsection (3).
- (3) The Board must make rules prescribing the maximum amount of a penalty which may be imposed under this section.
- (4) Rules may be made under subsection (3) only with the consent of the Lord Chancellor.
- (5) A penalty under this section is payable to the licensing authority.
- (6) For the purposes of this section –
 - (a) references to a licensed body are to a body which was a licensed body at the time the act or omission in respect of which the penalty is imposed occurred, and
 - (b) references to a manager or employee of a licensed body are to a person who was a manager or employee of a licensed body at that time,
(whether or not the body subsequently ceased to be a licensed body or the person subsequently ceased to be a manager or employee).
- (7) In sections 96 and 97 references to a “penalty” are to a penalty under this section.

96 Appeals against financial penalties

- (1) A person on whom a penalty is imposed under section 95 may, before the end of such period as may be prescribed by rules made by the Board, appeal to the relevant appellate body on one or more of the appeal grounds.
- (2) The appeal grounds are –
 - (a) that the imposition of the penalty is unreasonable in all the circumstances of the case;
 - (b) that the amount of the penalty is unreasonable;
 - (c) that it is unreasonable of the licensing authority to require the penalty imposed or any portion of it to be paid by the time or times by which it was required to be paid.
- (3) On any such appeal, where the relevant appellate body considers it appropriate to do so in all the circumstances of the case and is satisfied of one or more of the appeal grounds, that body may –
 - (a) quash the penalty,
 - (b) substitute a penalty of such lesser amount as it considers appropriate, or
 - (c) in the case of the appeal ground in subsection (2)(c), substitute for any time imposed by the licensing authority a different time or times.
- (4) Where the relevant appellate body substitutes a penalty of a lesser amount it may require the payment of interest on the substituted penalty at such rate, and from such time, as it considers just and equitable.

- (5) Where the relevant appellate body specifies as a time by which the penalty, or a portion of the penalty, is to be paid a time before the determination of the appeal under this section it may require the payment of interest on the penalty, or portion, from that time at such rate as it considers just and equitable.
- (6) A party to the appeal may appeal to the High Court on a point of law arising from the decision of the relevant appellate body, but only with the permission of the High Court.
- (7) The High Court may make such order as it thinks fit.
- (8) Except as provided by this section, the validity of a penalty is not to be questioned by any legal proceedings whatever.

97 Recovery of financial penalties

- (1) If the whole or any part of a penalty is not paid by the time by which, in accordance with licensing rules, it is required to be paid, the unpaid balance from time to time carries interest at the rate for the time being specified in section 17 of the Judgments Act 1838 (c. 110).
- (2) Where a penalty, or any portion of it, has not been paid by the time by which, in accordance with licensing rules, it is required to be paid and—
 - (a) no appeal relating to the penalty has been made under section 96 during the period within which such an appeal can be made, or
 - (b) an appeal has been made under that section and determined or withdrawn,the licensing authority may recover from the person on whom the penalty was imposed, as a debt due to the licensing authority, any of the penalty and any interest which has not been paid.
- (3) A licensing authority must pay into the Consolidated Fund any sum received by it as a penalty (or as interest on a penalty).

98 Referral of employees etc to appropriate regulator

- (1) The relevant licensing authority may refer to an appropriate regulator any matter relating to the conduct of—
 - (a) an employee or manager of a licensed body;
 - (b) a person designated as a licensed body's Head of Legal Practice or Head of Finance and Administration.
- (2) The licensing authority may also refer any matter relating to the conduct of such a person to the Board.
- (3) Appropriate regulators are—
 - (a) if the person is an authorised person in relation to a reserved legal activity, any relevant approved regulator in relation to that person, and
 - (b) if the person carries on non-reserved activities, any person who exercises regulatory functions in relation to the carrying on of such activities by the person.

99 Disqualification

- (1) A licensing authority may in accordance with its licensing rules disqualify a person from one or more of the activities mentioned in subsection (2) if—

- (a) the disqualification condition is satisfied in relation to the person, and
 - (b) the licensing authority is satisfied that it is undesirable for the person to engage in that activity or those activities.
- (2) The activities are –
 - (a) acting as Head of Legal Practice of any licensed body,
 - (b) acting as Head of Finance and Administration of any licensed body,
 - (c) being a manager of any licensed body, or
 - (d) being employed by any licensed body.
- (3) The disqualification condition is satisfied in relation to a person if, in relation to a licensed body licensed by the licensing authority, the person (intentionally or through neglect) –
 - (a) breaches a relevant duty to which the person is subject, or
 - (b) causes, or substantially contributes to, a significant breach of the terms of the licensed body's licence.
- (4) The relevant duties are –
 - (a) the duties imposed on a Head of Legal Practice by section 91,
 - (b) the duties imposed on a Head of Finance and Administration by section 92,
 - (c) the duties imposed by section 176 on regulated persons (within the meaning of that section), and
 - (d) the duty imposed on non-authorised persons by section 90.

100 Lists of disqualified persons

- (1) The Board must keep lists of persons who are disqualified from –
 - (a) acting as Head of Legal Practice of any licensed body,
 - (b) acting as Head of Finance and Administration of any licensed body,
 - (c) being a manager of any licensed body, or
 - (d) being employed by any licensed body.
- (2) A person is disqualified from acting in a way mentioned in subsection (1) if –
 - (a) the person has been disqualified from so acting by a licensing authority under section 99, and
 - (b) the disqualification continues in force.
- (3) The disqualification ceases to be in force if the appropriate licensing authority so determines, on a review or otherwise, in accordance with licensing rules made under paragraph 23 of Schedule 11.
- (4) The appropriate licensing authority is –
 - (a) the licensing authority which disqualified the person, or
 - (b) if the person was disqualified by an approved regulator which is no longer designated as a licensing authority, the successor licensing authority.
- (5) The successor licensing authority is –
 - (a) the licensing authority which licenses the body in relation to which the disqualification condition (within the meaning of section 99) was satisfied in respect of the person, or
 - (b) if there is no such licensing authority, the licensing authority designated by the Board on an application by the disqualified person.

- (6) The Board must publish the lists kept by it under subsection (1).

101 Suspension and revocation of licence

- (1) A licensing authority may, in accordance with its licensing rules, suspend or revoke any licence granted by it under this Part.
- (2) A licence is to be treated as not being in force at any time while it is suspended under this section.

102 Intervention

Schedule 14 confers powers of intervention on licensing authorities.

103 Regulatory conflict and the Board as licensing authority

- (1) Sections 52 and 54 (regulatory conflict between approved regulators and between approved regulators and other regulators) apply in relation to the Board in its capacity as a licensing authority and its licensing rules as they apply in relation to an approved regulator (including the Board in its capacity as approved regulator) and its regulatory arrangements.
- (2) Section 68 (regulatory conflict and the Board as approved regulator) applies in relation to the Board in its capacity as a licensing authority and its licensing rules as it applies in relation to the Board in its capacity as an approved regulator and its regulatory arrangements.

104 Prevention of regulatory conflict: accounts rules

- (1) Where a licensed body carries on an activity through a solicitor, the rules made under paragraph 20 of Schedule 11 apply instead of those made under sections 32 to 34 of the Solicitors Act 1974 (c. 47).
- (2) Where a licensed body carries on an activity through a licensed conveyancer, the rules made under paragraph 20 of Schedule 11 apply instead of those made under sections 22 and 23 of the Administration of Justice Act 1985 (c. 61).

Special kinds of body

105 Trade union exemptions

- (1) Paragraphs 11 to 14 of Schedule 11 (Head of Legal Practice and Head of Finance and Administration) do not apply in relation to a licensed body which is an independent trade union.
- (2) Schedule 13 (ownership) does not apply in relation to an applicant for a licence, or a licensed body, which is an independent trade union.

106 Power to modify application of licensing rules etc to special bodies

- (1) This section applies to a licensed body (or an applicant for a licence) which is –
- (a) an independent trade union,
 - (b) a not for profit body,
 - (c) a community interest company,

- (d) a low-risk body (see section 108), or
 - (e) a body of such other description as may be prescribed by order made by the Lord Chancellor on the recommendation of the Board.
- (2) A body to which this section applies may apply to the relevant licensing authority, in accordance with its licensing rules, for the authority to make an order under this section.
- (3) The licensing authority may make one or both of the following orders –
 - (a) that the authority’s licensing rules apply in relation to the body with such modifications as may be specified in the order;
 - (b) that Schedule 13 does not apply in relation to the body, or applies in relation to the body with such modifications as may be specified in the order.
- (4) On an application under subsection (2), the licensing authority may make any order which the authority –
 - (a) has power to make under subsection (3), and
 - (b) considers appropriate in all the circumstances of the case, whether or not it is the order for which the applicant applied.
- (5) In deciding what order (if any) is appropriate in all the circumstances of the case, the licensing authority must in particular have regard to –
 - (a) the reserved legal activities and non-reserved activities which the body carries on (or proposes to carry on),
 - (b) the nature of the persons to whom the body provides (or proposes to provide) services,
 - (c) any non-authorised persons who have an interest or an indirect interest in the licensed body or hold a material interest in the licensed body, or are managers of the body, and
 - (d) any other matter specified in the authority’s licensing rules.
- (6) If the licensing authority makes an order under subsection (3), the authority’s licensing rules or Schedule 13 or both (as the case may be) have effect in relation to that body in accordance with that order.
- (7) The licensing authority may not make an order under subsection (3)(a) in relation to provisions of its licensing rules made in accordance with the following paragraphs of Schedule 11 –
 - (a) paragraphs 2 and 3 (determination and review of applications for a licence);
 - (b) paragraphs 7 and 8 (applications under this section);
 - (c) paragraphs 9(3), 18 and 23 (disqualifications);
 - (d) paragraph 10(2) (management);
 - (e) paragraph 16 (carrying on of licensed activities);
 - (f) paragraph 24(1), (2), (3) and (8) (grounds for suspending and revoking licences);
 - (g) paragraph 24(10) and (11) (procedure for suspending or revoking licence);
 - (h) paragraph 26(2) (review of decision to suspend or revoke licence).
- (8) The licensing authority may not make an order under subsection (3)(a) which results in its licensing rules, as they apply in relation to the body to which the order relates, not making the provision required by –

- (a) section 83(5)(a) to (g);
 - (b) paragraph 1 of Schedule 11 (applications for licences);
 - (c) paragraph 4(3) of that Schedule (renewal of licences);
 - (d) paragraph 6 of that Schedule (modification of licence);
 - (e) paragraph 20 of that Schedule (accounts).
- (9) If the licensing authority's licensing rules, as they apply in relation to a body to which an order under subsection (3)(a) relates, make provision requiring the body to have –
 - (a) a Head of Legal Practice approved by the licensing authority, or
 - (b) a Head of Finance and Administration approved by the licensing authority,
 they must also provide for a review by the licensing authority of any decision by it to refuse or withdraw that approval.

107 Modifications under section 106: supplementary

- (1) This section applies where a licensing authority has made an order under section 106 in relation to a body to which that section applies.
- (2) The licensing authority must revoke the order under section 106 if it becomes aware that the body in respect of which the order was made is no longer a body to which that section applies.
- (3) The licensing authority may revoke or otherwise modify an order under section 106 –
 - (a) on the application of the body in relation to which the order was made, or
 - (b) of its own motion.
- (4) It may do so only if it considers it appropriate to do so in all the circumstances of the case, having regard to the matters mentioned in section 106(5).

108 “Low risk body”

- (1) A body (“B”) is a low risk body if the management condition and the ownership condition are satisfied in relation to it.
- (2) The management condition is that the number of managers of the body who are within subsection (4) is less than 10% of the total number of managers.
- (3) The ownership condition is that –
 - (a) the proportion of shares in B held by persons within subsection (4) is less than 10%, and
 - (b) the proportion of the voting rights in B which such persons are entitled to exercise, or control the exercise of, is less than 10%, and
 - (c) if B has a parent undertaking (“P”) –
 - (i) the proportion of shares in P held by such persons is less than 10%, and
 - (ii) the proportion of the voting rights in P which such persons are entitled to exercise, or control the exercise of, is less than 10%.
- (4) The persons within this subsection are –
 - (a) non-authorised persons;

- (b) licensed bodies.
- (5) For the purposes of this section “parent undertaking” has the same meaning as in the Financial Services and Markets Act 2000 (c. 8) (see section 420 of that Act).

109 Foreign bodies

The Lord Chancellor may by order make provision for the modification of any provision of this Part in its application to a body of persons formed under, or in so far as the body is recognised by, law having effect outside England and Wales.

Supplementary provision

110 Reporting requirements relating to Part 5

- (1) The Board’s annual report must deal with how, in the Board’s opinion, the activities of licensing authorities and licensed bodies have affected the regulatory objectives.
- (2) This section does not apply to an annual report for a financial year before the first financial year in which a licence is issued under this Part.
- (3) In this section “annual report” and “financial year” have the same meaning as in section 6.

111 Interpretation of Part 5

- (1) In this Part –
 - “licensed activity”, in relation to a licensed body, means an activity –
 - (a) which is a reserved legal activity, and
 - (b) which the licensed body is authorised to carry on by virtue of its licence;
 - “non-authorised person” means a person who is not within subsection (2);
 - “non-reserved activity” means an activity which is not a reserved legal activity;
 - “relevant appellate body”, in relation to decisions made by a licensing authority under this Part, means the body having power to hear appeals from those decisions (whether by virtue of an order under section 80 or otherwise).
- (2) The following persons are within this subsection –
 - (a) an authorised person in relation to an activity which constitutes a reserved legal activity,
 - (b) a registered foreign lawyer (within the meaning of section 89 of the Courts and Legal Services Act 1990 (c. 41)),
 - (c) a person entitled to pursue professional activities under a professional title to which the Directive applies in a state to which the Directive applies (other than the title of barrister or solicitor in England and Wales),
 - (d) a body which provides professional services such as are provided by persons within paragraph (a) or lawyers of other jurisdictions, and all the managers of which and all the persons with an interest in which –

- (i) are within paragraphs (a) to (c), or
 - (ii) are bodies in which persons within paragraphs (a) to (c) are entitled to exercise, or control the exercise of, more than 90% of the voting rights.
- (3) In subsection (2)(c) “the Directive” means Directive 98/5/EC of the European Parliament and the Council, to facilitate practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained.

PART 6

LEGAL COMPLAINTS

Complaints procedures of authorised persons

112 Complaints procedures of authorised persons

- (1) The regulatory arrangements of an approved regulator must make provision requiring each relevant authorised person –
 - (a) to establish and maintain procedures for the resolution of relevant complaints, or
 - (b) to participate in, or make arrangements to be subject to, such procedures established and maintained by another person, and provision for the enforcement of that requirement.
- (2) The provision made for the purposes of subsection (1) must satisfy such requirements as the Board may, from time to time, specify for the purposes of that subsection.
- (3) In this section –
 - “relevant authorised person”, in relation to an approved regulator, means a person in relation to whom the approved regulator is a relevant approved regulator;
 - “relevant complaint”, in relation to a relevant authorised person, means a complaint which –
 - (a) relates to an act or omission of that person, and
 - (b) may be made under the scheme provided for by this Part.
- (4) The Board must publish any requirements specified by it for the purposes of subsection (2).
- (5) This section applies in relation to the licensing rules of the Board as it applies in relation to the regulatory arrangements of an approved regulator except that subsection (3) has effect as if for the definition of “relevant authorised person” there were substituted –
 - ““relevant authorised person”, in relation to the Board, means a person licensed by the Board under Part 5;”.

Overview of the scheme

113 Overview of the scheme

- (1) This Part provides for a scheme under which complaints which –

SCHEDULE 2

Section 12

THE RESERVED LEGAL ACTIVITIES

Introduction

- 1 This Schedule makes provision about the reserved legal activities.
- 2 In this Schedule “the appointed day” means the day appointed for the coming into force of section 13 (entitlement to carry on reserved legal activities).

Rights of audience

- 3 (1) A “right of audience” means the right to appear before and address a court, including the right to call and examine witnesses.
(2) But a “right of audience” does not include a right to appear before or address a court, or to call or examine witnesses, in relation to any particular court or in relation to particular proceedings, if immediately before the appointed day no restriction was placed on the persons entitled to exercise that right.

Conduct of litigation

- 4 (1) The “conduct of litigation” means –
 - (a) the issuing of proceedings before any court in England and Wales,
 - (b) the commencement, prosecution and defence of such proceedings, and
 - (c) the performance of any ancillary functions in relation to such proceedings (such as entering appearances to actions).
(2) But the “conduct of litigation” does not include any activity within paragraphs (a) to (c) of sub-paragraph (1), in relation to any particular court or in relation to any particular proceedings, if immediately before the appointed day no restriction was placed on the persons entitled to carry on that activity.

Reserved instrument activities

- 5 (1) “Reserved instrument activities” means –
 - (a) preparing any instrument of transfer or charge for the purposes of the Land Registration Act 2002 (c. 9);
 - (b) making an application or lodging a document for registration under that Act;
 - (c) preparing any other instrument relating to real or personal estate for the purposes of the law of England and Wales or instrument relating to court proceedings in England and Wales.
(2) But “reserved instrument activities” does not include the preparation of an instrument relating to any particular court proceedings if, immediately before the appointed day, no restriction was placed on the persons entitled to carry on that activity.
(3) In this paragraph “instrument” includes a contract for the sale or other disposition of land (except a contract to grant a short lease), but does not include –

- (a) a will or other testamentary instrument,
 - (b) an agreement not intended to be executed as a deed, other than a contract that is included by virtue of the preceding provisions of this sub-paragraph,
 - (c) a letter or power of attorney, or
 - (d) a transfer of stock containing no trust or limitation of the transfer.
- (4) In this paragraph a “short lease” means a lease such as is referred to in section 54(2) of the Law of Property Act 1925 (c. 20) (short leases).

Probate activities

- 6 (1) “Probate activities” means preparing any probate papers for the purposes of the law of England and Wales or in relation to any proceedings in England and Wales.
- (2) In this paragraph “probate papers” means papers on which to found or oppose—
- (a) a grant of probate, or
 - (b) a grant of letters of administration.

Notarial activities

- 7 (1) “Notarial activities” means activities which, immediately before the appointed day, were customarily carried on by virtue of enrolment as a notary in accordance with section 1 of the Public Notaries Act 1801 (c. 79).
- (2) Sub-paragraph (1) does not include activities carried on—
- (a) by virtue of section 22 or 23 of the Solicitors Act 1974 (c. 47) (reserved instrument activities and probate activities), or
 - (b) by virtue of section 113 of the Courts and Legal Services Act 1990 (c. 41)(administration of oaths).

Administration of oaths

- 8 The “administration of oaths” means the exercise of the powers conferred on a commissioner for oaths by—
- (a) the Commissioners for Oaths Act 1889 (c. 10);
 - (b) the Commissioners for Oaths Act 1891 (c. 50);
 - (c) section 24 of the Stamp Duties Management Act 1891 (c. 38).

SCHEDULE 3

Section 19

EXEMPT PERSONS

Rights of audience

- 1 (1) This paragraph applies to determine whether a person is an exempt person for the purpose of exercising a right of audience before a court in relation to any proceedings (subject to paragraph 7).
- (2) The person is exempt if the person—
- (a) is not an authorised person in relation to that activity, but

- (b) has a right of audience granted by that court in relation to those proceedings.
- (3) The person is exempt if the person –
 - (a) is not an authorised person in relation to that activity, but
 - (b) has a right of audience before that court in relation to those proceedings granted by or under any enactment.
- (4) The person is exempt if the person is the Attorney General or the Solicitor General and –
 - (a) the name of the person is on the roll kept by the Law Society under section 6 of the Solicitors Act 1974 (c. 47), or
 - (b) the person has been called to the Bar by an Inn of Court.
- (5) The person is exempt if the person is the Advocate General for Scotland and is admitted –
 - (a) as a solicitor in Scotland under section 6 of the Solicitors (Scotland) Act 1980 (c. 46), or
 - (b) to practise as an advocate before the courts of Scotland.
- (6) The person is exempt if the person –
 - (a) is a party to those proceedings, and
 - (b) would have a right of audience, in the person’s capacity as such a party, if this Act had not been passed.
- (7) The person is exempt if –
 - (a) the person is an individual whose work includes assisting in the conduct of litigation,
 - (b) the person is assisting in the conduct of litigation –
 - (i) under instructions given (either generally or in relation to the proceedings) by an individual to whom sub-paragraph (8) applies, and
 - (ii) under the supervision of that individual, and
 - (c) the proceedings are being heard in chambers in the High Court or a county court and are not reserved family proceedings.
- (8) This sub-paragraph applies to –
 - (a) any authorised person in relation to an activity which constitutes the conduct of litigation;
 - (b) any person who by virtue of section 193 is not required to be entitled to carry on such an activity.
- (9) The person is an exempt person in relation to the exercise of a right of audience in proceedings on an appeal from the Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks to the Patents Court under the Patents Act 1977 (c. 37), if the person is a solicitor of the Court of Judicature of Northern Ireland.
- (10) For the purposes of this paragraph –
 - “family proceedings” has the same meaning as in the Matrimonial and Family Proceedings Act 1984 (c. 42) and also includes any other proceedings which are family proceedings for the purposes of the Children Act 1989 (c. 41);
 - “reserved family proceedings” means such category of family proceedings as the Lord Chancellor may, after consulting the

President of the Law Society and with the concurrence of the President of the Family Division, by order prescribe; and any order made under section 27(9) of the Courts and Legal Services Act 1990 (c. 41) before the day appointed for the coming into force of this paragraph is to have effect on and after that day as if it were an order made under this sub-paragraph.

Conduct of litigation

- 2 (1) This paragraph applies to determine whether a person is an exempt person for the purpose of carrying on any activity which constitutes the conduct of litigation in relation to any proceedings (subject to paragraph 7).
- (2) The person is exempt if the person –
- (a) is not an authorised person in relation to that activity, but
 - (b) has a right to conduct litigation granted by a court in relation to those proceedings.
- (3) The person is exempt if the person –
- (a) is not an authorised person in relation to that activity, but
 - (b) has a right to conduct litigation in relation to those proceedings granted by or under any enactment.
- (4) The person is exempt if the person –
- (a) is a party to those proceedings, and
 - (b) would have a right to conduct the litigation, in the person’s capacity as such a party, if this Act had not been passed.
- (5) The person is an exempt person in relation to any activity which is carried on in or in connection with proceedings on an appeal from the Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks to the Patents Court under the Patents Act 1977 (c. 37), if the person is a solicitor of the Court of Judicature of Northern Ireland.

Reserved instrument activities

- 3 (1) This paragraph applies to determine whether a person is an exempt person for the purpose of carrying on any activity which constitutes reserved instrument activities (subject to paragraph 7).
- (2) The person is exempt if the person prepares the instruments or applications in the course of the person’s duty as a public officer.
- (3) The person (“E”) is exempt if –
- (a) E is an individual,
 - (b) E carries on the activity at the direction and under the supervision of another individual (“P”),
 - (c) when E does so, P and E are connected, and
 - (d) P is entitled to carry on the activity, otherwise than by virtue of sub-paragraph (10).
- (4) For the purposes of sub-paragraph (3), P and E are connected if –
- (a) P is E’s employer,
 - (b) P is a fellow employee of E,

- (c) P is a manager or employee of a body which is an authorised person in relation to the activity, and E is also a manager or employee of that body.
- (5) If the person is an accredited person, the person is exempt to the extent that the activity consists of the preparation of any instrument—
 - (a) which creates, or which the person believes on reasonable grounds will create, a farm business tenancy (within the meaning of the Agricultural Tenancies Act 1995 (c. 8)), or
 - (b) which relates to an existing tenancy which is, or which the person believes on reasonable grounds to be, such a tenancy.
- (6) In sub-paragraph (5) “accredited person” means a person who is—
 - (a) a Fellow of the Central Association of Agricultural Valuers, or
 - (b) a Member or Fellow of the Royal Institution of Chartered Surveyors.
- (7) The person is exempt to the extent that the activity carried on by the person is also a reserved legal activity within sub-paragraph (8) and the person is—
 - (a) authorised to carry on that activity (other than under Part 5) by a relevant approved regulator in relation to the activity,
 - (b) authorised to carry on that activity by a licence under Part 5, or
 - (c) an exempt person in relation to that activity by virtue of paragraph 1 or 2 of this Schedule.
- (8) The activities are—
 - (a) the exercise of a right of audience;
 - (b) the conduct of litigation.
- (9) The person is exempt if the person is employed merely to engross the instrument or application.
- (10) The person is exempt if the person is an individual who carries on the activity otherwise than for, or in expectation of, any fee, gain or reward.
- (11) The person is exempt if—
 - (a) the person is a person qualified to practise as a solicitor in Scotland in accordance with section 4 of the Solicitors (Scotland) Act 1980 (c. 46), and
 - (b) the reserved instrument activities fall within paragraph 5(1)(c) of Schedule 2 (preparation of certain instruments relating to real or personal property or legal proceedings).

Probate activities

- 4 (1) This paragraph applies to determine whether a person is an exempt person for the purpose of carrying on any activity which constitutes probate activities (subject to paragraph 7).
- (2) The person (“E”) is an exempt person if—
 - (a) E is an individual,
 - (b) E provides the probate activities at the direction and under the supervision of another individual (“P”),
 - (c) when E does so, P and E are connected, and
 - (d) P is entitled to carry on the activity, otherwise than by virtue of sub-paragraph (4).

- (3) For the purposes of sub-paragraph (2), P and E are connected if –
 - (a) P is E's employer,
 - (b) P is a fellow employee of E,
 - (c) P is a manager or employee of a body which is an authorised person in relation to the activity, and E is also a manager or employee of that body.
- (4) The person is exempt if the person is an individual who carries on the activity otherwise than for, or in expectation of, any fee, gain or reward.

Notarial activities

- 5 (1) This paragraph applies to determine whether a person is an exempt person for the purpose of carrying on any activity which constitutes notarial activities (subject to paragraph 7).
- (2) The person is exempt if the person is not an authorised person in relation to that activity under this Act, but is authorised to carry on that activity by or by virtue of any other enactment.
- (3) The person is exempt if section 14 of the Public Notaries Act 1801 (c. 79) applies to the person, and –
 - (a) where that section applies by virtue of the person holding or exercising an office or appointment, the person carries on the activity for ecclesiastical purposes;
 - (b) where that section applies by virtue of the person performing a public duty or service under government, the person carries on the activity in the course of performing that duty or service.
- (4) The person is exempt if the person is an individual who carries on the notarial activities otherwise than for or in expectation of a fee, gain or reward.

Administration of oaths

- 6 (1) This paragraph applies to determine whether a person is an exempt person for the purpose of carrying on any activity which constitutes the administration of oaths (subject to paragraph 7).
- (2) The person is exempt if the person is not an authorised person in relation to that activity under this Act, but is authorised to carry on that activity by or by virtue of any other enactment.
- (3) The person is exempt if the person has a commission under section 1(1) of the Commissioners for Oaths Act 1889 (c. 10).

European lawyers

- 7 A European lawyer (within the meaning of the European Communities (Services of Lawyers) Order 1978 (S.I. 1978/1910)) is an exempt person for the purposes of carrying on an activity which is a reserved legal activity and which the European lawyer is entitled to carry on by virtue of that order.

Employers etc acting through exempt person

- 8 (1) This paragraph applies where –

- (a) a person (“P”) carries on an activity (“the relevant activity”) which is a reserved legal activity,
 - (b) P carries on the relevant activity by virtue of an employee of P (“E”) carrying it on in E’s capacity as such an employee, and
 - (c) E is an exempt person in relation to the relevant activity.
- (2) P is an exempt person in relation to the relevant activity to the extent that P carries on that activity by virtue of E so carrying it on.
- (3) This paragraph does not apply where E—
- (a) carries on the relevant activity at the direction and under the supervision of an authorised person in relation to that activity, and
 - (b) is exempt in relation to that activity by virtue of paragraph 1(7), 3(3) or 4(2).
- (4) If P is a body, in this paragraph references to an employee of P include references to a manager of P.

Further exempt persons

- 9 (1) The Lord Chancellor may, by order, amend this Schedule so as to provide—
- (a) for persons to be exempt persons in relation to any activity which is a reserved legal activity (including any activity which is a reserved legal activity by virtue of an order under section 24 (extension of reserved legal activities)),
 - (b) for persons to cease to be such persons, or
 - (c) for the amendment of any provision made in respect of an exempt person.
- (2) The Lord Chancellor may make an order under sub-paragraph (1) only on the recommendation of the Board.

SCHEDULE 4

Section 20

APPROVED REGULATORS

PART 1

EXISTING REGULATORS

- 1 (1) Each body listed in the first column of the Table in this paragraph is an approved regulator.
- (2) Each body so listed is an approved regulator in relation to the reserved legal activities listed in relation to it in the second column of the Table.

Table

<i>Approved regulator</i>	<i>Reserved legal activities</i>
The Law Society	The exercise of a right of audience. The conduct of litigation. Reserved instrument activities. Probate activities. The administration of oaths.
The General Council of the Bar	The exercise of a right of audience. The conduct of litigation. Reserved instrument activities. Probate activities. The administration of oaths.
The Master of the Faculties	Reserved instrument activities. Probate activities. Notarial activities. The administration of oaths.
The Institute of Legal Executives	The exercise of a right of audience. The administration of oaths.
The Council for Licensed Conveyancers	Reserved instrument activities. The administration of oaths.
The Chartered Institute of Patent Attorneys	The exercise of a right of audience. The conduct of litigation. Reserved instrument activities. The administration of oaths.
The Institute of Trade Mark Attorneys	The exercise of a right of audience. The conduct of litigation. Reserved instrument activities. The administration of oaths.
The Association of Law Costs Draftsmen	The exercise of a right of audience. The conduct of litigation. The administration of oaths.

- 2 (1) The regulatory arrangements of a listed body, as they have effect immediately before paragraph 1 comes into force, are to be treated as having been approved by the Board for the purposes of this Act at the time that paragraph comes into force.
- (2) “Listed body” means a body listed in the first column of the Table in paragraph 1 as that Table has effect at the time that paragraph comes into force.
- (3) Sub-paragraph (1) is without prejudice to the Board’s power to give directions under section 32 (powers to direct an approved regulator to take steps in certain circumstances, including steps to amend its regulatory arrangements).

- (a) any advice duly given under paragraphs 20 to 23,
 - (b) any representations duly made under paragraph 18 or 25, and
 - (c) any other information which the Board considers relevant,

the Board must decide whether to make the proposed recommendation.
- (2) The Board must give notice of its decision (“the decision notice”) to the licensing authority and to the Lord Chancellor.
- (3) If the Board decides to make the proposed recommendation, the decision notice must –
 - (a) contain the recommendation, and
 - (b) state why the Board is satisfied of the matters mentioned in section 76(5)(a) and (b).
- (4) The Board must publish the decision notice.

SCHEDULE 11

Section 83

LICENSING RULES

PART 1

LICENSING PROCEDURE

Applications for licences

- 1 (1) Licensing rules must make provision about the form and manner in which applications for licences are to be made, and the fee (if any) which is to accompany an application.
- (2) They may make provision about –
 - (a) the information which applications must contain, and
 - (b) the documents which must accompany applications.

Determination of applications

- 2 (1) Licensing rules must make the following provision about the determination of applications for licences.
- (2) Before the end of the decision period the licensing authority must –
 - (a) decide the application,
 - (b) notify the applicant of its decision, and
 - (c) if it decides to refuse the application, set out in the notice the reasons for the refusal.
- (3) The decision period is the period of 6 months beginning with the day on which the application is made to the licensing authority in accordance with its licensing rules.
- (4) The licensing authority may, on one or more occasions, give the applicant a notice (an “extension notice”) extending the decision period by a period specified in the notice.
- (5) But –

- (a) an extension notice may only be given before the time when the decision period would end, but for the extension notice, and
 - (b) the total decision period must not exceed 9 months.
- (6) An extension notice must set out the reasons for the extension.

Review of determination

- 3 Licensing rules must make provision for review by the licensing authority of –
 - (a) a decision to refuse an application for a licence;
 - (b) if a licence is granted, the terms of the licence.

Period of licence and renewal

- 4 (1) The licensing rules may make provision –
 - (a) limiting the period for which any licence is (subject to the provision of this Part of this Schedule and of the licensing rules) to remain in force;
 - (b) about the renewal of licences, including provision about the form and manner in which an application for the renewal is to be made, and the fee (if any) which is to accompany an application.
- (2) The licensing rules may make provision about –
 - (a) the information which applications for renewal must contain, and
 - (b) the documents which must accompany applications.
- (3) Licensing rules must provide that a licence issued to a licensed body by the licensing authority ceases to have effect if the licensed body is issued with a licence by another licensing authority.

Continuity of licences

- 5 (1) Licensing rules may make provision about the effect, on a licence issued to a partnership or other unincorporated body (“the existing body”), of any change in the membership of the existing body.
- (2) The provision which may be made includes provision for the existing body’s licence to be transferred where the existing body ceases to exist and another body succeeds to the whole or substantially the whole of its business.

Modification of licences

- 6 (1) Licensing rules must make provision about the form and manner in which applications are to be made for modification of the terms of a licence under section 86, and the fee (if any) which is to accompany the application.
- (2) They may make provision as to the circumstances in which the licensing authority may modify the terms of a licence under section 86 without an application being made.
- (3) They must make provision for review by the licensing authority of –
 - (a) a decision to refuse an application for modification of the terms of a licence;
 - (b) if the licensing authority makes licensing rules under sub-paragraph (2), a decision under those rules to modify the terms of a licence.

Modifications under section 106 or 107

- 7
 - (1) Licensing rules must make provision about the form and manner in which applications are to be made under section 106 or 107, and the fee (if any) which is to accompany the application.
 - (2) They may make provision as to the matters to which the licensing authority must have regard in determining whether to make an order under section 106, or to revoke or modify such an order.
 - (3) They must make provision for review by the licensing authority of—
 - (a) a decision to refuse an application under those sections;
 - (b) the terms of any order made under section 106 or any decision under section 107.
- 8
 - (1) Licensing rules must make the following provision in relation to licensed bodies to which section 106 applies (“special bodies”), and in relation to which an order under section 106 has been made.
 - (2) If a special body becomes a special body of a different kind, it must notify the licensing authority of that fact before the end of the relevant period.
 - (3) If a special body ceases to be a special body, it must notify the licensing authority of that fact before the end of the relevant period.
 - (4) The relevant period is the period of 30 days (or such longer period as may be specified in licensing rules) beginning with the day on which the body first became a special body of a different kind, or ceased to be a special body.
 - (5) Licensing rules may make provision requiring a special body to provide the licensing authority with such information relevant to the matters mentioned in section 106(5) as may be specified in the licensing rules.

PART 2

STRUCTURAL REQUIREMENTS

Management

- 9
 - (1) Licensing rules must require a licensed body to comply with the following requirement at all times.
 - (2) At least one of the licensed body’s managers must be a person (other than a licensed body) who is an authorised person in relation to a licensed activity.
 - (3) No manager of the licensed body may be a person who under this Part of this Act is disqualified from acting as a manager of a licensed body.
- 10
 - (1) Licensing rules may make further provision as to—
 - (a) the managers of licensed bodies, and
 - (b) the arrangements for the management by them of the licensed body and its activities.
 - (2) They must not require all the managers of a licensed body to be authorised persons in relation to a reserved legal activity.

Head of Legal Practice

- 11 (1) Licensing rules must include the following requirements.
- (2) A licensed body must at all times have an individual –
- (a) who is designated as Head of Legal Practice, and
 - (b) whose designation is approved by the licensing authority.
- (3) A designation of an individual as Head of Legal Practice has effect only while the individual –
- (a) consents to the designation,
 - (b) is an authorised person in relation to one or more of the licensed activities, and
 - (c) is not under this Part of this Act disqualified from acting as Head of Legal Practice of a licensed body.
- (4) The licensing authority may approve a person's designation only if it is satisfied that the person is a fit and proper person to carry out the duties imposed by section 91 in relation to that body.
- (5) The licensing authority may approve a person's designation in the course of determining an application for a licence under section 84.
- (6) If the licensing authority is satisfied that the person designated as a licensed body's Head of Legal Practice has breached a duty imposed by section 91, it may withdraw its approval of that person's designation.
- 12 (1) Licensing rules must make provision –
- (a) about the procedures and criteria that will be applied by the licensing authority when determining under paragraph 11(4) whether an individual is a fit and proper person;
 - (b) for a review by the licensing authority of a determination under that paragraph that an individual is not a fit and proper person;
 - (c) about the procedures and criteria that will be applied by the licensing authority in determining under paragraph 11(6) whether to withdraw its approval;
 - (d) for a review by the licensing authority of a determination under that paragraph to withdraw its approval;
 - (e) about the procedure which is to apply where a licensed body ceases to comply with the requirement imposed by virtue of paragraph 11(2).
- (2) Rules made in accordance with sub-paragraph (1)(e) may in particular provide that the requirement imposed by virtue of paragraph 11(2) is suspended until such time as may be specified by the licensing authority if the licensed body complies with such other requirements as may be specified in the rules.

Head of Finance and Administration

- 13 (1) Licensing rules must include the following requirements.
- (2) A licensed body must at all times have an individual –
- (a) who is designated as Head of Finance and Administration, and
 - (b) whose designation is approved by the licensing authority.

- (3) A designation of an individual as Head of Finance and Administration has effect only while the individual –
 - (a) consents to the designation, and
 - (b) is not under this Part of this Act disqualified from acting as Head of Finance and Administration of a licensed body.
 - (4) The licensing authority may approve a person’s designation only if it is satisfied that the person is a fit and proper person to carry out the duties imposed by section 92 in relation to that body.
 - (5) The licensing authority may approve a person’s designation in the course of determining an application for a licence under section 84.
 - (6) If the licensing authority is satisfied that the person designated as a licensed body’s Head of Finance and Administration has breached a duty imposed by section 92, it may withdraw its approval of that person’s designation.
- 14 (1) Licensing rules must make provision –
- (a) about the procedures and criteria that will be applied by the licensing authority when determining under paragraph 13(4) whether an individual is a fit and proper person;
 - (b) for a review by the licensing authority of a determination under that paragraph that an individual is not a fit and proper person;
 - (c) about the procedures and criteria that will be applied by the licensing authority in determining under paragraph 13(6) whether to withdraw its approval;
 - (d) for a review by the licensing authority of a determination under that paragraph to withdraw its approval;
 - (e) about the procedure which is to apply where a licensed body ceases to comply with the requirement imposed by virtue of paragraph 13(2).
- (2) The rules made in accordance with sub-paragraph (1)(e) may in particular provide that the requirement imposed by virtue of sub-paragraph 13(2) is suspended until such time as may be specified by the licensing authority if the licensed body complies with such other requirements as may be specified in the rules.

PART 3

PRACTICE REQUIREMENTS

Practising address

- 15 (1) Licensing rules must require a licensed body, other than one to which sub-paragraph (3) applies, at all times to have a practising address in England and Wales.
- (2) For this purpose “practising address”, in relation to a licensed body, means an address from which the body provides services which consist of or include the carrying on of reserved legal activities.
- (3) This sub-paragraph applies to a licensed body –
- (a) which is a company or limited liability partnership, and
 - (b) the registered office of which is situated in England and Wales (or in Wales).

Licensed activities

- 16 Licensing rules must provide that a licensed body may carry on a licensed activity only through a person who is entitled to carry on the activity.

Compliance with regulatory arrangements etc

- 17 (1) Licensing rules must include the following provision.
- (2) A licensed body must at all times have suitable arrangements in place to ensure that –
- (a) it, and its managers and employees, comply with the duties imposed by section 176, and
- (b) it, and any person to whom sub-paragraph (3) applies, maintain the professional principles set out in section 1(3).
- (3) This sub-paragraph applies to any manager or employee of the licensed body who is an authorised person in relation to an activity which is a reserved legal activity.
- (4) A licensed body must at all times have suitable arrangements in place to ensure that non-authorised persons subject to the duty imposed by section 90 in relation to the licensed body comply with that duty.
- (5) Licensing rules may make provision as to the arrangements which are suitable for the purposes of rules made under sub-paragraphs (2) and (4).

Disqualified employees

- 18 (1) Licensing rules must include the following requirement.
- (2) A licensed body may not employ a person who under this Part of this Act is disqualified from being an employee of a licensed body.

Indemnification arrangements and compensation arrangements

- 19 (1) For the purpose of giving effect to indemnification arrangements and compensation arrangements, licensing rules may –
- (a) authorise or require the licensing authority to establish and maintain a fund or funds;
- (b) authorise or require the licensing authority to take out and maintain insurance with authorised insurers;
- (c) require licensed bodies or licensed bodies of any specific description to take out and maintain insurance with authorised insurers.
- (2) In this paragraph “authorised insurer” has the same meaning as in section 64.

Accounts

- 20 (1) The licensing rules must make provision as to the treatment of money within sub-paragraph (2), and the keeping of accounts in respect of such money.
- (2) The money referred to in sub-paragraph (1) is money (including money held on trust) which is received, held or dealt with by the licensed body, its managers and employees for clients or other persons.

PART 4

REGULATION

Fees

- 21 (1) The licensing rules must require licensed bodies to pay periodical fees to the licensing authority.
- (2) The rules may provide for the payment of different fees by different descriptions of licensed body.

Financial penalties

- 22 The licensing rules must make provision as to –
- (a) the acts and omissions in respect of which the licensing authority may impose a penalty under section 95, and
 - (b) the criteria and procedure to be applied by the licensing authority in determining whether to impose a penalty under that section, and the amount of any penalty.

Disqualifications

- 23 (1) Licensing rules must make provision as to the criteria and procedure to be applied by the licensing authority in determining whether a person should be disqualified under section 99.
- (2) Licensing rules must make provision –
- (a) for a review by the licensing authority of a determination by the licensing authority that a person should be disqualified;
 - (b) as to the criteria and procedure to be applied by the licensing authority in determining whether a person's disqualification should cease to be in force;
 - (c) requiring the licensing authority to notify the Board of any determination by the licensing authority that a person should be disqualified, of the results of any review of that determination, and of any decision by the licensing authority that a person's disqualification should cease to be in force.

Suspension or revocation of licence under section 101

- 24 (1) Licensing rules must make the following provision.
- (2) The licensing authority may suspend or revoke a licensed body's licence under section 101 in the following cases.
- (3) The first case is that the licensed body becomes a body which is not a licensable body.
- (4) The second case is that the licensed body fails to comply with licensing rules made under paragraph 16 (carrying on of licensed activities).
- (5) The third case is that –
- (a) a non-authorised person holds a restricted interest in the licensed body –

- (i) as a result of the person taking a step in circumstances where that constitutes an offence under paragraph 24(1) of Schedule 13 (whether or not the person is charged with or convicted of an offence under that paragraph),
 - (ii) in breach of conditions imposed under paragraph 17, 28, or 33 of that Schedule, or
 - (iii) the person's holding of which is subject to an objection by the licensing authority under paragraph 31 or 36 of that Schedule,
 - (b) if the relevant licensing rules make the provision mentioned in paragraph 38(1)(a) of that Schedule, a non-authorised person has under those rules a shareholding in the licensed body, or a parent undertaking of the licensed body, which exceeds the share limit,
 - (c) if the relevant licensing rules make the provision mentioned in paragraph 38(1)(b) of that Schedule, a non-authorised person has under those rules an entitlement to exercise, or control the exercise of, voting rights in the licensed body or a parent undertaking of the licensed body which exceeds the voting limit,
 - (d) if the relevant licensing rules make the provision mentioned in paragraph 38(1)(c) of that Schedule, the total proportion of shares in the licensed body or a parent undertaking of the licensed body held by non-authorised persons exceeds the limit specified in the rules, or
 - (e) if the relevant licensing rules make the provision mentioned in paragraph 38(1)(d) of that Schedule, the total proportion of voting rights in the licensed body or a parent undertaking of the licensed body which non-authorised persons are entitled to exercise, or control the exercise of, exceeds the limit specified in the rules.
- (6) The fourth case is that a non-authorised person subject to the duty in section 90 in relation to the licensed body fails to comply with that duty.
- (7) The fifth case is that the licensed body, or a manager or employee of the licensed body, fails to comply with the duties imposed by section 176.
- (8) The sixth case is that –
- (a) the licensed body fails to comply with licensing rules made under paragraph 9(3) or 18 (prohibition on disqualified managers and employees), and
 - (b) the manager or employee concerned was disqualified as a result of breach of a duty within section 99(4)(c) or (d).
- (9) The seventh case is that the licensed body is unable to comply with licensing rules made under –
- (a) paragraph 11 (requirement for Head of Legal Practice), or
 - (b) paragraph 13 (requirement for Head of Finance and Administration).
- (10) Before suspending or revoking a licence in accordance with sub-paragraph (2), the licensing authority must give the licensed body notice of its intention.
- (11) The licensing authority may not suspend or revoke the licence before the end of the period of 28 days beginning with the day on which the notice is given to the licensed body (or any longer period specified in the notice).

- 25 Licensing rules may make provision about other circumstances in which the licensing authority may exercise its power under section 101 to suspend or revoke a licence.
- 26 (1) Licensing rules must make provision about the criteria and procedure the licensing authority will apply in deciding whether to suspend or revoke a licence, or to end the suspension of a licence, under section 101.
- (2) They must make provision for a review by the licensing authority of a decision by the licensing authority to suspend or revoke a licence.

SCHEDULE 12

Section 84

ENTITLEMENT TO MAKE AN APPLICATION FOR A LICENCE TO THE BOARD

Application to Board

- 1 (1) A licensable body may apply to the Board for a decision that the body is entitled to make an application for a licence to the Board acting in its capacity as a licensing authority.
- (2) An application under sub-paragraph (1) may be made only on one of the grounds specified in this paragraph.
- (3) The first ground is that –
- (a) there is no competent licensing authority, and
 - (b) there is no potentially competent licensing authority.
- (4) The second ground is that –
- (a) each competent licensing authority has determined that it does not have suitable regulatory arrangements,
 - (b) if one or more competent licensing authorities have made an application to the Board under Part 3 of Schedule 4 for the approval of alterations of their regulatory arrangements, each of those authorities has determined that it will not have suitable regulatory arrangements if the application is granted, and
 - (c) each potentially competent licensing authority has determined that it will not have suitable regulatory arrangements if it becomes a competent licensing authority.
- (5) The third ground applies only in relation to a licensable body within sub-paragraph (6), and is that –
- (a) the body has made an application for a licence to each competent licensing authority which has suitable regulatory arrangements, and
 - (b) no such licensing authority is prepared to grant the body a licence on terms which are appropriate to that body, having regard to the matters in section 106(5)(a) to (c) and any other matter specified in rules made by the Board for the purposes of this sub-paragraph.
- (6) The licensable bodies within this sub-paragraph are –
- (a) a not for profit body;
 - (b) a community interest company;
 - (c) an independent trade union;

- (d) if an order under section 106(1)(e) so provides in relation to a description of body prescribed under that section, a body of that description.

Board's decision on an application under paragraph 1

- 2 (1) On an application under paragraph 1 the Board must, before the end of the decision period, decide whether the licensable body is entitled to make an application for a licence to the Board acting in its capacity as a licensing authority.
- (2) The decision period is—
 - (a) in relation to an application on the first ground, the period of 14 days beginning with the day on which the application is made,
 - (b) in relation to an application on the second ground, the period of 28 days beginning with the day on which the application is made, and
 - (c) in relation to an application on the third ground, the period of 60 days beginning with the day on which the application is made.
- (3) The Board must give a notice to the licensable body—
 - (a) stating its decision, and
 - (b) giving reasons for its decision.
- (4) The Board must make rules providing for a review of any decision made by it under this paragraph.
- (5) The rules may in particular provide that if the Board decides to grant the application, the Board may review that decision if the ground on which the application was granted ceases to be made out before the Board (in its capacity as a licensing authority) determines any application for a licence made by the licensable body.

Licensing authority's duty to make relevant determinations

- 3 (1) A licensable body may apply to each competent licensing authority for—
 - (a) a determination as to whether the authority has suitable regulatory arrangements;
 - (b) a statement as to whether the authority has made an application as mentioned in paragraph 1(4)(b) and if it has, a determination as to whether, if the application is granted, the authority will have suitable regulatory arrangements.
- (2) A licensable body may apply to each potentially competent licensing authority for a determination as to whether it will have suitable regulatory arrangements in place if it becomes a competent licensing authority.
- (3) A competent (or potentially competent) licensing authority to which a licensable body makes an application under sub-paragraph (1) or (2) may require the licensable body to provide it with such information in relation to the licensable body as it may specify.
- (4) The authority may specify only information which it reasonably requires for the purpose of making the determination applied for.
- (5) A competent (or potentially competent) licensing authority to which an application is made under sub-paragraph (1) or (2) must make the determination before the end of—

- (a) the decision period, or
 - (b) if it requires the licensable body to provide it with information under sub-paragraph (3), the period of 28 days beginning with the day on which the information is provided.
- (6) The decision period, in relation to an application under sub-paragraph (1) or (2), is the period of 28 days beginning with the day on which the application is made.

“The Board”

- 4 In this Schedule references to the Board, unless otherwise stated, are to the Board acting otherwise than in its capacity as a licensing authority or an approved regulator.

“Competent licensing authority”

- 5 “Competent licensing authority”, in relation to a licensable body, means an approved regulator designated as a licensing authority in relation to each reserved legal activity which the licensable body proposes to carry on.

“Potentially competent licensing authority”

- 6 (1) “Potentially competent licensing authority”, in relation to a licensable body, means an approved regulator—
- (a) which has made an application to the Board under Part 1 of Schedule 10 for a recommendation that the Lord Chancellor make a relevant designation order, and whose application has not been determined, or
 - (b) in respect of which the Board has made such a recommendation, but in respect of which no relevant designation order (or decision not to make such an order) has been made by the Lord Chancellor.
- (2) A relevant designation order is an order—
- (a) designating the approved regulator as a licensing authority in respect of one or more reserved legal activities, and
 - (b) the effect of which will be that the approved regulator becomes a competent licensing authority in relation to the licensable body.

“Suitable regulatory arrangements”

- 7 (1) “Suitable regulatory arrangements”, in relation to a licensable body and a competent licensing authority, means regulatory arrangements which are suitable in relation to the licensable body, having regard to—
- (a) the composition of the licensable body, including in particular the matters in sub-paragraph (2);
 - (b) the services the licensable body proposes to provide;
 - (c) if the licensable body proposes to carry on non-reserved activities, any regulation to which the carrying on of such activities is subject;
 - (d) the persons to whom the licensable body proposes to provide services.
- (2) The matters are—

- (a) the kinds of authorised persons who are managers of, or have an interest in, the licensable body,
 - (b) the proportion of persons who are managers of, or have an interest in, the licensable body who are authorised persons or authorised persons of a particular kind,
 - (c) the kinds of non-authorised persons who are managers of, or have an interest in, the licensable body,
 - (d) the proportion of persons who are managers of, or have an interest in, the licensable body who are non-authorised persons or non-authorised persons of a particular kind, and
 - (e) the kinds of non-authorised persons who have an indirect interest in the licensable body.
- (3) In sub-paragraph (2) –
- (a) “authorised person” means a person who is an authorised person in relation to any activity which is a reserved legal activity, and
 - (b) authorised persons are of different kinds if they are authorised to carry on such activities by different approved regulators.

SCHEDULE 13

Section 89

OWNERSHIP OF LICENSED BODIES

PART 1

INTRODUCTORY

Restricted interests subject to approval

- 1 (1) The holding by a non-authorised person of a restricted interest in a licensed body is subject to the approval of the relevant licensing authority in accordance with the provisions of this Schedule.
- (2) In relation to a licensed body which is a partnership, for the purposes of section 34 of the Partnership Act 1890 (c. 39) (dissolution by illegality) the holding by a non-authorised person of a restricted interest in the body without the approval of the relevant licensing authority does not make it unlawful for the business of the partnership to be carried on, or for the partners to carry it on in partnership.

Restricted interest

- 2 (1) “Restricted interest” means each of the following –
 - (a) a material interest;
 - (b) if licensing rules are made by the relevant licensing authority under sub-paragraph (2), a controlled interest.
- (2) Licensing rules may specify that a controlled interest is a restricted interest for the purposes of this Schedule.

Material interest

- 3 (1) For the purposes of this Part of this Act, a person holds a material interest in a body (“B”) if the person –
- (a) holds at least 10% of the shares in B,
 - (b) is able to exercise significant influence over the management of B by virtue of the person’s shareholding in B,
 - (c) holds at least 10% of the shares in a parent undertaking (“P”) of B,
 - (d) is able to exercise significant influence over the management of P by virtue of the person’s shareholding in P,
 - (e) is entitled to exercise, or control the exercise of, voting power in B which, if it consists of voting rights, constitutes at least 10% of the voting rights in B,
 - (f) is able to exercise significant influence over the management of B by virtue of the person’s entitlement to exercise, or control the exercise of, voting rights in B,
 - (g) is entitled to exercise, or control the exercise of, voting power in P which, if it consists of voting rights, constitutes at least 10% of the voting rights in P,
 - (h) is able to exercise significant influence over the management of P by virtue of the person’s entitlement to exercise, or control the exercise of, voting rights in P.
- (2) Licensing rules made by the relevant licensing authority may provide –
- (a) that the references in sub-paragraph (1) to 10% are to have effect as references to such lesser percentage as may be specified in the rules;
 - (b) that in relation to a partnership, for the purposes of this Part a person has a material interest in the partnership if he is a partner (whether or not the person has a material interest by virtue of sub-paragraph (1)).
- (3) For the purposes of sub-paragraph (1) “the person” means –
- (a) the person,
 - (b) any of the person’s associates, or
 - (c) the person and any of the person’s associates taken together.
- (4) For the purposes of this Schedule, material interests held by virtue of different paragraphs of sub-paragraph (1) are restricted interests of different kinds.

Controlled interest

- 4 (1) For the purposes of this Schedule, a person holds a controlled interest in a body (“B”) if the person –
- (a) holds at least x% of the shares in B,
 - (b) holds at least x% of the shares in a parent undertaking (“P”) of B,
 - (c) is entitled to exercise, or control the exercise of, at least x% of the voting rights in B, or
 - (d) is entitled to exercise, or control the exercise of, at least x% of the voting rights in P.
- (2) For the purposes of sub-paragraph (1) “the person” means –
- (a) the person,

- (b) any of the person's associates, or
 - (c) the person and any of the person's associates taken together.
- (3) In sub-paragraph (1), "x" means such percentage as may be specified in licensing rules made by the relevant licensing authority under paragraph 2(2).
- (4) Licensing rules made under paragraph 2(2) may specify more than one percentage.
- (5) Any percentage specified by licensing rules made under paragraph 2(2) must be greater than –
 - (a) 10%, or
 - (b) if the relevant licensing authority makes licensing rules under paragraph 3(2)(a), the percentage specified in those rules.
- (6) For the purposes of this Schedule –
 - (a) controlled interests held by virtue of different paragraphs of sub-paragraph (1) are restricted interests of different kinds;
 - (b) if licensing rules made under paragraph 2(2) specify more than one percentage, controlled interests held by virtue of each of those percentages are restricted interests of different kinds.

Associates, parent undertakings and voting power

- 5 (1) For the purposes of this Schedule "associate", in relation to a person ("A") and –
 - (a) a shareholding in a body ("S"), or
 - (b) an entitlement to exercise or control the exercise of voting power in a body ("V"),means a person listed in sub-paragraph (2).
- (2) The persons are –
 - (a) the spouse or civil partner of A,
 - (b) a child or stepchild of A (if under 18),
 - (c) the trustee of any settlement under which A has a life interest in possession (in Scotland a life interest),
 - (d) an undertaking of which A is a director,
 - (e) an employee of A,
 - (f) a partner of A (except, where S or V is a partnership in which A is a partner, another partner in S or V),
 - (g) if A is an undertaking –
 - (i) a director of A,
 - (ii) a subsidiary undertaking of A, or
 - (iii) a director or employee of such a subsidiary undertaking,
 - (h) if A has with any other person an agreement or arrangement with respect to the acquisition, holding or disposal of shares or other interests in S or V (whether or not they are interests within the meaning of section 72(3)), that other person, or
 - (i) if A has with any other person an agreement or arrangement under which they undertake to act together in exercising their voting power in relation to S or V, that person.

- (3) In sub-paragraph (2)(c), “settlement” means any disposition or arrangement under which property is held on trust (or subject to a comparable obligation).
- (4) For the purposes of this Schedule—
 - “parent undertaking” and “subsidiary undertaking” have the same meaning as in the Financial Services and Markets Act 2000 (c. 8) (see section 420 of that Act);
 - “voting power”, in relation to a body which does not have general meetings at which matters are decided by the exercise of voting rights, means the right under the constitution of the body to direct the overall policy of the body or alter the terms of its constitution.

The approval requirements

- 6 (1) For the purposes of this Schedule, the approval requirements are met in relation to a person’s holding of a restricted interest if—
 - (a) the person’s holding of that interest does not compromise the regulatory objectives,
 - (b) the person’s holding of that interest does not compromise compliance with the duties imposed by section 176 by the licensed body or persons to whom sub-paragraph (2) applies, and
 - (c) the person is otherwise a fit and proper person to hold that interest.
- (2) This sub-paragraph applies to any employee or manager of the licensed body who is an authorised person in relation to an activity which is a reserved legal activity.
- (3) In determining whether it is satisfied of the matters mentioned in sub-paragraph (1)(a) to (c), the licensing authority must in particular have regard to—
 - (a) the person’s probity and financial position,
 - (b) whether the person is disqualified as mentioned in section 100(1), or included in the list kept by the Board under paragraph 51,
 - (c) the person’s associates, and
 - (d) any other matter which may be specified in licensing rules.
- (4) Licensing rules must make provision about the procedures that will be applied by the licensing authority when determining whether it is satisfied of the matters mentioned in sub-paragraph (1)(a) to (c).

Approval of multiple restricted interests

- 7 (1) This paragraph applies if a person (“P”) holds a kind of restricted interest in a body (“B”) by virtue of—
 - (a) holding a particular percentage of the shares in B or a parent undertaking of B, or
 - (b) an entitlement to exercise, or control the exercise of, a particular percentage of the voting rights in B or a parent undertaking of B.
- (2) If the relevant licensing authority approves P’s holding of that interest, it is to be treated as also approving P’s holding of any lesser restricted interest in B held by P.

- (3) A lesser restricted interest is a kind of restricted interest held by P by virtue of –
- (a) holding a smaller percentage of the shares mentioned in sub-paragraph (1)(a), or
 - (b) an entitlement to exercise, or control the exercise of, a smaller percentage of the voting rights mentioned in sub-paragraph (1)(b).

Board's power to prescribe rules

- 8 In this Schedule “prescribed” means prescribed by rules made by the Board for the purposes of this Schedule.

Lord Chancellor's power to modify

- 9 The Lord Chancellor may, on the recommendation of the Board, by order modify –
- (a) paragraph 3 (material interest);
 - (b) paragraphs 4(2), 5, 6(3)(c), 38(3), 41(3) and 42(3) (associates).

PART 2

APPROVAL OF RESTRICTED INTERESTS ON APPLICATION FOR LICENCE

Requirement to identify non-authorised persons

- 10 (1) Where a body applies to a licensing authority for a licence, it must identify in its application –
- (a) any non-authorised person who holds a restricted interest in the body, or whom the body expects to hold such an interest when the licence is issued, and
 - (b) the kind of restricted interest held, or expected to be held, by that person.
- (2) If, before the licence is issued, there is any change in –
- (a) the identity of the non-authorised persons within sub-paragraph (1)(a), or
 - (b) the kind of restricted interest held, or expected to be held, by a person identified to the licensing authority under that sub-paragraph,
- the applicant must inform the relevant licensing authority within such period as may be specified by order made by the Lord Chancellor on the recommendation of the Board.
- 11 (1) It is an offence for a person to fail to comply with a requirement imposed on the person by paragraph 10.
- (2) A person who is guilty of an offence under sub-paragraph (1) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale.
- (3) It is a defence for a person charged with an offence under sub-paragraph (1) to show that at the time of the alleged offence the person had no knowledge of the facts by virtue of which the duty to notify arose.
- 12 (1) This paragraph applies if a person under a duty to notify imposed by paragraph 10 –

- (a) had no knowledge of the facts by virtue of which that duty arose, but
 - (b) subsequently becomes aware of those facts.
- (2) The person must give the licensing authority the required notification within such period, after the person becomes so aware, as may be specified by order made by the Lord Chancellor on the recommendation of the Board.
- (3) A person who fails to comply with the duty to notify imposed by sub-paragraph (2) is guilty of an offence.
- (4) A person who is guilty of an offence under sub-paragraph (3) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale.

Requirement to notify non-authorised persons

- 13 (1) Where an applicant for a licence identifies a non-authorised person to a licensing authority in accordance with paragraph 10 or 12, it must give that person a notice –
- (a) stating that it has applied for a licence and identified the person to the licensing authority in accordance with paragraph 10 or 12, and
 - (b) explaining the effect of paragraph 14.
- (2) It is an offence for a person to fail to comply with a requirement imposed on it by sub-paragraph (1).
- (3) A person who is guilty of an offence under sub-paragraph (2) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale.

Licensing authority's power to require information

- 14 (1) A licensing authority may require a non-authorised person identified to it in accordance with paragraph 10 or 12 to provide it with such documents and information as it may require.
- (2) It is an offence for a person who is required to provide information or documents under sub-paragraph (1) knowingly to provide false or misleading information or documents.
- (3) A person who is guilty of an offence under sub-paragraph (2) is liable –
- (a) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum, and
 - (b) on conviction on indictment, to a term of imprisonment not exceeding 2 years or a fine (or both).

Licence may not be granted unless non-authorised persons approved

- 15 (1) This paragraph applies where an applicant for a licence (“the applicant”) gives the licensing authority notification under paragraph 10 or 12 in relation to one or more non-authorised persons.
- (2) The licensing authority may not grant the application for a licence unless, in relation to each non-authorised person in respect of which notification is given (“the investor”), it approves the investor’s holding of the restricted interest to which the notification relates (“the notified interest”).
- (3) Sub-paragraph (2) does not apply in relation to a non-authorised person who does not hold the notified interest when the licence is issued.

- (4) In this Part of this Schedule, “the applicant”, “the investor” and “the notified interest” are to be construed in accordance with this paragraph.

Unconditional approval of notified interest

- 16 (1) If the licensing authority is satisfied that the approval requirements are met in relation to the investor’s holding of the notified interest, it must approve the investor’s holding of that interest without conditions.
- (2) If the licensing authority approves the investor’s holding of the notified interest without conditions, it must notify the investor and the applicant of its approval as soon as reasonably practicable.

Conditional approval of notified interest

- 17 (1) If the licensing authority is not satisfied that the approval requirements are met in relation to the investor’s holding of the notified interest, it may approve the investor’s holding of the notified interest subject to conditions.
- (2) It may do so only if it considers that, if the conditions are complied with, it will be appropriate for the investor to hold the notified interest without the approval requirements being met.
- (3) If the licensing authority proposes to approve the investor’s holding of the notified interest subject to conditions it must give the investor and the applicant a warning notice.
- (4) The warning notice must –
- (a) specify the nature of the conditions proposed and the reasons for their imposition, and
 - (b) state that representations may be made to the licensing authority within the prescribed period.
- (5) The licensing authority must consider any representations made within the prescribed period.
- (6) If the licensing authority approves the investor’s holding of the notified interest subject to conditions, it must notify the investor and the applicant of its approval as soon as reasonably practicable.
- (7) The notice must –
- (a) specify the reasons for the imposition of the conditions, and
 - (b) explain the effect of Part 5 of this Schedule.
- 18 (1) The investor and the applicant may before the end of the prescribed period appeal to the relevant appellate body against the imposition of any or all of the conditions.
- (2) The relevant appellate body may dismiss the appeal, or allow the appeal and –
- (a) order the licensing authority to approve the investor’s holding of the notified interest without conditions, or subject to such conditions as may be specified in the order, or
 - (b) remit the matter to the licensing authority.

- (3) A party to the appeal may before the end of the prescribed period appeal to the High Court on a point of law arising from the decision of the relevant appellant body, but only with the permission of the High Court.
- (4) The High Court may make such order as it thinks fit.
- (5) If the investor's holding of the notified interest is subject to conditions as a result of an order made on an appeal under this paragraph, for the purposes of this Schedule the conditions are to be treated as having been imposed under paragraph 17.

Objection to notified interest

- 19
 - (1) If the licensing authority is not satisfied that the approval requirements are met in relation to the investor's holding of the notified interest, it may object to the investor's holding of that interest.
 - (2) If the licensing authority proposes to object to the investor's holding of the notified interest, it must give the investor and the applicant a warning notice.
 - (3) The warning notice must –
 - (a) specify the reasons for the proposed objection, and
 - (b) state that representations may be made to the licensing authority within the prescribed period.
 - (4) The licensing authority must consider any representations made within the prescribed period.
 - (5) If the licensing authority objects to the investor's holding of the notified interest, it must notify the investor and the applicant of its objection as soon as reasonably practicable.
 - (6) The notice must –
 - (a) specify the reasons for the objection, and
 - (b) explain the effect of Part 5 of this Schedule.
- 20
 - (1) The investor and the applicant may before the end of the prescribed period appeal to the relevant appellate body against the objection.
 - (2) The relevant appellate body may dismiss the appeal, or allow the appeal and –
 - (a) order the licensing authority to approve the investor's holding of the notified interest without conditions, or subject to such conditions as may be specified in the order, or
 - (b) remit the matter to the licensing authority.
 - (3) A party to the appeal may before the end of the prescribed period appeal to the High Court on a point of law arising from the decision of the relevant appellate body, but only with the permission of the High Court.
 - (4) The High Court may make such order as it thinks fit.
 - (5) If the investor's holding of the notified interest is subject to conditions as a result of an order made on an appeal under this paragraph, for the purposes of this Schedule the conditions are to be treated as having been imposed under paragraph 17.

PART 3

APPROVAL OF RESTRICTED INTERESTS AFTER LICENCE IS ISSUED

Powers of licensing authority in relation to change of interests

Continuing notification requirements

- 21 (1) This paragraph applies where a non-authorised person (“the investor”) –
- (a) proposes to take a step which would result in the investor acquiring a restricted interest in a licensed body (or, if the investor already has one or more kinds of restricted interest, acquiring an additional kind of restricted interest), or
 - (b) acquires such an interest in a licensed body without taking such a step.
- (2) In a case within sub-paragraph (1)(a) the investor must notify the licensed body and the relevant licensing authority of the proposal.
- (3) In a case within sub-paragraph (1)(b) the investor must notify the licensed body and the relevant licensing authority of the acquisition within such period, after the investor becomes aware of it, as may be specified by order made by the Lord Chancellor on the recommendation of the Board.
- (4) In this Part of this Schedule –
- (a) references to “the investor” are to be construed in accordance with this paragraph, and
 - (b) references to a notifiable interest are to the restricted interest which the investor will have as a result of the step the investor proposes to take (or has as a result of the acquisition which has taken place).

Offences in connection with paragraph 21

- 22 (1) It is an offence for a person to fail to comply with a requirement imposed by –
- (a) paragraph 21(2), or
 - (b) paragraph 21(3).
- (2) A person who is guilty of an offence under sub-paragraph (1) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale.
- (3) It is a defence for a person charged with an offence under sub-paragraph (1)(a) to show that at the time of the alleged offence the person had no knowledge of the facts by virtue of which the duty to notify arose.
- 23 (1) This paragraph applies if a person under the duty to notify imposed by paragraph 21(2) –
- (a) had no knowledge of the facts by virtue of which that duty arose, but
 - (b) subsequently becomes aware of those facts.
- (2) The person must give the licensed body and the licensing authority the required notification within such period, after the person becomes so aware, as may be specified by order made by the Lord Chancellor on the recommendation of the Board.

- (3) A person who fails to comply with the duty to notify imposed by sub-paragraph (2) is guilty of an offence.
- (4) A person who is guilty of an offence under sub-paragraph (3) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale.
- 24 (1) It is an offence for a non-authorised person, who under paragraph 21(2) is required to notify the licensed body and the relevant licensing authority of a proposal to take a step, to take the step, unless the relevant licensing authority has approved the investor's holding of the notifiable interest under paragraph 27 or 28.
- (2) If paragraph 22(3) applies, the reference in sub-paragraph (1) to paragraph 21(2) is to be read as a reference to paragraph 23(2).
- (3) A person who is guilty of an offence under sub-paragraph (1) is liable –
 - (a) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum, and
 - (b) on conviction on indictment, to a term of imprisonment not exceeding 2 years or a fine (or both).

Duty of licensing authority following notification etc.

- 25 (1) The relevant licensing authority must –
 - (a) following receipt of a notification under paragraph 21(2) or (3) or 23(2), or
 - (b) if the licensing authority becomes aware that an investor has failed to comply with a notification requirement imposed by paragraph 21(2) or (3) or 23(2),
 determine which of the steps in sub-paragraph (3) to take.
- (2) The licensing authority must make the determination within such period as may be prescribed.
- (3) The steps are –
 - (a) to approve the investor's holding of the notifiable interest unconditionally under paragraph 27,
 - (b) to warn the investor under paragraph 28(3) that it proposes to approve the investor's holding of the notifiable interest subject to conditions,
 - (c) to approve under paragraph 28(4) the investor's holding of the notifiable interest subject to conditions,
 - (d) to warn the investor under paragraph 31(2) that it proposes to object to the investor's holding of the notifiable interest, or
 - (e) to object under paragraph 31(3) to the investor's holding of the notifiable interest.

Licensing authority's power to require information

- 26 (1) A licensing authority may require the investor to provide it with such documents and information as it may require.
- (2) It is an offence for a person who is required to provide information or documents under sub-paragraph (1) knowingly to provide false or misleading information or documents.

- (3) A person who is guilty of an offence under sub-paragraph (2) is liable –
- (a) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum, and
 - (b) on conviction on indictment, to a term of imprisonment not exceeding 2 years or a fine (or both).

Unconditional approval of notifiable interest

- 27 (1) If the licensing authority is satisfied that the approval requirements are met in relation to the investor's holding of the notifiable interest, it must approve the investor's holding of that interest without conditions.
- (2) If the licensing authority approves the investor's holding of the notifiable interest without conditions, it must notify the investor and the licensed body of its approval as soon as reasonably practicable.

Conditional approval of notifiable interest

- 28 (1) If the licensing authority is not satisfied that the approval requirements are met in relation to the investor's holding of the notifiable interest, it may approve the investor's holding of that interest subject to conditions.
- (2) It may do so only if it considers that, if the conditions are complied with, it will be appropriate for the investor to hold the notifiable interest without the approval requirements being met.
- (3) If the licensing authority proposes to approve the investor's holding of the notifiable interest subject to conditions it must give the investor and the licensed body a warning notice.
- (4) But the licensing authority may approve the investor's holding of the notifiable interest subject to conditions without giving a warning notice if it considers it necessary or desirable to do so for the purpose of protecting any of the regulatory objectives.
- (5) The warning notice must –
- (a) specify the nature of the conditions proposed and the reasons for their imposition, and
 - (b) state that representations may be made to the licensing authority within the prescribed period.
- (6) The licensing authority must consider any representations made within the prescribed period.
- (7) If the licensing authority approves the investor's holding of the notifiable interest subject to conditions, it must notify the investor and the licensed body of its approval as soon as reasonably practicable.
- (8) The notice must –
- (a) specify the reasons for the imposition of the conditions and (if the investor already holds the notifiable interest) the time from which they have effect, and
 - (b) explain the effect of Part 5 of this Schedule.
- 29 (1) The investor and the licensed body may before the end of the prescribed period appeal to the relevant appellate body against the imposition of any or all the conditions.

- (2) The relevant appellate body may dismiss the appeal, or allow the appeal and –
 - (a) order the licensing authority to approve the investor’s holding of the notifiable interest without conditions, or subject to such conditions as may be specified in the order, or
 - (b) remit the matter to the licensing authority.
- (3) A party to the appeal may before the end of the prescribed period appeal to the High Court on a point of law arising from the decision of the relevant appellate body, but only with the permission of the High Court.
- (4) The High Court may make such order as it thinks fit.
- (5) If the investor’s holding of the notifiable interest is subject to conditions as a result of an order made on an appeal under this paragraph, for the purposes of this Schedule the conditions are to be treated as having been imposed under paragraph 28.

Duration of unconditional or conditional approval

- 30 In a case within paragraph 21(1)(a), the licensing authority’s approval under paragraph 27 or 28 remains effective only if the investor acquires the notifiable interest –
- (a) before the end of such period as may be specified in the notice under paragraph 27(2) or 28(7), or
 - (b) if no such period is specified, before the end of the period of one year beginning with the date of that notice.

Objection to acquisition of notifiable interest

- 31
- (1) If the licensing authority is not satisfied that the approval requirements are met in relation to the investor’s holding of the notifiable interest, it may object to the investor’s holding of that interest.
 - (2) If the licensing authority proposes to object to the investor’s holding of the notifiable interest, it must give the investor and the licensed body a warning notice.
 - (3) But the licensing authority may object to the investor’s holding of the notifiable interest without giving a warning notice if it considers it necessary or desirable to do so for the purpose of protecting any of the regulatory objectives.
 - (4) The warning notice must –
 - (a) specify the reasons for the proposed objection, and
 - (b) state that representations may be made to the licensing authority within the prescribed period.
 - (5) The licensing authority must consider any representations made within the prescribed period.
 - (6) If the licensing authority objects to the investor’s holding of the notifiable interest, it must notify the investor and the licensed body of its objection as soon as reasonably practicable.
 - (7) The notice must –
 - (a) specify the reasons for the objection, and

- (b) explain the effect of Part 5 of this Schedule.
- 32 (1) The investor and the licensed body may before the end of the prescribed period appeal to the relevant appellate body against the objection.
- (2) The relevant appellate body may dismiss the appeal, or allow the appeal and—
 - (a) order the licensing authority to approve the investor’s holding of the notifiable interest without conditions, or subject to such conditions as may be specified in the order, or
 - (b) remit the matter to the licensing authority.
- (3) A party to the appeal may before the end of the prescribed period appeal to the High Court on a point of law arising from the decision of the relevant appellant body, but only with the permission of the High Court.
- (4) The High Court may make such order as it thinks fit.
- (5) If the investor’s holding of the notifiable interest is subject to conditions as a result of an order made on an appeal under this paragraph, for the purposes of this Schedule the conditions are to be treated as having been imposed under paragraph 28.

Powers of licensing authority where no change of interests

Imposition of conditions (or further conditions) on existing restricted interest

- 33 (1) The relevant licensing authority may impose conditions (or further conditions) on a person’s holding of a restricted interest in a licensed body (or a restricted interest of a particular kind) if—
 - (a) it is not satisfied that the approval requirements are met in relation to the person’s holding of that interest, or
 - (b) it is satisfied that a condition imposed under paragraph 17 or 28 or this paragraph on the person’s holding of that interest has not been, or is not being, complied with.
- (2) The licensing authority may act under sub-paragraph (1) only—
 - (a) if it considers that, if the conditions are complied with, it will be appropriate for the investor to hold the restricted interest without the approval requirements being met, and
 - (b) before the end of such period (beginning with the time when the licensing authority becomes aware of the matters in question) as may be prescribed.
- (3) If the licensing authority proposes to impose conditions (or further conditions) on the person’s holding of the restricted interest, it must give the person and the licensed body a warning notice.
- (4) But the licensing authority may impose conditions (or further conditions) on the person’s holding of the restricted interest without giving a warning notice if it considers it necessary or desirable to do so for the purpose of protecting any of the regulatory objectives.
- (5) The warning notice must—
 - (a) specify the nature of the conditions proposed and the reasons for their imposition, and

- (b) state that representations may be made to the licensing authority within the prescribed period.
 - (6) The licensing authority must consider any representations made within the prescribed period.
 - (7) If the licensing authority imposes conditions (or further conditions) on the person's holding of the restricted interest, it must notify the person and the licensed body as soon as reasonably practicable.
 - (8) The notice must—
 - (a) specify the reasons for the imposition of the conditions, and the time from which they are to take effect, and
 - (b) explain the effect of Part 5 of this Schedule.
- 34
- (1) The person and the licensed body may before the end of the prescribed period appeal to the relevant appellate body against any or all of the conditions (or further conditions).
 - (2) The relevant appellate body may dismiss the appeal, or allow the appeal and—
 - (a) modify or quash the conditions imposed by the licensing authority under paragraph 33, or
 - (b) remit the matter to the licensing authority.
 - (3) A party to the appeal may before the end of the prescribed period appeal to the High Court on a point of law arising from the decision of the relevant appellate body, but only with the permission of the High Court.
 - (4) The High Court may make such order as it thinks fit.
 - (5) If the person's holding of the restricted interest is subject to any conditions as a result of an order made on an appeal under this paragraph, for the purposes of this Schedule those conditions are to be treated as having been imposed under paragraph 33.

Variation and cancellation of conditions

- 35
- (1) A person whose holding of a restricted interest in a licensed body is subject to a condition imposed under paragraph 17, 28 or 33 may apply to the relevant licensing authority—
 - (a) for the condition to be varied, or
 - (b) for the condition to be cancelled.
 - (2) The licensing authority may, on its own initiative, cancel a condition imposed under one of those paragraphs.
 - (3) If the licensing authority varies or cancels a condition under this paragraph, it must notify the person and the licensed body as soon as reasonably practicable.

Objection to existing restricted interest

- 36
- (1) The relevant licensing authority may object to a person's holding of a restricted interest in a licensed body (or a restricted interest of a particular kind) if—

- (a) it is not satisfied that the approval requirements are met in relation to the person's holding of that interest, or
 - (b) it is satisfied that a condition imposed under paragraph 17, 28 or 33 on the person's holding of the interest has not been, or is not being, complied with.
- (2) The licensing authority may act under sub-paragraph (1) only before the end of such period (beginning with the time when the licensing authority becomes aware of the matters in question) as may be prescribed.
- (3) If the licensing authority proposes to object to a person's holding of the restricted interest, it must give the person and the licensed body a warning notice.
- (4) But the licensing authority may object to the person's holding of the restricted interest without giving a warning notice if it considers it necessary or desirable to do so for the purpose of protecting any of the regulatory objectives.
- (5) The warning notice must –
 - (a) specify the reasons for the proposed objection, and
 - (b) state that representations may be made to the licensing authority within the prescribed period.
- (6) The licensing authority must consider any representations made within the prescribed period.
- (7) If the licensing authority objects to the person's holding of the restricted interest, it must notify the person and the licensed body of its objection as soon as reasonably practicable.
- (8) The notice must –
 - (a) specify the reasons for the objection, and
 - (b) explain the effect of Part 5 of this Schedule.
- 37 (1) The person and the licensed body may before the end of the prescribed period appeal to the relevant appellate body against the objection.
- (2) The relevant appellate body may dismiss or allow the appeal.
- (3) If the relevant appellate body allows the appeal it may also –
 - (a) order the licensing authority to impose under paragraph 33 such conditions on the person's holding of the restricted interest as may be specified in the order, or
 - (b) remit the matter to the licensing authority.
- (4) A party to the appeal may before the end of the prescribed period appeal to the High Court on a point of law arising from the decision of the relevant appellate body, but only with the permission of the High Court.
- (5) The High Court may make such order as it thinks fit.
- (6) If the person's holding of the restricted interest is subject to conditions as a result of an order made on an appeal under this paragraph, for the purposes of this Schedule the conditions are to be treated as having been imposed under paragraph 33.

PART 4

ADDITIONAL RESTRICTIONS

Power to impose share limit, voting limit etc

- 38 (1) Licensing rules may provide that—
- (a) a non-authorised person may not have a shareholding in a licensed body, or in a parent undertaking of a licensed body, which exceeds a limit specified in the rules (“the share limit”);
 - (b) a non-authorised person may not have an entitlement to exercise, or control the exercise of, voting rights in a licensable body, or a parent undertaking of a licensable body, which exceeds a limit specified in the rules (“the voting limit”);
 - (c) the total proportion of shares in a licensed body, or a parent undertaking of a licensed body, held by non-authorised persons may not exceed a limit specified in the rules;
 - (d) the total proportion of voting rights in a licensed body, or a parent undertaking of a licensed body, which non-authorised persons are entitled to exercise or control the exercise of, may not exceed a limit specified in the rules.
- (2) Rules made under any paragraph of sub-paragraph (1) in relation to a licensed body and a parent undertaking may specify different limits in relation to the licensed body and the parent undertaking.
- (3) Licensing rules made under sub-paragraph (1)(a) or (b) may provide that references in those rules to a person, in relation to a person’s shareholding or entitlement to exercise or control the exercise of voting rights, are to—
- (a) the person,
 - (b) any of the person’s associates, or
 - (c) the person and any of the person’s associates taken together.
- (4) In relation to a licensed body which is a partnership, for the purposes of section 34 of the Partnership Act 1890 (c. 39) (dissolution by illegality) a breach of licensing rules made under sub-paragraph (1) does not make it unlawful for the business of the partnership to be carried on, or for the partners to carry it on in partnership.

Obligation to notify where share limit or voting limit exceeded

- 39 (1) This paragraph applies in relation to a licensed body, or a parent undertaking of a licensed body, if licensing rules made by the relevant licensing authority make the provision mentioned in paragraph 38(1)(a) or (b) in relation to the body.
- (2) Any non-authorised person who acquires—
- (a) a shareholding in the body which exceeds the share limit, or
 - (b) an entitlement to exercise, or control the exercise of, voting rights in the body which exceeds the voting limit,
- must notify the body (and, if the body is a parent undertaking of a licensed body, the licensed body) and the licensing authority of the acquisition within such period, after the person becomes aware of it, as may be specified by order made by the Lord Chancellor on the recommendation of the Board.

- (3) It is an offence for a person to fail to comply with a requirement imposed by sub-paragraph (2).
 - (4) A person who is guilty of an offence under sub-paragraph (3) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale.
 - (5) It is a defence for a person charged with an offence under sub-paragraph (3) to show that at the time of the alleged offence the person had no knowledge of the facts by virtue of which the duty to notify arose.
- 40 (1) This paragraph applies if a person under the duty to notify imposed by paragraph 39(2) –
- (a) had no knowledge of the facts by virtue of which that duty arose, but
 - (b) subsequently becomes aware of those facts.
- (2) The person must give the body (and, if the body is a parent undertaking of a licensed body, the licensed body) and the licensing authority the required notification within such period, after the person becomes so aware, as may be specified by order made by the Lord Chancellor on the recommendation of the Board.
- (3) A person who fails to comply with the duty to notify imposed by sub-paragraph (2) is guilty of an offence.
- (4) A person who is guilty of an offence under sub-paragraph (3) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale.

PART 5

ENFORCEMENT

Divestiture

The divestiture condition

- 41 (1) The divestiture condition is satisfied in relation to a non-authorised person and a licensed body if –
- (a) the person holds a restricted interest in the licensed body in the circumstances mentioned in sub-paragraph (2), and
 - (b) the person holds that interest, in whole or in part, by virtue of the person's shareholding in a body corporate with a share capital (in this Part of this Schedule referred to as "the relevant shares").
- (2) The circumstances are that the person holds the restricted interest –
- (a) as a result of the person taking a step in circumstances in which that constitutes an offence under paragraph 24(1) (whether or not the person is charged with or convicted of an offence under that paragraph),
 - (b) in breach of conditions imposed under paragraph 17, 28, or 33, or
 - (c) in contravention of an objection by the licensing authority under paragraph 31 or 36.
- (3) In sub-paragraph (1)(b), references to a person's shareholding are to be read in accordance with paragraph 3(3) or 4(2) (as the case may be).

- 42 (1) If the relevant licensing rules make the provision mentioned in paragraph 38(1)(a) or (b), the divestiture condition is also satisfied in relation to a non-authorised person and a licensed body if—
- (a) the person’s shareholding in the body, or a parent undertaking of the body, exceeds the share limit, and the body or parent undertaking (as the case may be) is a body corporate with a share capital, or
 - (b) the person’s entitlement to exercise or control the exercise of voting rights in the body, or a parent undertaking of the body, exceeds the voting limit by virtue of the person holding shares in a body corporate with a share capital.
- (2) In this Part of this Schedule, “excess shares” means
- (a) in a case within sub-paragraph (1)(a), the number of shares by which the person’s shareholding exceeds the share limit, and
 - (b) in a case within sub-paragraph (1)(b), the number of shares held by the person in excess of the number of shares the person could hold without the person’s entitlement to exercise, or control the exercise of, voting rights exceeding the voting limit.
- (3) References in this paragraph to a person’s shareholding (or holding of shares) or entitlement are to be read in accordance with any applicable licensing rules made under paragraph 38(3).

Application for divestiture

- 43 (1) If the divestiture condition is satisfied in relation to a non-authorised person and a licensed body, the licensing authority may give the person a restriction notice under paragraph 44 and apply to the High Court for an order under paragraph 45.
- (2) The licensing authority may not make an application to the High Court for an order under paragraph 45 unless—
- (a) it has notified the person that it intends to do so if the divestiture condition is satisfied in relation to the person and the body at the end of the relevant period, and
 - (b) the relevant period has expired.
- (3) The relevant period is such period (not less than the prescribed period) as may be specified in the notice.

Restriction notice

- 44 (1) A restriction notice is a notice directing that such of the relevant shares or excess shares (as the case may be) as are specified in the notice are, until further notice, subject to one or more of the following restrictions.
- (2) The restrictions are—
- (a) a transfer of (or agreement to transfer) those shares, or in the case of unissued shares a transfer of (or agreement to transfer) the right to be issued with them, is void;
 - (b) no voting rights are to be exercisable in respect of the shares;
 - (c) no further shares are to be issued in right of them or in pursuance of any offer made to their holder;

- (d) except in a liquidation, no payment is to be made of any sums due from the company on the shares, whether in respect of capital or otherwise.
- (3) A copy of the restriction notice must be given to the body to whose shares it relates.
- (4) A restriction notice ceases to have effect –
 - (a) in accordance with an order of the High Court under paragraph 45(4);
 - (b) if no application has been made to the High Court for an order under paragraph 45 before the end of such period as may be prescribed, at the end of that period;
 - (c) if the licensed body ceases to be licensed by the licensing authority.

Divestiture by High Court

- 45 (1) If the divestiture condition is satisfied by virtue of paragraph 41 the High Court may, on the application of the licensing authority, order the sale of the appropriate number of the relevant shares.
- (2) The appropriate number of the relevant shares is the number of those shares, the sale of which will result in the non-authorised person no longer holding –
 - (a) a restricted interest in the licensed body, or
 - (b) if the non-authorised person holds more than one kind of restricted interest, a restricted interest the person's holding of which is within paragraph 41(2).
- (3) If the divestiture condition is satisfied by virtue of paragraph 42 the High Court may, on the application of the licensing authority, order the sale of the excess shares.
- (4) If shares are for the time being subject to any restriction under paragraph 44, the court may order that they are to cease to be subject to that restriction.
- (5) If the divestiture condition is satisfied by virtue of paragraph 41(2)(b) or (c), no order may be made under sub-paragraph (1) or (4) –
 - (a) until the end of the period within which an appeal may be made against the imposition of the conditions or the objection, or
 - (b) if an appeal is made, until the appeal has been determined or withdrawn.
- (6) If an order has been made under sub-paragraph (1) or (3) the court may, on the application of the licensing authority, make such further order relating to the sale or transfer of the shares as it thinks fit.
- (7) If shares are sold in pursuance of an order under this paragraph, the proceeds of sale, less the costs of sale, must be paid into court for the benefit of the persons beneficially interested in them.
- (8) Any such person may apply to the court for the whole or part of the proceeds to be paid to the person.

Conditions

Enforcement of conditions

- 46 (1) If a person holds a restricted interest in a licensed body in breach of conditions imposed under paragraph 17, 28 or 33, the licensing authority may make an application to the High Court for an order under this paragraph.
- (2) The licensing authority may not make such an application unless –
- (a) it has notified the person that it intends to do so if the conditions are not complied with before the end of the relevant period, and
 - (b) the relevant period has expired.
- (3) The relevant period is such period (not less than the prescribed period) as may be specified in the notice.
- (4) The High Court may, on the application of the licensing authority, make such order as the court thinks fit to secure compliance with the conditions to which the person's holding of the restricted interest is subject.
- (5) No order may be made under this paragraph –
- (a) until the end of the period within which an appeal may be made against the imposition of the conditions, or
 - (b) if an appeal is made, until the appeal has been determined or withdrawn.

Records of decisions

Duty to notify Board of decisions under this Schedule

- 47 (1) The relevant licensing authority must notify the Board where –
- (a) it has objected under paragraph 19, 31, or 36 to a person's holding of a restricted interest, or
 - (b) it has imposed conditions under paragraph 17, 28, or 33 on a person's holding of a restricted interest.
- (2) The notification must state –
- (a) the reasons for the objection or imposition of conditions, and
 - (b) the kind of restricted interest to which the objection or conditions related.
- (3) If the licensing authority takes any action under paragraph 43 in relation to a person notified to the Board under sub-paragraph (1), it must notify the Board of that fact.
- (4) If there is an appeal to the relevant appellate body against the objection or imposition of conditions, the licensing authority must notify the Board of the outcome of that appeal (and any subsequent appeal to the High Court).
- (5) If the licensing authority has imposed conditions on a person's holding of a restricted interest, it must notify the Board of any decision taken by it under paragraph 35 (variation and cancellation of conditions).
- (6) The licensing authority must give the person and the licensed body concerned a copy of any notification it gives the Board under this paragraph.

- 48 (1) A licensing authority must notify the Board where under paragraph 16, 17, 27 or 28 it approves the holding of a restricted interest in a licensed body by a person included in the list kept by the Board under paragraph 51.
- (2) The notification must state –
- (a) if the approval was under paragraph 17 or 28, the conditions to which the approval was subject, and
 - (b) the reasons for the licensing authority's decision to approve the person's holding of the interest.
- (3) If the approval was under paragraph 17 or 28 and there is an appeal to the relevant appellate body against the imposition of conditions, the licensing authority must notify the Board of the outcome of that appeal (and any subsequent appeal to the High Court).
- (4) If the approval was under paragraph 17 or 28, the licensing authority must notify the Board of any decision taken by it under paragraph 35 (variation and cancellation of conditions).
- (5) The licensing authority must give the person and the licensed body concerned a copy of any notification it gives the Board under this paragraph.

Power to notify Board where share limit or voting limit breached

- 49 (1) This paragraph applies if the relevant licensing rules make the provision mentioned in paragraph 38(1)(a) or (b).
- (2) The licensing authority may, if it considers it appropriate to do so in all the circumstances of the case, notify the Board where a non-authorised person acquires –
- (a) a shareholding in a licensed body or parent undertaking of a licensed body which exceeds the share limit, or
 - (b) an entitlement to exercise, or control the exercise of, voting rights in a licensed body or parent undertaking of a licensed body which exceeds the voting limit.
- (3) If the licensing authority proposes to make a notification under sub-paragraph (2), it must give the person and the licensed body a warning notice.
- (4) The warning notice must –
- (a) specify the reasons for the proposed notification, and
 - (b) state that representations may be made to the licensing authority within the prescribed period.
- (5) The licensing authority must consider any representations made within the prescribed period.
- (6) If the licensing authority notifies the Board under sub-paragraph (2), it must give the person concerned and the licensed body a copy of the notification and a notice stating the reasons for the notification.
- (7) If the share limit or voting limit is breached in relation to a parent undertaking of a licensed body, references in sub-paragraphs (3) and (6) to the licensed body include the parent undertaking.

- 50 (1) The person concerned and the licensed body may before the end of the prescribed period appeal to the relevant appellate body against the notification.
- (2) The relevant appellate body may –
- (a) dismiss the appeal, or
 - (b) allow the appeal and order the person's name to be removed from the list kept by the Board under paragraph 51.
- (3) A party to the appeal may before the end of the prescribed period appeal to the High Court on a point of law arising from the decision of the relevant appellant body, but only with the permission of the High Court.
- (4) The High Court may make such order as it thinks fit.
- (5) The licensing authority must notify the Board of the outcome of any appeal under this paragraph, and give the person concerned and the licensed body a copy of the notification.
- (6) If the share limit or voting limit is breached in relation to a parent undertaking of a licensed body, references in sub-paragraphs (1) and (5) to the licensed body include the parent undertaking.

Board's list of persons subject to objections and conditions

- 51 (1) The Board must keep a list of the persons in respect of which it receives a notification under paragraph 47(1) or 49(2).
- (2) The list must record –
- (a) in relation to a person notified to the Board under paragraph 47(1), the information included in the notification by virtue of paragraph 47(2) and any notification under paragraph 47(3), and
 - (b) in relation to any person included in the list, the information included in any notification relating to that person under paragraph 48.
- (3) If the Board receives a notification under paragraph 47(4) or (5), 48(3) or (4) or 50(5) it must make such alterations to the list as it considers appropriate having regard to the decision of the licensing authority or the outcome of the appeal (which may include removing a person from the list).
- (4) The Board must make the list kept by it under this paragraph available to every licensing authority.

SCHEDULE 14

Section 102

LICENSING AUTHORITY'S POWERS OF INTERVENTION

Introductory

- 1 (1) This Schedule applies –
- (a) where, in relation to a licensed body and the relevant licensing authority, one or more of the intervention conditions is satisfied;
 - (b) where a licence granted to a body has expired (and has not been renewed or replaced by the relevant licensing authority).

- (2) The intervention conditions are –
- (a) that the licensing authority is satisfied that one or more of the terms of the licensed body's licence have not been complied with;
 - (b) that a person has been appointed receiver or manager of property of the licensed body;
 - (c) that a relevant insolvency event has occurred in relation to the licensed body;
 - (d) that the licensing authority has reason to suspect dishonesty on the part of any manager or employee of the licensed body in connection with –
 - (i) that body's business,
 - (ii) any trust of which that body is or was a trustee,
 - (iii) any trust of which the manager or employee of the body is or was a trustee in that person's capacity as such a manager or employee, or
 - (iv) the business of another body in which the manager or employee is or was a manager or employee, or the practice (or former practice) of the manager or employee;
 - (e) that the licensing authority is satisfied that there has been undue delay –
 - (i) on the part of the licensed body in connection with any matter in which it is or was acting for a client or with any trust of which it is or was a trustee, or
 - (ii) on the part of a person who is or was a manager or employee of the licensed body in connection with any trust of which that person is or was a trustee in that person's capacity as such a manager or employee,and the notice conditions are satisfied;
 - (f) that the licensing authority is satisfied that it is necessary to exercise the powers conferred by this Schedule (or any of them) in relation to a licensed body to protect –
 - (i) the interests of clients (or former or potential clients) of the licensed body,
 - (ii) the interests of the beneficiaries of any trust of which the licensed body is or was a trustee, or
 - (iii) the interests of the beneficiaries of any trust of which a person who is or was a manager or employee of the licensed body is or was a trustee in that person's capacity as such a manager or employee.
- (3) For the purposes of sub-paragraph (2) a relevant insolvency event occurs in relation to a licensed body if –
- (a) a resolution for a voluntary winding-up of the body is passed without a declaration of solvency under section 89 of the Insolvency Act 1986 (c. 45);
 - (b) the body enters administration within the meaning of paragraph 1(2)(b) of Schedule B1 to that Act;
 - (c) an administrative receiver within the meaning of section 251 of that Act is appointed;
 - (d) a meeting of creditors is held in relation to the body under section 95 of that Act (creditors' meeting which has the effect of converting a

- members' voluntary winding up into a creditors' voluntary winding up);
- (e) an order for the winding up of the body is made.
- (4) The notice conditions referred to in sub-paragraph (2)(e) are –
- (a) that the licensing authority has given the licensed body a notice inviting it to give an explanation within such period (of not less than 8 days) following the giving of the notice as may be specified in it;
 - (b) that the licensed body has failed within that period to give an explanation which the licensing authority regards as satisfactory; and
 - (c) that the licensing authority gives notice of the failure to the licensed body and (at the same time or later) notice that this Schedule applies in its case by virtue of sub-paragraph (2)(e).
- (5) Where this Schedule applies in relation to a licensed body by virtue of sub-paragraph (1)(a) it continues to apply after the body's licence has been revoked or has otherwise ceased to have effect.
- (6) For the purposes of this Schedule "licensed body" includes –
- (a) a body whose licence is suspended;
 - (b) a body to whom this Schedule continues to apply by virtue of sub-paragraph (5);
 - (c) except in this paragraph, a body whose licence has ceased to have effect as mentioned in sub-paragraph (1)(b).

Money: prohibition on payment

- 2 (1) The licensing authority may apply to the High Court for an order under sub-paragraph (2), and the High Court may make the order if it thinks fit.
- (2) The order is that a person holding money on behalf of the licensed body may not make any payment of the money, except with the leave of the court.
- (3) An order under sub-paragraph (2) may take effect in relation to a person –
- (a) whether or not the person is named in the order;
 - (b) however the money is held;
 - (c) whether the money was received before or after the order was made.
- (4) But an order under sub-paragraph (2) does not take effect in relation to a person until the licensing authority –
- (a) has given the person a copy of the order, and
 - (b) (in the case of a bank or other financial institution) has indicated the branches at which it believes money to which the order relates is held.
- (5) A person is not to be treated as having disobeyed an order under sub-paragraph (2) by making a payment of money if the court is satisfied that the person –
- (a) exercised due diligence to ascertain whether it was money to which the order related, and
 - (b) failed to ascertain that the order related to it.

Money etc: vesting in licensing authority

- 3 (1) The sums of money to which this paragraph applies, and the right to recover or receive them, vest in the licensing authority if the licensing authority decides that they should do so.
- (2) This paragraph applies to all sums of money held by or on behalf of the licensed body in connection with—
 - (a) its activities as a licensed body,
 - (b) any trust of which it is or was a trustee, or
 - (c) any trust of which a person who is or was a manager or employee of the licensed body is or was a trustee in that person's capacity as such a manager or employee.
- (3) Sub-paragraph (1) applies whether the sums were received by the person holding them before or after the licensing authority's decision.
- (4) Those sums and that right are held by the licensing authority—
 - (a) on trust to exercise the powers conferred by this Schedule in relation to them, and
 - (b) subject to that and to rules under paragraph 6, on trust for the persons beneficially entitled.
- (5) The licensing authority must give the licensed body, and any other person in possession of sums of money to which this paragraph applies—
 - (a) a copy of the licensing authority's decision, and
 - (b) a notice prohibiting the payment out of those sums.
- (6) A person to whom a notice under sub-paragraph (5) is given may apply to the High Court for an order directing the licensing authority to withdraw the notice.
- (7) An application under sub-paragraph (6) must be made within 8 days of the licensing authority giving the person notice under sub-paragraph (5).
- (8) The person must give not less than 48 hours notice of any application under sub-paragraph (6)—
 - (a) to the licensing authority, and
 - (b) if the notice under sub-paragraph (5) gives the name of a solicitor instructed by the licensing authority, to that solicitor.
- (9) If the court makes the order, it may make any other order it thinks fit with respect to the matter.
- (10) It is an offence for a person to whom a notice has been given under sub-paragraph (5) to pay out sums of money at a time when such payment is prohibited by the notice.
- (11) A person who is guilty of an offence under sub-paragraph (10) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 3 on the standard scale.
- 4 (1) Any rights to which this paragraph applies shall vest in the licensing authority if the licensing authority decides that they should do so.
- (2) This paragraph applies to any right to recover or receive debts due to the licensed body in connection with its business.

- (3) Any sums recovered by the licensing authority by virtue of the exercise of rights vested under sub-paragraph (1) vest in the licensing authority and are held by it –
 - (a) on trust to exercise the powers conferred by this Schedule in relation to them, and
 - (b) subject to that and to rules under paragraph 6, on trust for the persons beneficially entitled.
 - (4) The licensing authority must give the licensed body, and any other person who owes a debt to which the order applies a copy of the licensing authority's decision.
- 5
- (1) If the licensing authority takes possession of any sum of money to which paragraph 3 applies or by virtue of paragraph 4, it must pay it into a special account in the name of the licensing authority or a person nominated on its behalf.
 - (2) A person nominated under sub-paragraph (1) holds that sum –
 - (a) on trust to permit the licensing authority to exercise the powers conferred by this Schedule in relation to it, and
 - (b) subject to that and rules under paragraph 6, on trust for the persons beneficially entitled.
 - (3) A bank or other financial institution at which a special account is kept is under no obligation to ascertain whether it is being dealt with properly.
- 6
- (1) The licensing authority may make rules governing its treatment of sums vested in it under paragraph 3 or 4(3).
 - (2) The rules may, in particular, make provision in respect of cases where the licensing authority, having taken such steps to do so as are reasonable in all the circumstances of the case, is unable to trace the person or persons beneficially entitled to any sum vested in the licensing authority under paragraph 3 or 4(3) (including provision which requires amounts to be paid into or out of any fund maintained by the licensing authority in connection with its compensation arrangements).

Money: information

- 7
- (1) The licensing authority may apply to the High Court for an order requiring a person to give the licensing authority –
 - (a) information about any money held by the person on behalf of the licensed body, and the accounts in which it is held, or
 - (b) information relevant to identifying any money held by the licensed body or by another person on its behalf.
 - (2) The High Court may make the order if it is satisfied that there is reason to suspect –
 - (a) in a case within sub-paragraph (1)(a), that the person holds money on behalf of the licensed body, and
 - (b) in a case within sub-paragraph (1)(b), that the person has the information in question.
 - (3) This paragraph is without prejudice to paragraphs 2 to 6.

Notice to produce or deliver documents

- 8 (1) The licensing authority may give notice to the licensed body requiring it to produce or deliver all documents in its possession or under its control in connection with—
- (a) its activities as a licensed body,
 - (b) any trust of which it is or was a trustee, or
 - (c) any trust of which a person who is or was a manager or employee of the licensed body is or was a trustee in that person's capacity as such a manager or employee.
- (2) The notice may require the documents to be produced—
- (a) to any person appointed by the licensing authority;
 - (b) at a time and place to be fixed by the licensing authority.
- (3) The person appointed by the licensing authority may take possession of any such documents on behalf of the licensing authority.
- (4) It is an offence for a person having possession of such documents to refuse, neglect or otherwise fail to comply with a notice under sub-paragraph (1).
- (5) Sub-paragraph (4) does not apply where an application has been made to the High Court under paragraph 9(1)(a).
- (6) A person who is guilty of an offence under sub-paragraph (4) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 3 on the standard scale.

Order to produce or deliver documents

- 9 (1) The High Court may, on the application of the licensing authority, make an order for production or delivery—
- (a) in relation to a person required to produce documents under paragraph 8 and the documents the person was required to produce;
 - (b) if it is satisfied that there is reason to suspect that documents in relation to which the powers in paragraph 8 are exercisable have come into the possession or under the control of some person other than the licensed body, in relation to that person and those documents.
- (2) An order for production or delivery is an order—
- (a) requiring a person to produce or deliver documents to any person appointed by the licensing authority, at a time and place specified in the order, and
 - (b) authorising the appointed person to take possession of the documents on behalf of the licensing authority.
- (3) The court may, on the application of the licensing authority, authorise a person appointed by the licensing authority to enter any premises (using such force as is reasonably necessary) to search for and take possession of—
- (a) any documents to which an order for production or delivery relates;
 - (b) any property—
 - (i) in the possession of or under the control of the licensed body, or
 - (ii) in the case of an order under sub-paragraph (1)(b), which was in the possession or under the control of that body and has

come into the possession or under the control of the person in respect of whom the order is made,
which the licensing authority reasonably requires for the purpose of accessing information contained in any such documents,
and to use property obtained under paragraph (b) for that purpose.

- (4) It may do so on making the order for production or delivery, or at any later time.

Taking possession of documents etc under notice or order

- 10 (1) This paragraph applies where the licensing authority takes possession of documents or any other property under paragraph 8 or 9.
- (2) On taking possession, it must give a notice to –
- (a) the licensed body, and
 - (b) any other person from whom the documents or property were received or from whose possession they were taken.
- (3) The notice must state that possession has been taken and specify the date on which possession was taken.
- (4) A person to whom a notice under sub-paragraph (2) is given may apply to the High Court for an order directing the licensing authority to deliver the documents or other property to such person as the applicant requires.
- (5) An application under sub-paragraph (4) must be made within 8 days of the licensing authority giving the person notice under sub-paragraph (2).
- (6) The person must give not less than 48 hours notice of the application –
- (a) to the licensing authority, and
 - (b) if the notice under sub-paragraph (2) gives the name of a solicitor instructed by the licensing authority, to that solicitor.
- (7) The court may make any order it thinks fit.

Mail and other forms of communication

- 11 (1) The High Court, on the application of the licensing authority, may from time to time make a communications redirection order.
- (2) A communications redirection order is an order that specified communications to the licensed body are to be directed, in accordance with the order, to the licensing authority or any person appointed by the licensing authority.
- (3) For the purposes of this paragraph –
- (a) “specified communications” means communications of such description as are specified in the order;
 - (b) the descriptions of communications which may be so specified include –
 - (i) communications in the form of a postal packet;
 - (ii) electronic communications;
 - (iii) communications by telephone.
- (4) A communications redirection order has effect for such time not exceeding 18 months as is specified in the order.

- (5) Where a communications redirection order has effect, the licensing authority or the person appointed by the licensing authority may take possession or receipt of the communications redirected in accordance with the order.
- (6) Where a communications redirection order is made the licensing authority must pay to the designated payee the like charges (if any) as would have been payable for the redirection of the communications to which the order relates if the addressee –
 - (a) had permanently ceased to occupy or use the premises or other destination of the communications, and
 - (b) had applied to the designated payee to redirect the communications as mentioned in the order.
- (7) For this purpose “the designated payee” means –
 - (a) in the case of an order relating to postal packets, the postal operator concerned, and
 - (b) in any other case, the person specified in the order as the designated payee.
- (8) The High Court may, on the application of the licensing authority, authorise the licensing authority, or a person appointed by it, to take such steps as may be specified in the order in relation to any website purporting to be or have been maintained by or on behalf of the licensed body, if the High Court is satisfied that the taking of those steps is necessary to protect the public interest or the interests of clients (or potential or former clients) of the licensed body.
- (9) In this paragraph “postal operator” and “postal packet” have the meaning given by section 125(1) of the Postal Services Act 2000 (c. 26).
- (10) This paragraph does not apply where the powers conferred by this Part of this Schedule are exercisable by virtue of paragraph 1(2)(e).

Use of documents in licensing authority's possession

- 12 (1) The licensing authority may apply to the High Court for an order as to the disposal or destruction of any document or other property in its possession by virtue of paragraph 8, 9 or 11.
 - (2) The court may make any order it thinks fit.
- 13 (1) The licensing authority may take copies of or extracts from any documents in its possession by virtue of paragraph 8, 9 or 11.
 - (2) If the licensing authority proposes to deliver such documents to any person, it may make the delivery conditional on the person giving a reasonable undertaking to supply copies or extracts to the licensing authority.
 - (3) Sub-paragraphs (1) and (2) are subject to any order made by the court under paragraph 10 or 12.

Trusts

- 14 (1) If the licensed body is a trustee of any trust, the licensing authority may apply to the High Court for an order for the appointment of a new trustee in substitution for it.

- (2) If a person who is a manager or employee of the licensed body is a trustee of any trust in that person’s capacity as such a manager or employee, the licensing authority may apply to the High Court for an order for the appointment of a new trustee in substitution for that person.
- (3) The Trustee Act 1925 (c. 19) has effect in relation to an appointment of a new trustee under this paragraph as it has effect in relation to an appointment under section 41 of that Act.

General powers of licensing authority

- 15 The powers conferred by this Schedule in relation to sums of money, documents or other property may be exercised despite any lien on them or right to their possession.
- 16 The licensing authority may do all things which are reasonably necessary to facilitate the exercise of its powers under this Schedule.

Licensing authority’s costs

- 17 (1) Any costs incurred by the licensing authority for the purposes of this Schedule (including the costs of any person exercising powers under this Schedule on behalf of the licensing authority) –
 - (a) are to be paid by the licensed body, and
 - (b) may be recovered from the licensed body as a debt owing to the licensing authority.
- (2) Sub-paragraph (1) is subject to any order for payment of costs that may be made on an application to the court under this Schedule.
- 18 (1) The High Court, on the application of the licensing authority, may order a liable party to pay a specified proportion of the costs mentioned in paragraph 17.
- (2) For this purpose a “liable party” means –
 - (a) if the licensed body is a partnership, any former partner in the licensed body,
 - (b) in any other case, any manager or former manager of the licensed body.
- (3) The High Court may make an order under this paragraph in respect of a liable party only if it is satisfied that the conduct (or any part of the conduct) by reason of which this Schedule applies was conduct carried on with the consent or connivance of, or was attributable to any neglect on the part of, the liable party.
- (4) In this paragraph “specified” means specified in the order made by the High Court.

Annexe 6

Enquête menée sur les ABS par la SRA, mai 2014

Research on alternative business structures (ABSs)

Findings from surveys with ABSs and applicants that withdrew from the licensing process

May 2014

Contents

Summary.....	3
How firms have used the flexibility of an ABS model	3
Views on the application process	4
1. Introduction	6
Background	6
Survey sample.....	7
2. Profile of ABSs	9
Profile of licensed ABSs	9
Status of entity at time of application	10
Location	13
Profile of survey respondents	14
Survey findings on activities of ABSs	16
Other factors influencing decisions to apply for an ABS license.....	19
Impacts on legal education and training	19
3. Views on licensing process	21
Activities and preparation undertaken before submitting an application	21
During the application process	23
Application and business plan changes.....	25
Understanding of risk	27
Time and cost of application	28
Conclusion.....	31

Summary

Based on a rationale of increasing competition and diversifying the supply of legal services to better meet the needs of consumers, the Legal Services Act 2007 opened the legal services sector to alternative business structures (ABSs). We started accepting applications from prospective ABSs in January 2012 and licensed our first ABSs in March 2012.

To become an ABS requires the submission of a successful licensing application to an approved regulator, including provision of background information as to the structure of the firm and the details of the non-legal managers and investors. As an approved regulator, we established a formal application process for all potential ABSs, whether the application was from an organisation previously regulated by us or not.

This research collates and analyses applicant perceptions of the effectiveness of the licensing process, together with their views on how organisations are using the flexibility offered by ABS status. The research was open to all firms who had made an application since we started this work in January 2012. The application process has been modified significantly over this period and so the research captures applicants with a range of different views.

The information and data presented in this report was collected via two online surveys, one completed by successful applicants that have subsequently become an ABS, and a second from a survey of firms that withdrew from the process. A total of 46 firms completed the questionnaires. These included a wide range of different types of organisation from small locally-focused practices to large international firms.

How firms have used the flexibility of an ABS model

ABSs encompass a very wide range of different types of organisation, making it very difficult to draw generalisations about them as a distinct subset of the legal services sector. Some ABSs are very small firms, while others contain hundreds of partners and have turnovers in excess of £100 million.

Although there were under 250 ABSs at the time of this research¹, headline statistics show that they have achieved a significant share of the overall market in certain areas of legal work:

- ABSs accounted for a third of all turnover in the personal injury market²
- ABSs have captured a significant percentage of turnover in mental health, non-litigation other (e.g. mergers and acquisitions and probate), consumer and social welfare
- Other than these areas, ABSs are spread relatively evenly across a range of different legal work types.

The most significant changes that ABSs have made, as a result of their new business model, relate to how the business is financed and the attraction of new investment.

¹ 190 at the time of the survey launch and 239 at the time of the data download for market analysis

² Based on an analysis of declared turnover in the 2013 Practising Certificate renewals exercise

- Just over one quarter of respondents made changes to the way their business is financed and just over one in five now offer different and/or additional services to their clients
- Two thirds stated they had provided or attracted new investment into the firm, with the most common areas of investment being technology, marketing and changes to the way legal services are delivered.

It is possible that these areas of investment in ABSs are indicative of a trend that may improve the accessibility of legal services to consumers. However, further research and monitoring will be required to investigate this.

The main legal and regulatory factors that influenced respondent decisions to become an ABS were:

- Conversion to an ABS as a mandatory requirement for all legal disciplinary practices (LDPs)
- Appointment or promotion of non-legal staff to managerial posts
- Attraction of investment from non-legal individuals and organisations.

Views on the application process

Prior to submitting an application for licensing, organisations are provided with various avenues to obtain information, advice and guidance. Over three quarters of respondents had accessed this information via online guidance from our website and over two thirds had chosen to discuss their application with a member of our staff.

More than three quarters of respondents rated the pre-submission information sources available as 'very useful' or 'useful', with 77 percent considering discussions with our staff to be of particular benefit. Suggestions for possible improvements were put forward and related to the provision of more detailed explanations of the process, timeframes and evidence required.

When asked to consider the application process, respondents were questioned about their engagement with our staff, our handling and processing of submissions, and whether engagement had led to changes to their application or business plan.

- Respondent perceptions of their interactions with our staff were broadly positive, with over 90percent 'strongly agreeing' or 'agreeing' that those handling their application were professional to deal with
- Over half felt that we had communicated effectively with them, however, one in five 'disagreed' or 'strongly disagreed' with the same statement. 51 percent indicated that they felt staff were bureaucratic to deal with
- 54 percent considered that their application had not been handled in a timely manner, and two in five stated that reasons for delay had not been adequately explained

- There was an even split between respondents that had made changes to their applications or business plans and those that had not. There were also mixed opinions about how reasonable these requirements had been
- A third of respondents stated that the application process had resulted in an increased understanding of risk management. In particular, the process had encouraged firms to identify possible risks, prepare themselves for regulation under OFR and to consider how we expect them to approach the management of risk.

Applicants were asked to reflect on the resource and monetary costs incurred through the preparation and submission of their applications. The majority of respondents found that the application process took longer than they had expected. Just under half spent 'significantly more' or 'more' than they were expecting on other monetary costs.

- The most significant costs were incurred through management and partner involvement and our fees
- Other costs related to other staff time, including financial managers, COLPs, COFAs and administration.

1. Introduction

This report sets out the findings of research on alternative business structures (ABSs) undertaken approximately two years after we first started to licence this new form of legal entity.

The report includes two main sections:

- **Part 1** - provides an overview of licensed ABSs and reviews information to help us understand whether they are delivering legal services differently to other existing law firms. It is still too early to expect to see significant market level change across the legal services sector. By looking at how existing ABSs are using the flexibility offered by their business models, we hope to shed light on how ABSs may contribute to future change in the legal services market. This could be via a combination of a direct impact, by a large number of ABSs taking up certain new practices, and by indirect impacts, by facilitating wider market changes as non-ABSs adapt to remain competitive.
- **Part 2** - sets out the experiences and opinions of the licensing process from organisations that have been through it, including those that withdrew their application.

Background

The Legal Services Act 2007 allowed for the introduction of ABSs³, a form of business structure that enables non-lawyers to have an interest in a legal services business which provides reserved activities. It differs from a traditional law firm, in that:

- Lawyers and non-lawyers can share in the management and control of these businesses
- ABSs can have non-lawyer investment.

To become licensed as an ABS by us, applicants must meet the standards and requirements set out in the SRA Handbook⁴ and go through our licensing process. We first started accepting applications for ABS licences in January 2012 and licensed the first organisations in March that year⁵.

In the Clementi Review of legal services⁶ the Government expressed its support for the principle of enabling legal services to be offered through ABSs, facilitating the entry of new investment and non-legal management into the market. Before this, in a 2003 report⁷ it was stated that:

'The Government supports in principle enabling legal services to be provided through alternative business structures. Such new structures would provide an opportunity for

³ [Legal Services Act 2007](#)

⁴ The Council for Licensed Conveyancers (CLC) also regulate ABSs, but in their case, conveyancing is the only reserved legal service that these ABS can offer.

⁵ [SRA authorises first ABSs](#). March 2012

⁶ Clementi D, 'Report of the Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales', December 2004

⁷ 'Competition and regulation in the legal services market', CP(R2), DCA, July 2003

increased investment and therefore enhanced development and innovation, for improved efficiency and lower costs'.

The proposed introduction of ABSs into the market led to a number of debates, of which one, in 2010, asked *'If ABSs are the answer, what's the question'*⁸. Delivered by Stephen Mayson, this paper highlighted a number of policy imperatives that the introduction of ABSs could deliver:

- Competition
- Greater ease of use of legal services
- Fewer restrictions on the forms business structures may take
- More cost-effective legal services
- Different forms of access to legal services

It is still too early to assess the extent to which the above impacts are being seen in the market and among consumers, but it is possible to examine the approach taken by ABSs. This will help us to better understand whether ABSs have a different approach to the provision of legal services, and whether this may lead to a trend across the wider legal services market.

In exploring the impact of ABSs on the legal services market, it is important to note the diversity of the ABSs licensed so far. These firms range from previously SRA regulated law firms that have formally included an existing non-solicitor in their ownership structure, to large conglomerates providing legal services alongside other professional services.

In many cases, the one common characteristic shared by these businesses is their legal status as an ABS. Attempting to treat them as a homogenous group is, therefore, often unhelpful. Genuine comparative analysis of different 'subgroups' of ABSs will become more viable as the population of these firms increases.

Survey sample

The majority of the findings in this paper are based on responses from two web-based surveys, undertaken between October 2013 and January 2014. The questionnaires for these surveys were designed by our in-house research team and the survey was administered via our web team. Respondents were assured that their responses would be treated anonymously and identifying details were removed before the data was provided to our research team for analysis.

The details of the surveys are as follows:

- **Survey of licensed ABSs:** This survey took place between October and December 2013. At the time of the surveys' launch, 190 ABSs had been licensed and all but four were invited to participate⁹. A total of 41 firms responded to the survey, which equates to

⁸ Mayson, S. *'If ABSs are the answer, what's the question: Edited version of the keynote speech at the Society's conference on ABS, which poses challenges to those on both sides of the debate'*, 14th June 2010.

⁹ These four firms were excluded from the survey as a result of live complaints or investigations. This meant it was not appropriate to contact these firms for the purpose of a market research survey.

a response rate of 21 percent of the available sample. Of these respondents, six were firms that had previously been a legal disciplinary practice (LDP)¹⁰.

- **Survey of firms that withdrew from the licensing process:** This survey was carried out in January 2014. At this time, 62 organisations had applied for ABS status and had subsequently withdrawn from the process¹¹. Only five of these organisations responded to the survey. This is a response rate of less than ten per cent, but a low number of responses were expected given that this was a cohort that had not achieved the outcome they had wanted when they made their original application.

The report also draws on the data we hold on the characteristics of ABSs. All tables and charts in the report are based on this data or from findings of the survey of licensed ABSs. Due to the low response rate from the second survey, descriptive analysis has been provided on the firms that withdrew from the licensing process.

In addition to analysing headline survey findings, we ran a number of cross-tabulations in an attempt to identify other notable trends and significant variations in the data. However, the sample sizes were too small to establish a suitable level of significance and to draw meaningful conclusions.

¹⁰ LDPs are a type of solicitors' firm which includes one or more lawyers who are not solicitors (barristers, notaries, legal executives, licensed conveyancers, patent agents, trade mark agents or law costs draftsmen) and/or up to 25 per cent non-lawyers.

¹¹ At the time of the survey, 62 firms had withdrawn from the process, however the figures quoted did not take into consideration account applications that were still ongoing.

2. Profile of ABSs

This section sets out findings on the characteristics of existing ABSs, their market share, and how they are doing things differently as a result of their ABS licence.

Profile of licensed ABSs

The following charts are based on data from the 2013 practising certificate (PC) renewals exercise¹². ABSs currently make up just over 2 percent of legal entities regulated by us in England and Wales.

Figure 2.1 presents the size of ABSs by number of fee earners. Note that, compared to the wider market, lower proportions of ABSs employ less than nine fee earners, but higher proportions employ 10 or more.

Figure 2.1: Fee earners				
Number of Fee Earners	ABS (Numbers)	ABS (%)	All regulated firms (Numbers)	All regulated firms (%)
Less than 9	114	52.1	7,783	78
10 to 49	67	30.6	1,712	17.1
50 to 99	16	7.3	188	1.9
100 to 499	17	7.8	164	1.6
500+	5	2.3	144	1.4
Total	219	100.0%	9,991	100.0%
<i>Source: SRA Application Form Data, Feb 2014. N=219</i>				

¹² The process carried out each year in November where regulated firms and individuals pay for their PC.

Status of entity at time of application

Figure 2.2 sets out a high-level analysis of the status of ABSs at the point at which they applied for their ABS licence. We have attempted to categorise new entrants in comparison to entities that were previously regulated by us.

We could not undertake this analysis without making some subjective judgements. Each ABS has its own set of circumstances and may be intending to do something different as a result of the flexibility offered by an ABS licence. For example, many ABSs involve an SRA regulated entity coming together with a non-regulated business. These firms are difficult to definitively categorise as 'new entrants' or as 'existing firms' making some form of 'conversion'.

The following table is based on data obtained from the application forms of ABSs which have been granted a licence. Due to the complexities of categorisation, the groupings shown in Figure 2.2 are quite broad. It shows that:

- Almost 16 percent of ABSs are former LDPs
- About a third of ABSs are 'new' entities (with no previous SRA ID stated on their application form)
- Firms that were previously regulated by the SRA but are making significant changes are classed as 'existing firms with a significant change', these accounted for about 40 percent of licensed ABSs
- A small proportion of firms (11 percent) did not state a previous SRA ID, but their application form showed they were linked to an existing firm in some way. For instance, in the form of a merger resulting in a new firm or changes to an existing sole practice.

Figure 2.2: Status of entity		
Status of entity at application stage	ABS (Numbers)	ABS (%)
Existing LDP firm	38	15.9
Linked to existing SRA-regulated firm (no existing SRA ID)	27	11.3
Existing firm with a significant change (existing SRA ID)	96	40.2
New Entity - no previous SRA ID	78	32.6
Total	239	100.0%
<i>Source: SRA Application Form Data, Feb 2014. N=239</i>		

When analysing the size of ABSs by number of partners, the breakdown is broadly reflective of the wider regulated community. The main difference is the lower proportion of ABSs with between 10 and 49 partners.

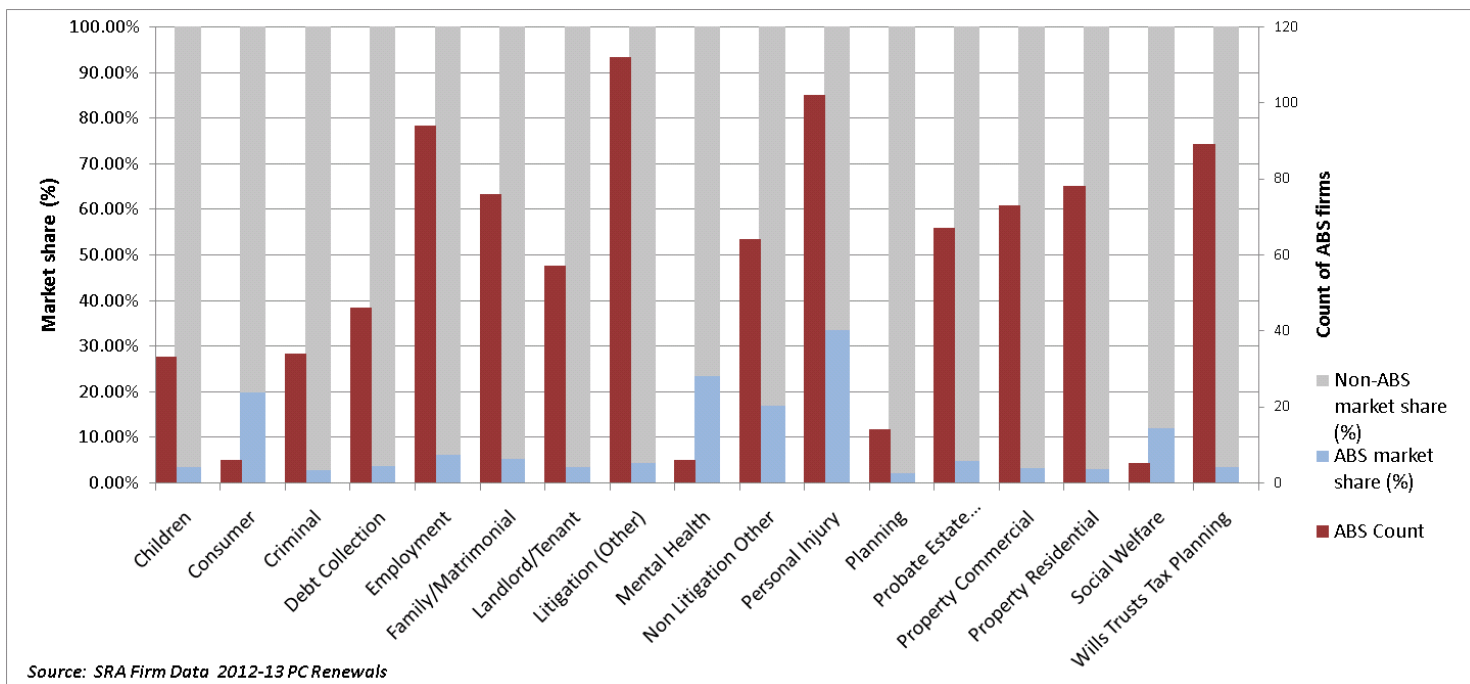
Figure 2.3 Numbers of partners				
Number of Partners	ABS (Numbers)	ABS (%)	All regulated firms (Numbers)	All regulated firms (%)
1 to 9	187	85.4	8,339	83.7
10 to 49	24	11.0	1,374	13.8
50 to 99	4	1.8	138	1.4
100+	3	1.4	117	1.2
Total	218	100.0%	9,968	100.0%
<i>Source: SRA Application Form Data, Feb 2014. N=218</i>				

Figure 2.4 illustrates that firms of all turnover sizes are becoming ABSs, with a relatively even spread among the various categories between £20,000 and £10m. There are 942 firms listed as having no turnover. This relates to the constitution of the entity, where a recognised body can be established as part of a larger corporate structure and not have a turnover associated with it.

Figure 2.4: Turnover				
Turnover	ABS (Numbers)	ABS (%)	All regulated firms (Numbers)	All regulated firms (%)
£0	20	9.1	942	9.4
£1 - £19,999	8	3.7	278	2.8
£20,000 - £149,999	28	12.8	2,535	25.4
£150,000 - £499,999	38	17.4	2,767	27.7
£500,000 - £999,999	25	11.4	1,381	13.8
£1m - £2,999,999	35	16.0	1,276	12.8
£3m - £9,999,999	36	16.4	544	5.4
£10m - £29,999,999	17	7.8	145	1.5
£30m - £69,999,999	6	2.7	48	0.5
£70m - £149,999,999	5	2.3	37	0.4
£150m +	1	0.5	32	0.3
Total	219	100.0%	9,984	100.0%
<i>Source: SRA Application Form Data, Feb 2014. N=219</i>				

As well as being highly diverse in terms of size and turnover, ABSs have become active in the delivery of a wide range of different legal services. Figure 2.5 shows data from the 2013 PC renewals exercise, which requires firms to give a breakdown of their turnover by legal activity. From this it can be seen how active ABSs are in different areas of legal work. The chart shows the proportion of revenue from each work area that is generated by an ABS (grey bar). The chart also shows the number of ABS active in each area of legal work.

Figure 2.5: ABS market share by legal service



From Figure 2.5 it can be seen that:

- ABSs accounted for a third of all turnover in the personal injury market
- ABSs have captured a significant percentage of turnover in mental health, non-litigation other (e.g. mergers and acquisitions and probate), consumer and social welfare¹³
- Other than these areas, ABSs are spread relatively evenly across a range of different legal work areas.

Although more evidence is needed to prove this hypothesis, the work areas that ABSs appear to be most active in, may point to increased interaction between ABSs and lower income client groups. This could suggest possible increased competition in areas of law where there may be barriers to access to justice for lower income groups. More research would be needed to demonstrate whether the findings in Figure 2.5 can be interpreted in this way.

¹³ Care needs to be taken when interpreting findings of smaller work types as an individual firm has more potential to skew the figures in these areas.

Location

It is very difficult to draw significant conclusions from an analysis of the geographic distribution of ABSs. Figure 2.6¹⁴ simply plots the location of ABSs across England and Wales, with clusters visible in large cities. On its own, this does not show us anything unexpected.

Figure 2.7 provides a different way of viewing the distribution of ABSs. A 'location quotient' has been calculated for each region. This compares the actual number of ABSs to the overall number of law firms located in this region. This analysis shows that, in comparison to the overall number of law firms located there, there is a high concentration of ABSs in the North West region. The concentration of ABSs in the North West is likely to be connected to the large number of firms that specialise in personal injury work located in this region. In comparison, London has a low concentration of ABSs due to the large numbers of law firms located in this region.

Figure 2.6: Location of ABS

(scatter plot of actual location of ABSs)

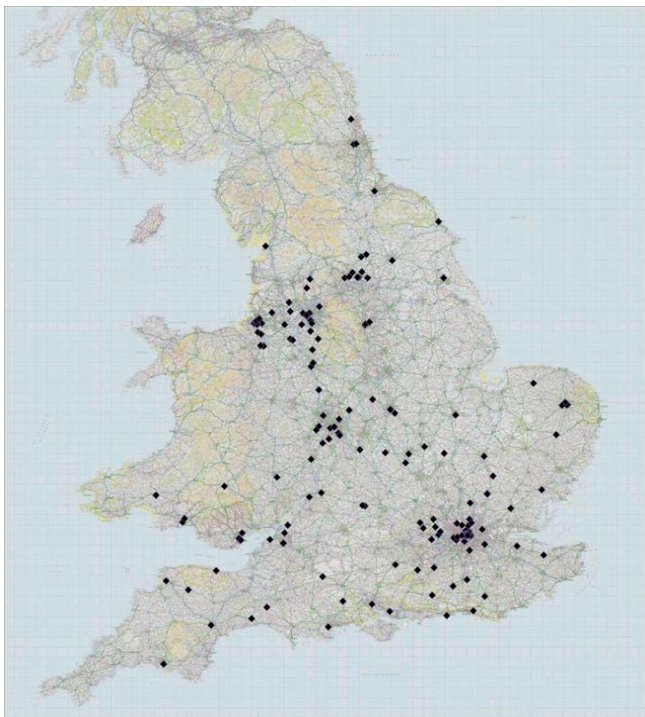
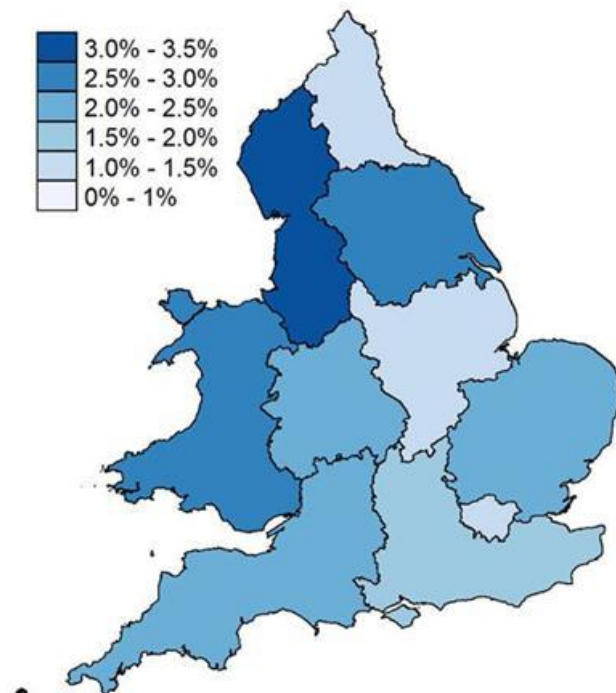


Figure 2.7: ABS concentration

(location quotient of ABSs compared to all SRA regulated firms)



¹⁴ Contains National Statistics data © Crown copyright and database right 2013

Contains public sector information licensed under the Open Government Licence v2.0.

Contains Ordnance Survey data © Crown copyright and database right 2013

Profile of survey respondents

The following figures present demographic characteristics of the firms that participated in the survey. The overall sample size of 41 firms is small and should not be viewed as a representative sample. However, the findings from the survey provide useful insights into the activities that ABSs are conducting and their experience of the licensing process.

Figure 2.8 shows that as many as 36 percent of respondents had only 2 to 9 employees, and only 10 percent had more than 100. The employee count includes partners, solicitors, paralegals and non-legal staff.

Figure 2.8: How many employees does your legal firm have?¹⁵		
	No of Respondents	% of Respondents
Sole Practitioner	3	8%
2 to 9	14	36%
10 to 49	11	28%
50 to 99	7	18%
100 to 199	0	0%
200+	4	10%
Total	39	100%
<i>Source: ABS Firm Survey, Nov 2013. N=39</i>		

In assessing the gender profile of respondent firms, Figure 2.9 shows that 50 percent identified themselves as having a male majority and 13 percent as having a higher proportion of female partners and directors.

Figure 2.9: Gender profile of partners and directors		
	No of Respondents	% of Respondents
The majority are female	5	13%
The majority are male	20	50%
There are equal numbers of male and female partners or directors	14	35%
Prefer not to say	1	3%
<i>Source: ABS Firm Survey, Nov 2013. N=40</i>		

Respondent firms were asked to consider the relative importance and contribution of legal services to their overall business activities. 90 percent of all successful ABS respondents considered the provision of legal services to represent their core business, with only seven per cent apportioning an equal rating to other non-legal services. Other services offered by

¹⁵ These employee numbers cannot be directly compared with employee data on the wider ABS population since SRA data for this population excludes non-legal staff who are not partners or managers.

licensed ABSs included claims management, financial services, mediation and training/consultancy.

Figure 2.10: Which of the following best describes the geographical distribution of your clients?

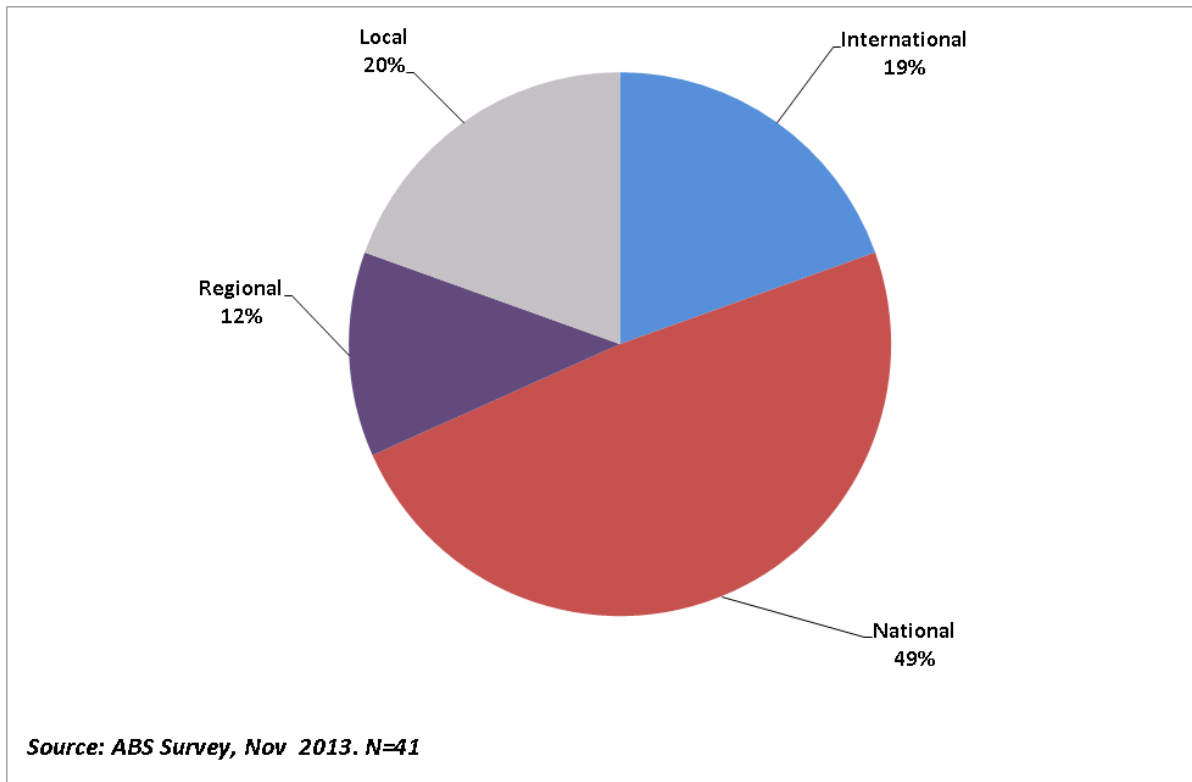
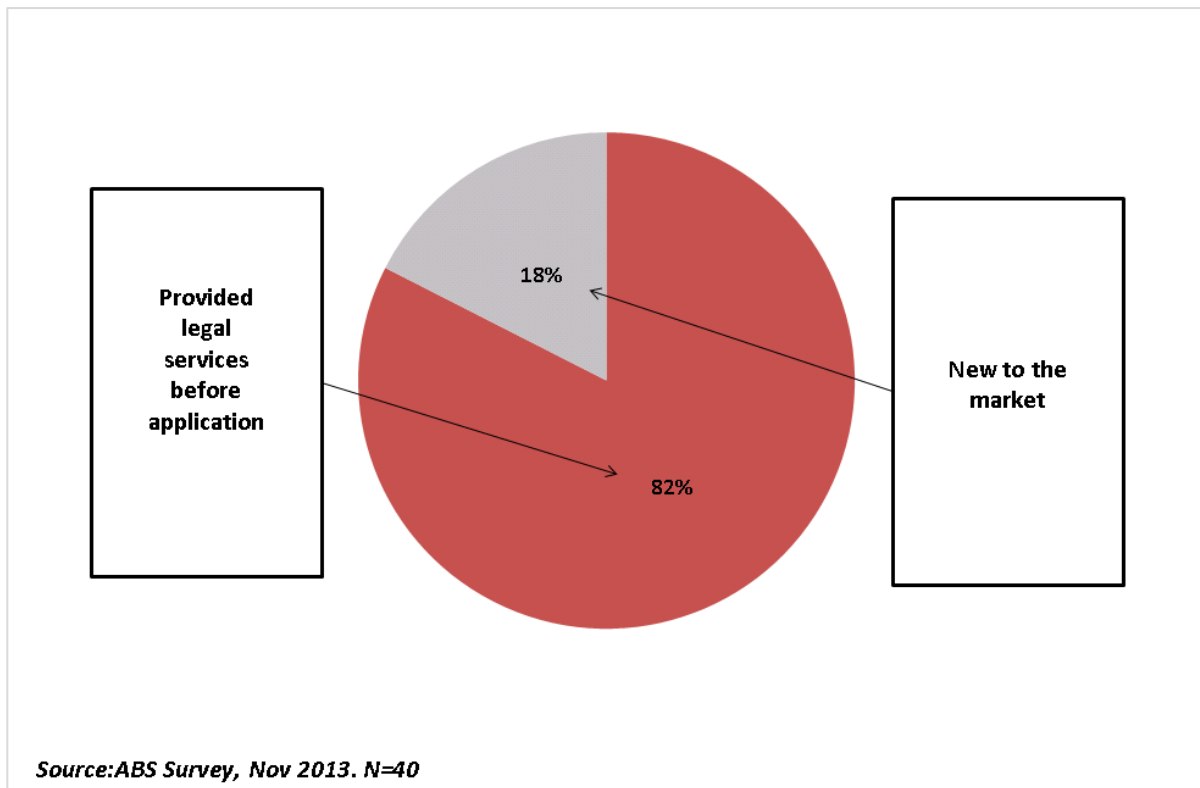


Figure 2.10 illustrates that almost half of all respondents (49 percent) offer legal services to clients across the UK, with 19 percent working with international clients. 20 percent of respondents focus on their local market.

Respondents were asked whether or not their organisation had provided legal services prior to the ABS application. As presented in Figure 2.11, we found that 82 percent had provided legal services in the past, with the rest having obtained an ABS license to enter this market. All five of the firms that had withdrawn their application had previously provided legal services.

Figure 2.11: Before applying to become an ABS, did your firm provide any legal services?



Of those firms that had previously provided legal services, almost all (94 percent) had offered reserved legal services, while 39 percent had offered non-reserved legal activities. Of the five withdrawn firms, four had offered reserved services in the past.

Survey findings on activities of ABSs

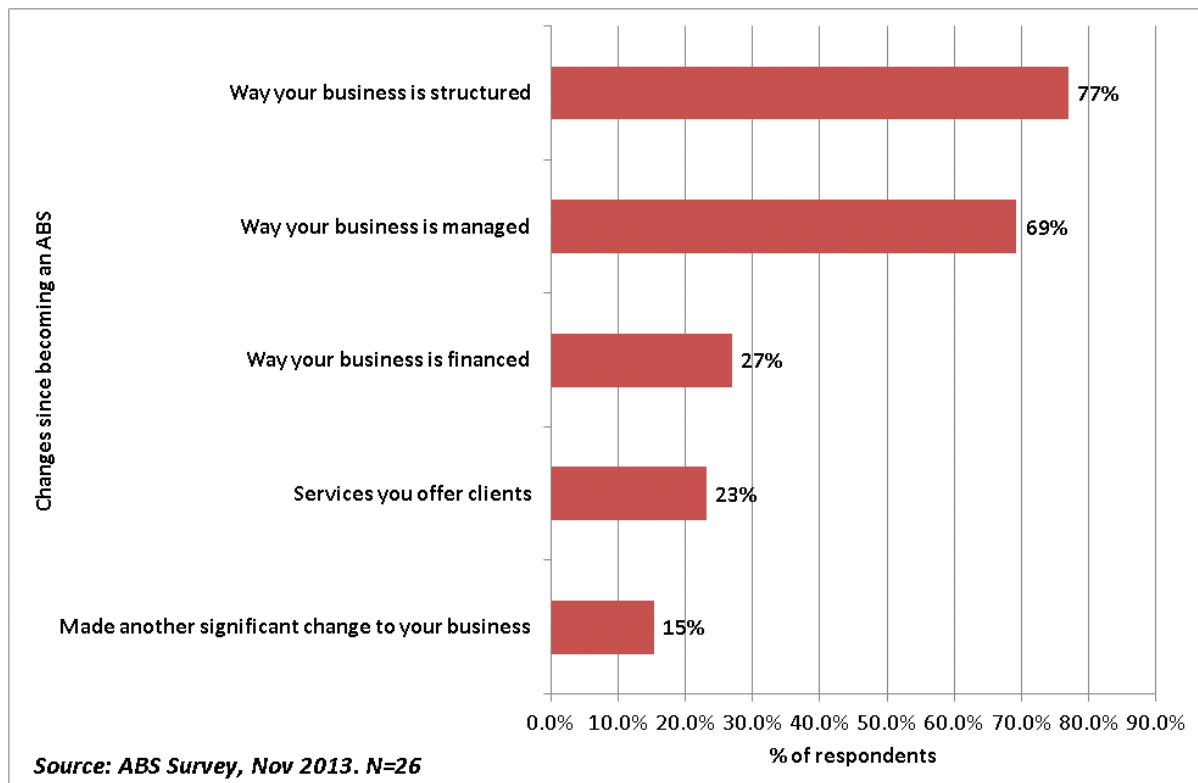
The survey of licensed ABSs included questions about their approach to delivering legal services¹⁶.

Respondents were asked to identify the main ways in which their business had changed since becoming an ABS. The majority of respondents had implemented significant changes in two main areas:

- The way their business is structured (77 percent)
- The way their business is managed (70 percent).

¹⁶ Similar questions were asked to firms that withdrew, but these questions were asked about their proposed business model

Figure 2.12: Changes since becoming an ABS



The survey of firms that withdrew from the application process showed that they had proposed to make similar changes.

These findings are consistent with a recent survey of 100 commercial law firms, conducted by Fox Williams¹⁷. This found that almost four out of ten respondents had already made changes to their management strategy as a result of the Legal Services Act and 14 percent had changed their partnership structure. In the same survey, it was found that one third of respondents were looking to broaden their service offering or access external investment. Figure 2.12 shows that changes in investment and service offering are also taking place with the firms that responded to this survey.

Figure 2.13 shows how ABSs have used the investment obtained. The main uses are:

- Technology (62 percent)
- Changes to the way legal services are delivered (62 percent)
- Marketing (62 percent).

A recent report by the Legal Services Board¹⁸ pointed to similar trends, including increased use of technology to deliver services. This research found that 91 percent of ABSs are using their websites to provide information, marketing materials and other services to consumers, compared to just 52 percent of other solicitors' firms.

¹⁷ ABSolutely Fabulous, Fox Williams, June 2012.

¹⁸ [Changes in competition in market segments](#), Legal Services Board, October 2013

Three of the five withdrawn firms stated that they expected to attract new investment, which would have been used to recruit staff and to develop new ways to deliver existing services.

Figure 2.13: How has new investment been used?

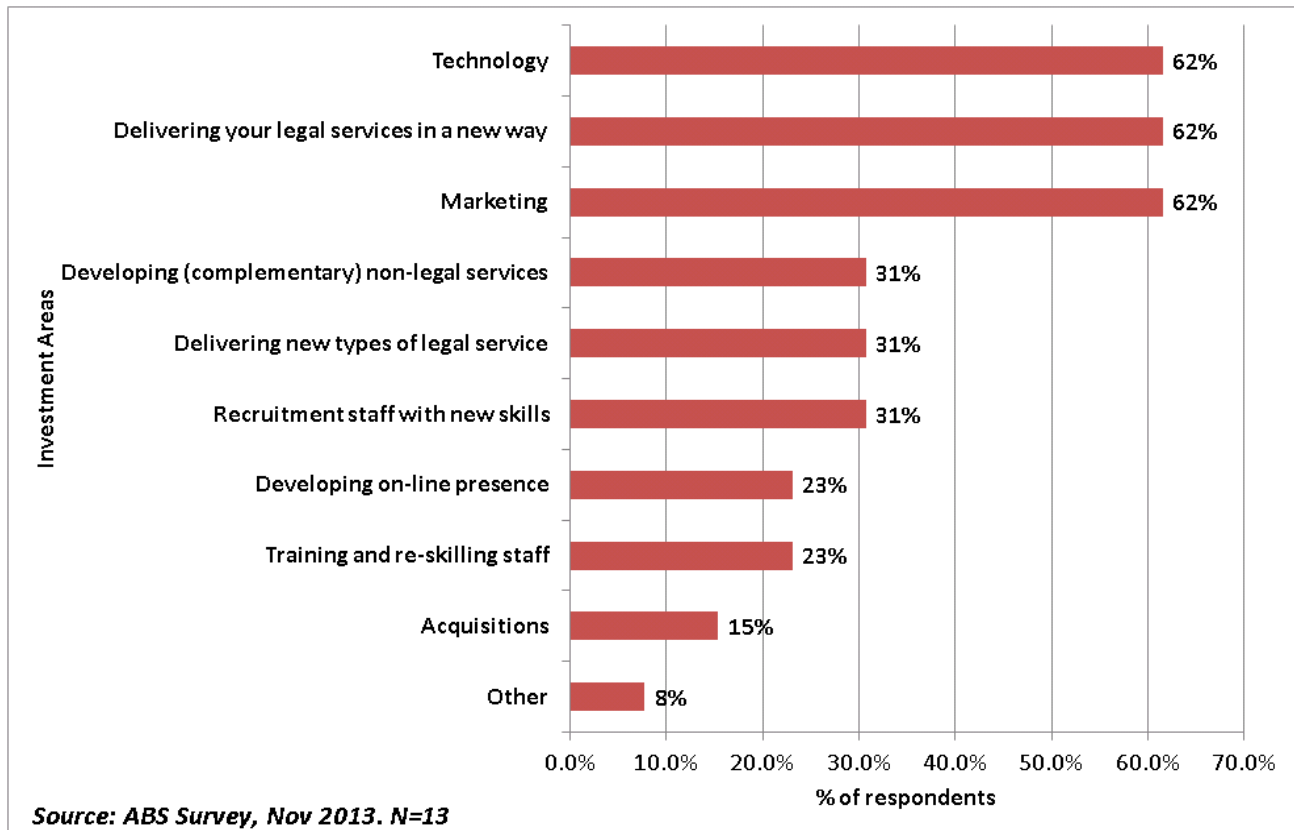


Figure 2.14 shows responses regarding the main changes that firms had made, or were planning, as a result of the flexibility offered by their ABS licence. This question was asked as a multiple choice, with respondents able to select as many options as were relevant to their business. The findings show that the most common adaptations and changes that had already been implemented by new ABSs are:

- Promotion of non-lawyers to managerial positions (27 percent)
- Recruitment of non-lawyers into managerial positions (16 percent)
- Entry into the legal services market (14 percent).

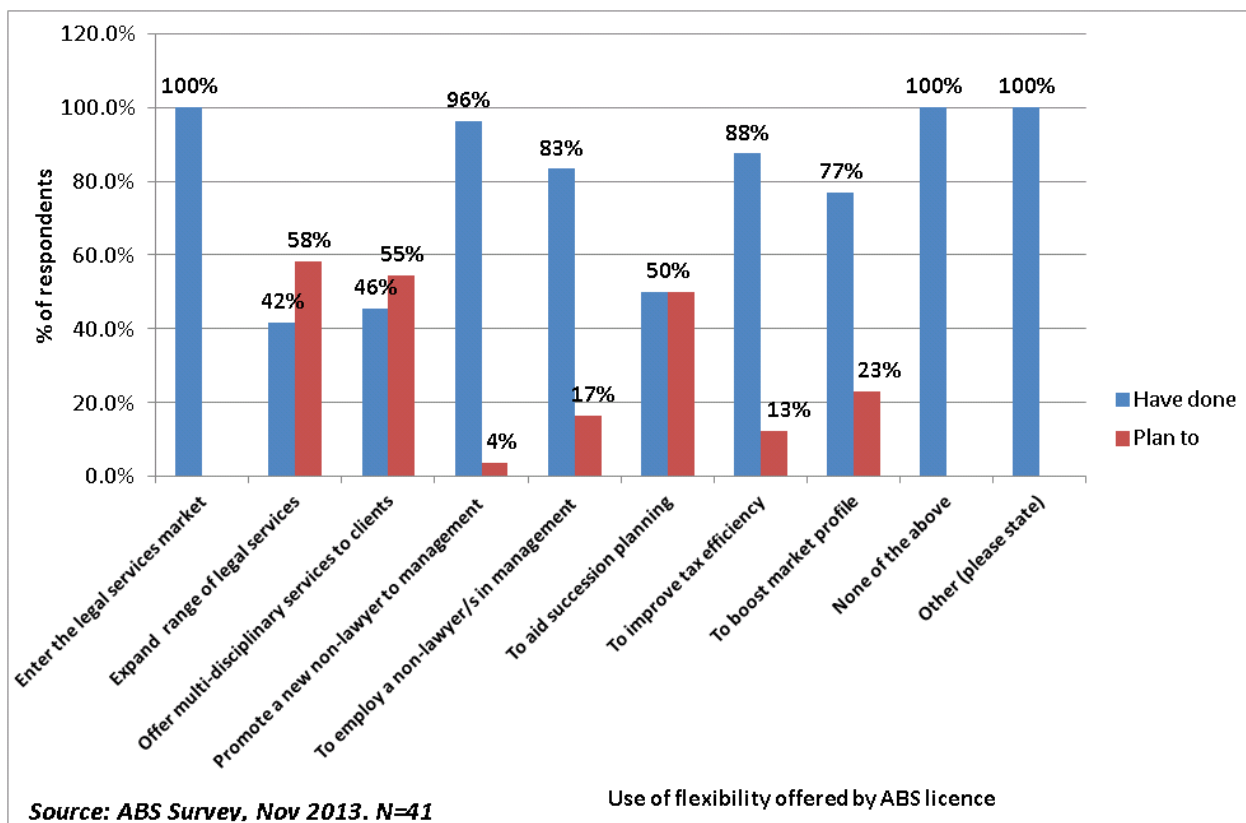
Changes that firms plan to make in the future, identified by a smaller number of respondents, included:

- Development of succession plans (28 percent)
- Expanding the range of legal services offered (25 percent)
- Allowing the firm to offer multi-disciplinary services to clients (21 percent).

These findings correlate strongly with those of the LSB's recent survey of ABSs, which identified the main motivations as boosting market profile (36 percent), accessing external

investment (34 percent), succession planning (28 percent), and promoting non-lawyers to management positions (23 percent).

Figure 2.14: How are you using, or plan to use, the flexibility available to your business as a result of having an ABS licence?



Other factors influencing decisions to apply for an ABS license

Respondents were asked about the extent to which the ban on referral fees and changes to Legal Aid funding had influenced their decision to apply for ABS status. Almost all respondents stated that these two legislative changes had had no real influence on their decision to apply.

Another legal factor that respondents indicated as a key consideration was the mandatory requirement for LDPs to convert to ABS status, although a deadline for doing so has yet to be finalised.

Other reasons were cited, but these generally related to obtaining external investment, and the future establishment of a joint venture with a non-legal business.

Impacts on legal education and training

The introduction of ABSs may, in the longer-term have an impact on the types of employee recruited and the skills requirements of these firms. Respondents were asked whether becoming an ABS had led to changes in the numbers of employees with particular skills. The only significant change, cited by one in five respondents, was an increase in the

number of non-legal staff. These respondents indicated that the proportion of their workforce that is made up of non-legal staff has increased by less than 10 percent.

Finally, respondents were asked to outline their future plans in relation to providing training contracts. Figure 2.15 illustrates that 18 percent of respondents are planning to introduce or increase the number of training contracts in the future, with 43 percent stating that their current arrangements would remain unchanged.

Figure 2.15: Training contracts	
Change in training contracts offered	%
Introduce or increase the number of training contracts your provide	18%
Make no change to the number of training contracts your provide	43%
Reduce number of training contracts your provide	5%
Don't know or n/a	35%
<i>Source: ABS Firm Survey, Nov 2013. N=41</i>	

3. Views on licensing process

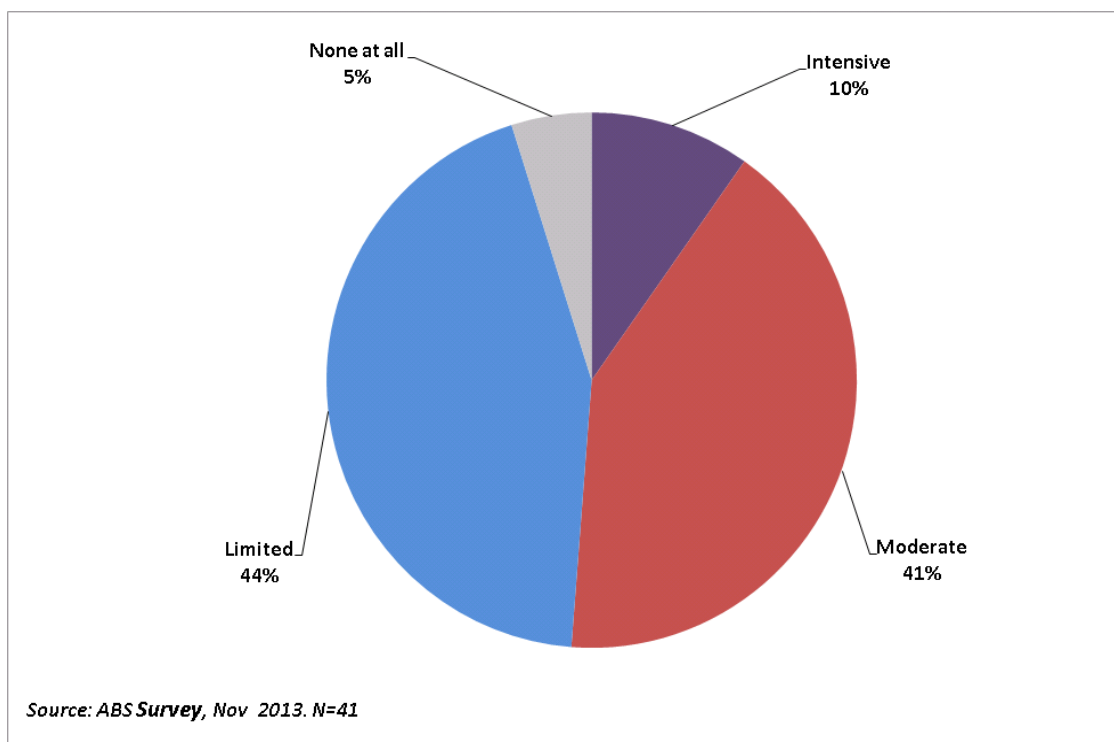
This section details respondents' experiences of the licensing process.

Activities and preparation undertaken before submitting an application

Respondents were questioned on the nature of their engagement with us prior to submitting a formal ABS application.

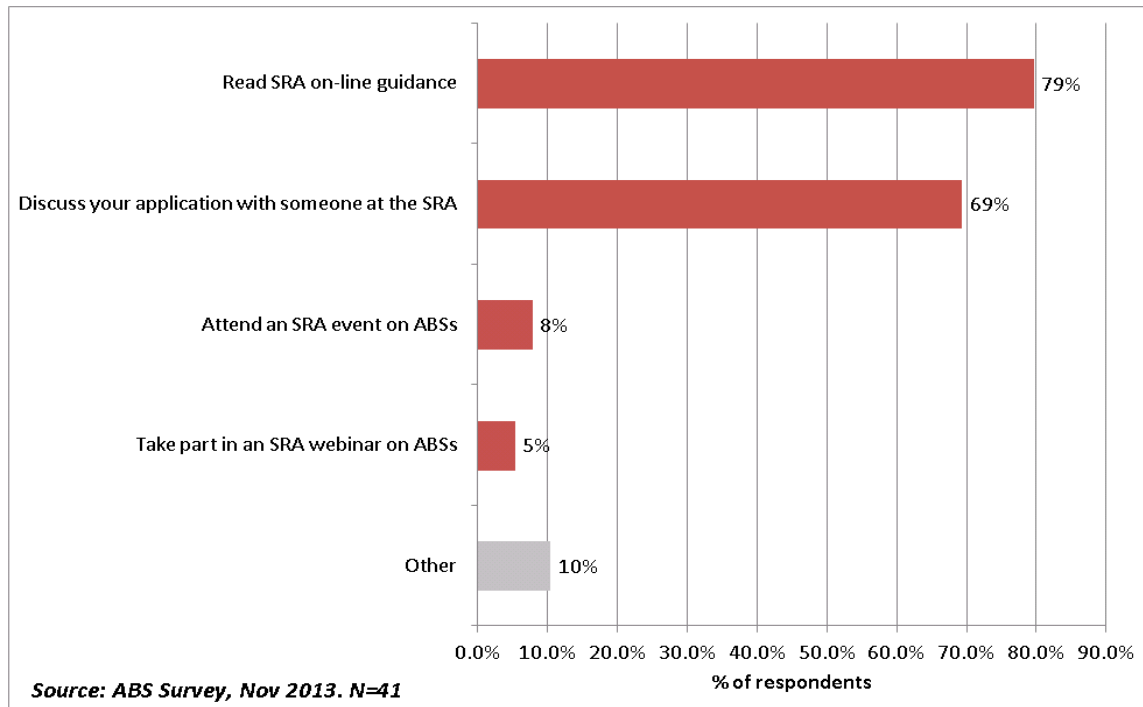
Figure 3.1 displays a similar split between firms receiving moderate and limited engagement, with 10 percent engaging intensively during their application process.

Figure 3.1: How would you describe your engagement with the SRA?



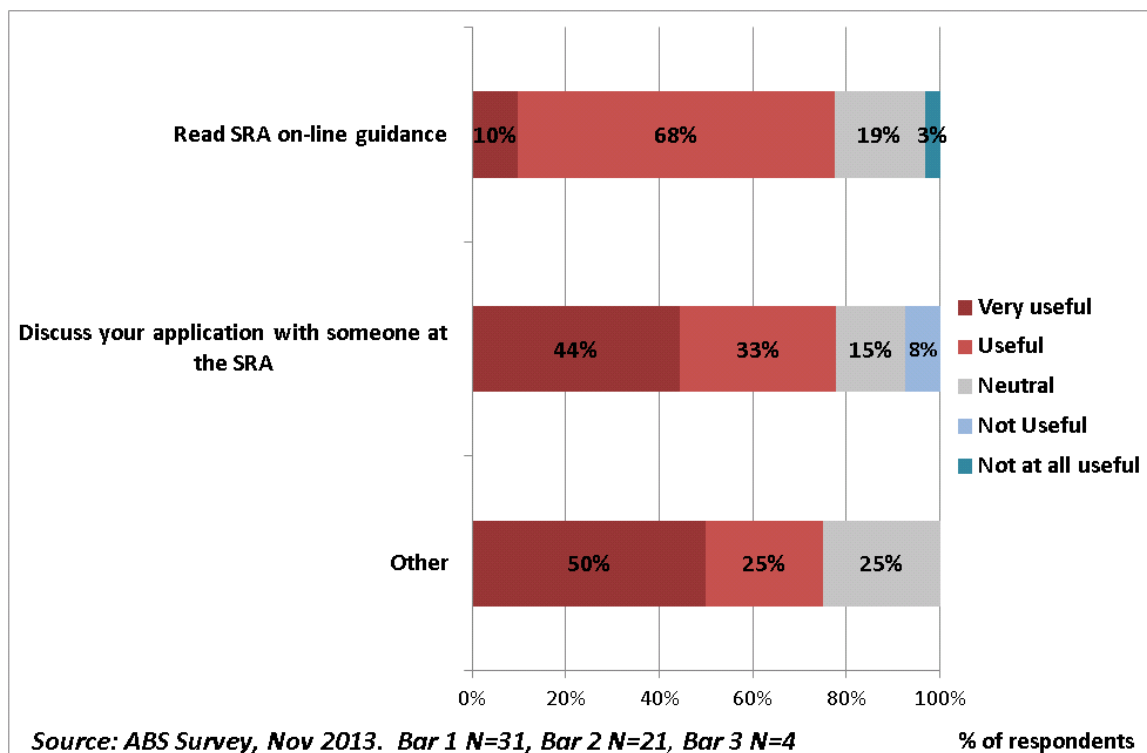
Information, advice and guidance were accessed via two main sources. Over three quarters of successful applicants engaging with us, did so via online guidance. Over two thirds discussed their application with a member of staff. A small proportion of respondents attended conferences and events relating to ABSs, and 5 percent took part in online webinar discussions.

Figure 3.2: What form did this engagement assume?



Having identified where firms obtained pre-submission information, advice and guidance, we asked them to rate the usefulness of the above sources. More than three quarters of respondents rated the information sources as 'very useful' or 'useful'. In the case of withdrawn firms, there was an equal split between firms that considered online guidance to be 'useful' or 'not useful'.

Figure 3.3: How useful was this information source?



Although respondents were broadly positive regarding the advice and support offered at the pre-submission stage, the majority outlined some views on improvements to the process. Most called for more detailed explanations of the process, evidence required and timescales for completion and submission.

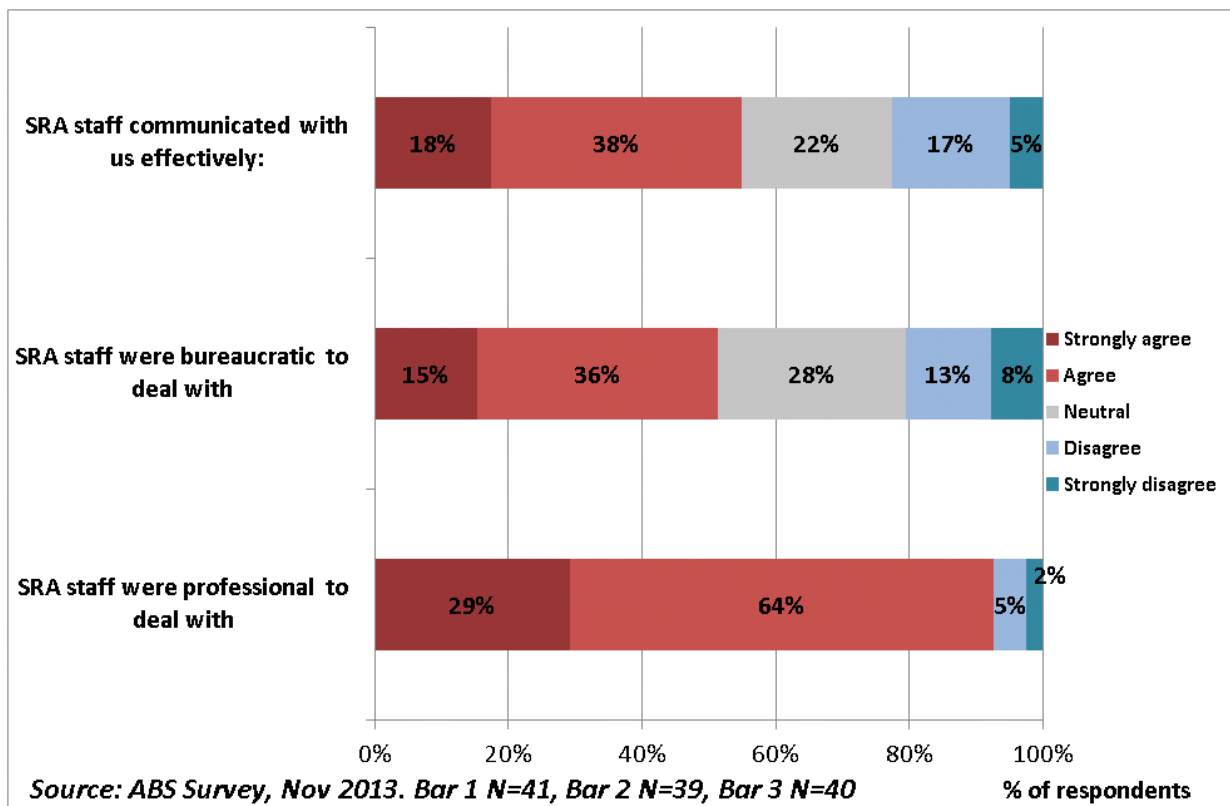
77 percent of respondents had found discussing the application with a member of staff to be of particular use. This viewpoint was supported by a number of respondents requesting more access to face-to-face engagement.

During the application process

Respondent firms were asked to indicate the extent to which they agreed with a range of statements relating to our staff, our handling of the application and the clarity and usefulness of information and guidance.

- 93 percent of respondents 'strongly agreed' or 'agreed' that our staff were 'professional to deal with'
- Over half of respondents 'strongly agreed' or 'agreed' that our staff communicated effectively with them
- 51 percent of successful applicants indicated that our staff were bureaucratic to deal with.

Figure 3.4: To what extent do you agree with the following statements?



Perceptions of the application process and information sources are more mixed, with many individuals choosing to remain neutral in their level of agreement with particular statements.

With regard to application handling, just over half (54 percent) of successful applicants 'disagreed' or 'strongly disagreed' with the view that their application was handled in a timely manner. Where delays were encountered, 42 percent of successful applicants, and two thirds of withdrawn firms, felt that reasons for the delays were not adequately explained or remedied.

Figure 3.5: To what extent do you agree with the following statements?

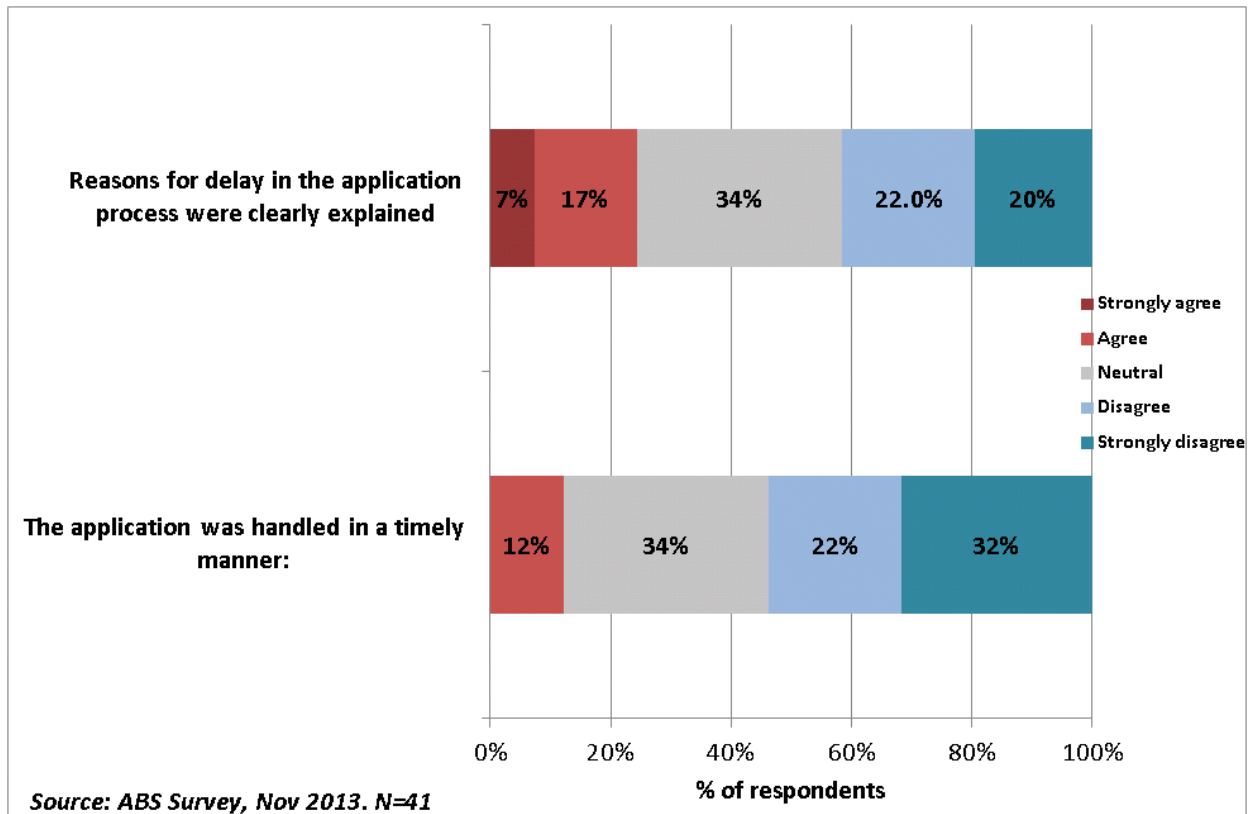
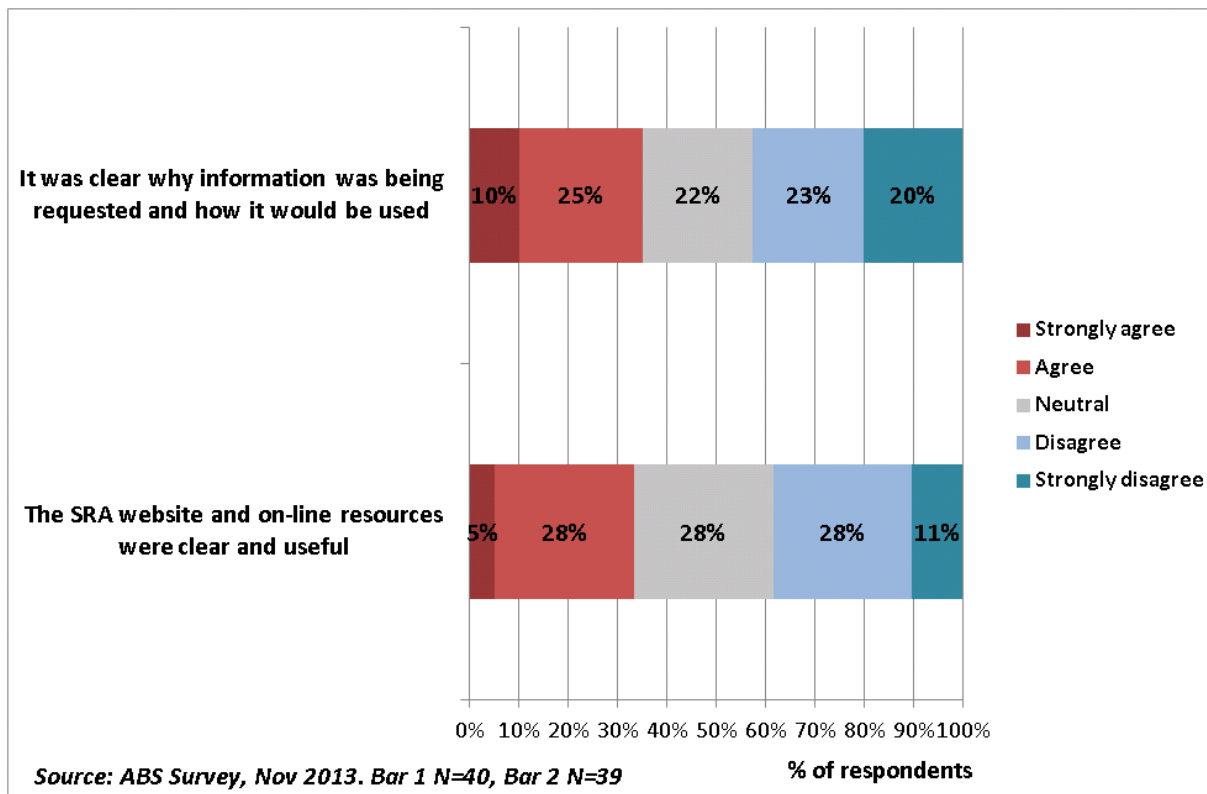


Figure 3.6 presents the responses to questions regarding information sharing and the usage of online resources and guidance. 39 percent of respondents 'disagreed' or 'strongly disagreed' that our website and online resources were clear and useful. 43 percent 'disagreed' or 'strongly disagreed' that adequate reasons were provided for the request of particular information and evidence. Four of the five withdrawn firms held similar views.

Figure 3.6: To what extent do you agree with the following statements?



Throughout this section of the survey, there is a recurrent trend relating to knowledge sharing and the provision of informative and accessible advice and guidance.

Application and business plan changes

The section focuses on what impact, if any, this engagement had on the final application submission and whether or not any significant amendments were made. The majority of questions in this section were answered by a small cohort of only nine firms. As a result, the results and subsequent analysis should be treated with caution and should only be used to provide a broad insight into these issues. Findings from the survey of withdrawn firms have not been included as only one of the five firms made any changes to their application.

Figure 3.7: Did you make a change to your application or business plan during the licensing process?

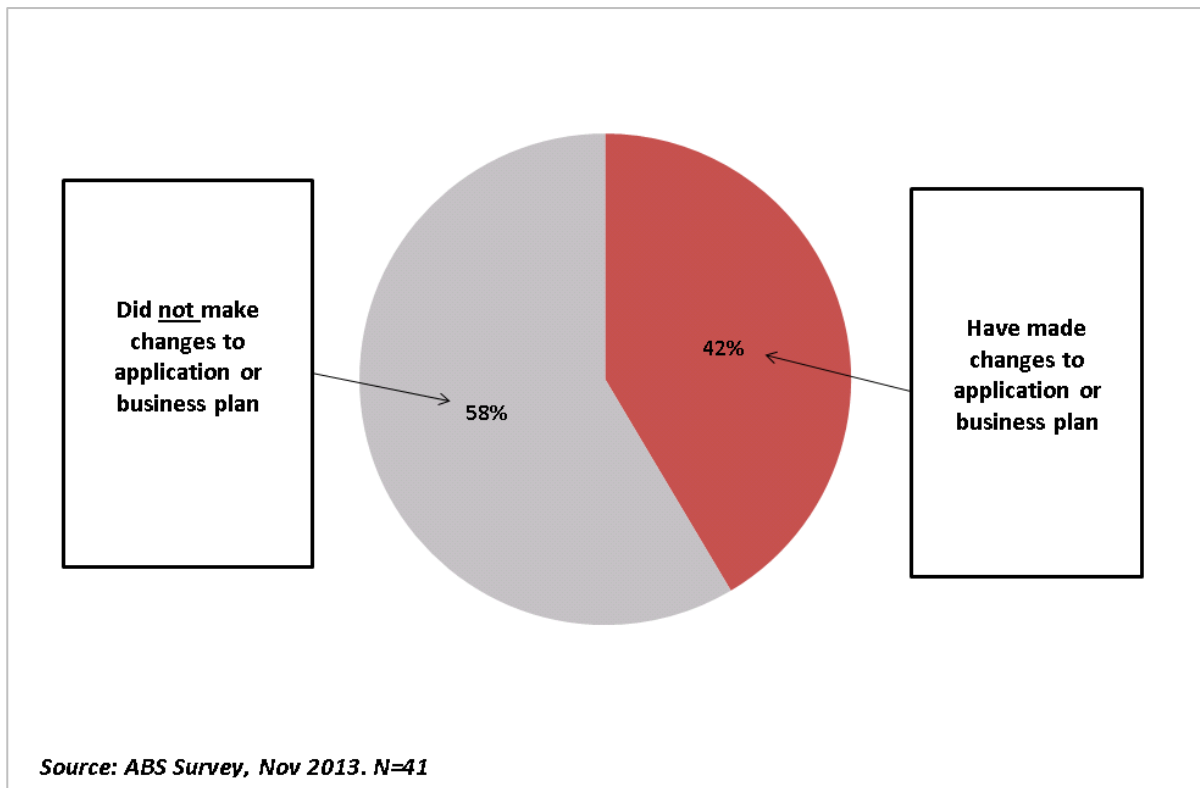


Figure 3.7 depicts the split between respondents who made changes to either their application or business plan and those who did not. Of the 17 firms that stated a change, about half stated that they had made the changes to comply with our licensing requirements. Respondents were then asked to state whether any of the application or business plan changes had resulted in any commercial impacts. Only nine respondents provided an answer to this question, of which two detailed commercial impacts that could be derived from the changes.

Respondents made changes to their business plan and application in two principal areas. Firstly, changes were made to the firms' operating structures and internal management and monitoring procedures. These infrastructural changes often resulted in associated changes to personnel, whether this be adaptations to existing roles and responsibilities or the recruitment of individuals to new roles.

Having discussed both the number and type of changes made, respondents were asked to comment on the scale of change in the following areas:

- Types of legal services provided
- Sources or types of external investment
- Management structure
- Personnel in positions of management, ownership or role holders
- Organisational structure.

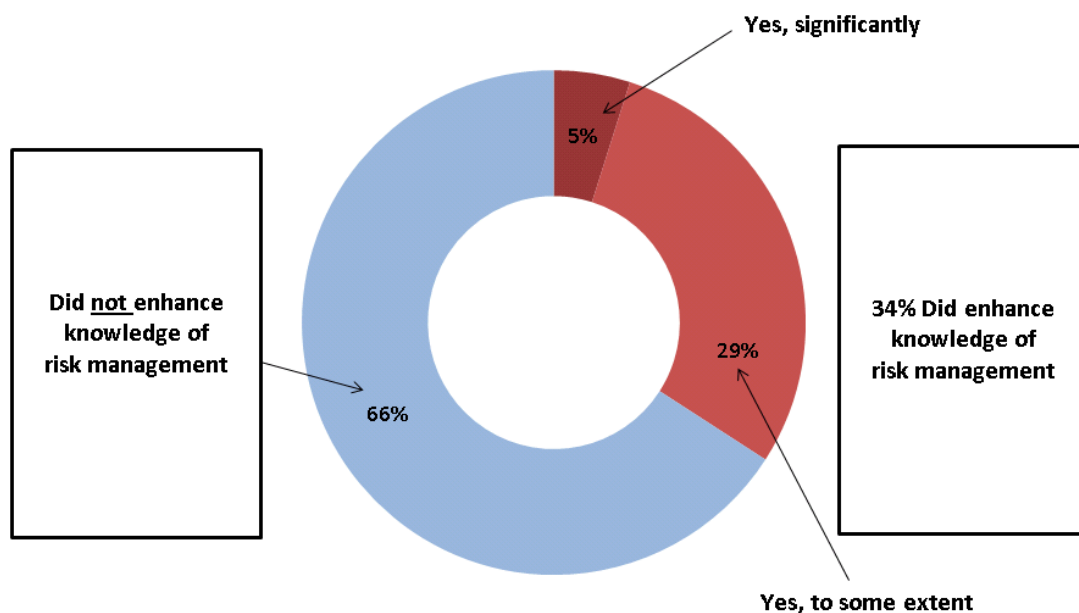
Following on from previous responses, where personnel and organisational structure were identified as the main areas of change, two thirds of those respondents that had implemented these changes, considered them to be moderate in nature.

Understanding of risk

Our approach to delivering outcomes-focused regulation (OFR) involves encouraging a positive risk culture in the firms we regulate. A benefit that can be achieved via the application process is the opportunity for firms to consider the risks that they need to manage in the new business structures and models they are proposing. It is also an opportunity for firms to develop their understanding of what the SRA expects from them in terms of compliance with OFR.

Respondents were asked whether the licensing process had increased their understanding of how risk could be managed in their firm. Although this is best viewed as an additional benefit, a third of firms answered that the process had increased their knowledge of internal risk management.

3.8: Did the licensing process help you to understand more about the way risk could be managed in your ABS?



Source: ABS Survey, Nov 2013. N=41

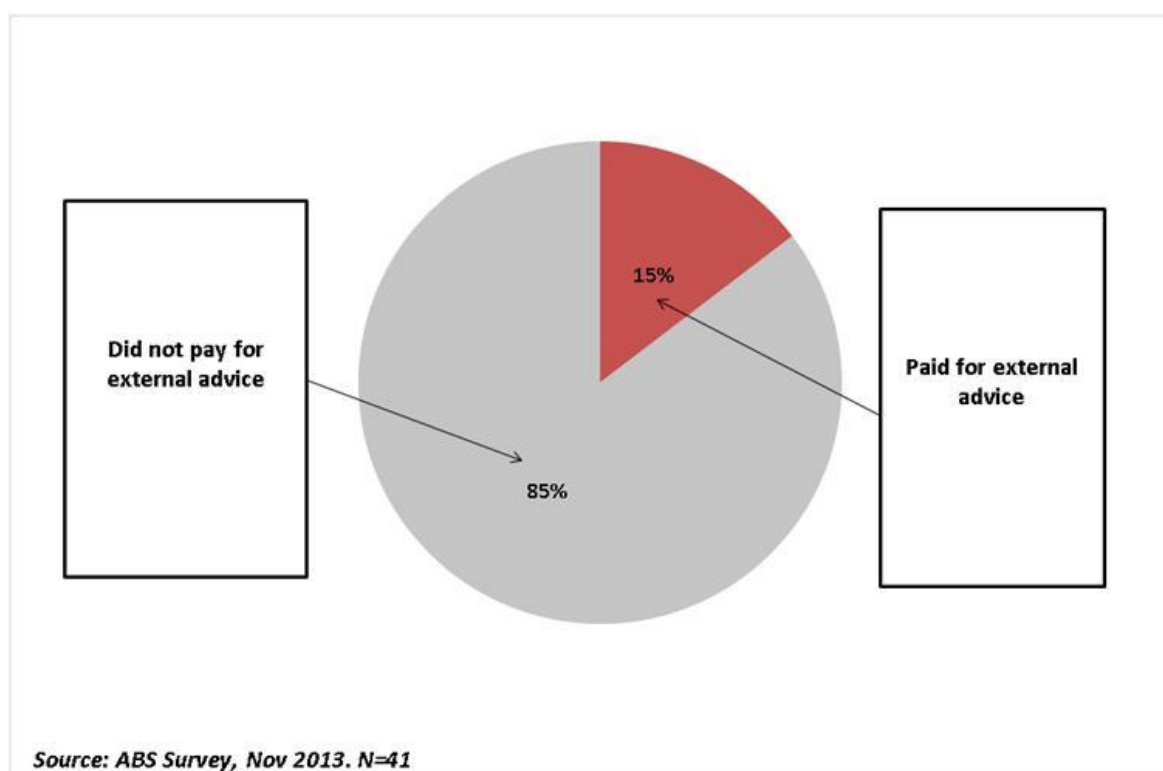
Time and cost of application

Respondents were asked to outline their views on the time and costs associated with applying to become an ABS. To begin with, respondents were asked whether or not they had paid for an external advisor either before or after submitting their written application.

As can be seen from Figure 3.9 below, 15 percent of respondents had paid for external advice prior to submitting an application, and this figure remains the same once a firm submitted their application. Two of the five withdrawn firms stated they had paid for external advice to help them during the application process.

Respondents were asked to provide information on the cost of this external advice. Only two responded to this, stating costs between several thousand and several hundred pounds.

Figure 3.9: Before submitting any written application to the SRA for an ABS licence, did you pay for an external advisor or consultant to help you?

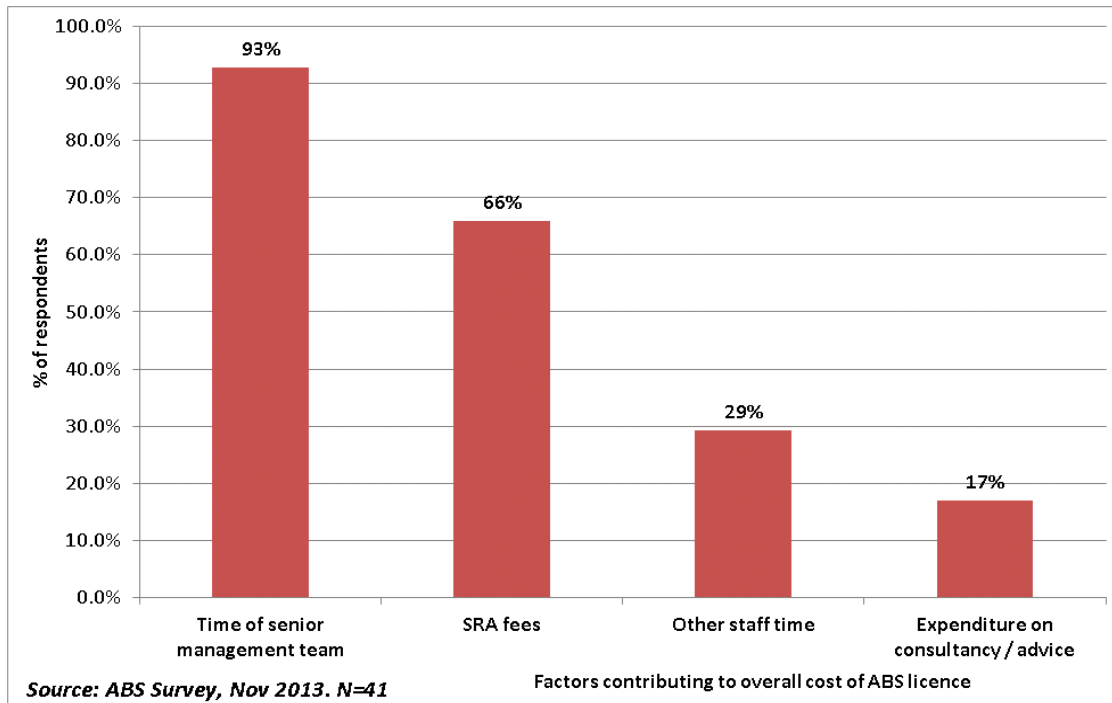


All firms were asked to indicate the factors that contributed to the overall cost of obtaining their ABS licence. As Figure 3.10 illustrates, the attainment of ABS status required the time of senior managers and partners in almost all the respondent firms. Two thirds identified our fees as another significant cost. Based on fees paid by 243 ABS applicants, the average cost for licensing is £3,300¹⁹.

¹⁹ To end January 2014. The cost of the application varies according to the size of firm, however all applicants are required to pay an application fee of £2,000, plus £150 for each candidate, whether that be a COLP/COFA or material interest owner or manager, who requires approval. We also have the ability to charge £600 per day, in addition to the £2000, for more complex application forms (although it should be noted that such a charge is only used on a very small number of cases). The details of all chargeable fees is made available to all potential applicants via the Fee Policy.

29 percent incurred costs from the involvement of other staff, including financial and business managers, COLPs, COFAs and administrative staff.

Figure 3.10: What factors contributed to the overall cost of gaining your ABS?

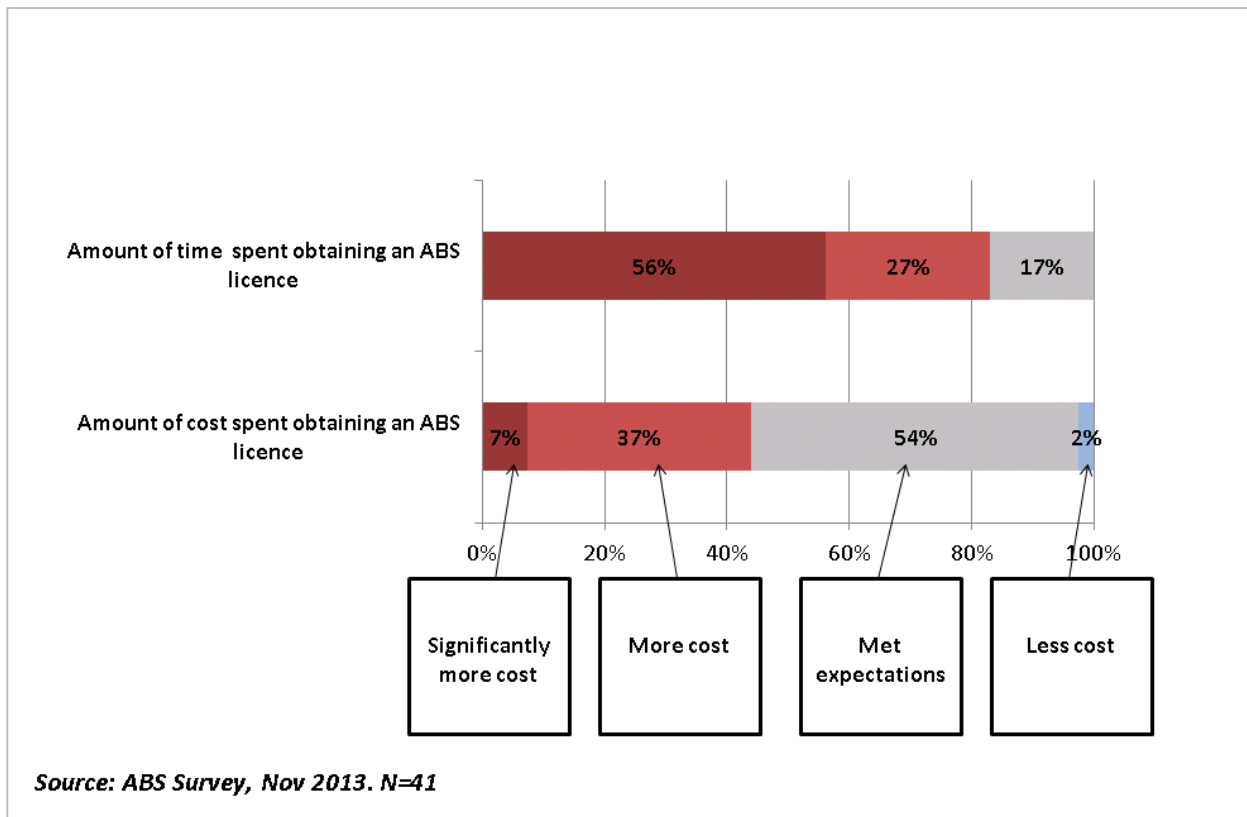


Taking into account the relative scale and complexity of changes made in their firms, respondents were asked to draw comparisons between the expected and actual costs involved in obtaining an ABS licence.

Figure 3.11 illustrates that whilst 83 percent of successful applicants spent 'significantly more' or 'more' time on obtaining an ABS licence, a significantly lower proportion (44 percent) spent 'significantly more' or 'more' money²⁰ than they expected.

²⁰ The differentiation between 'time' and 'money' is made to understand the costs to firms in terms of 'out of the door' expenditure' and costs associated with the time of staff and managers.

Figure 3.11: How did the amount of time and cost spent obtaining an ABS licence compare with your expectations?



As part of their final submission, applicants had to disclose information about the individuals and organisations with an ownership stake in the ABS. These requirements relate to Schedule 13 of the Legal Services Act 2007²¹.

When asked to consider the additional time and cost of disclosing this information, 32 percent of successful applicants stated that disclosure had resulted in a significant impact on time. 43 percent stated it had had some impact on overall costs.

²¹ Schedule 13 of the Legal Services Act 2007 relates to ownership of licensed bodies. It states that a non-authorised person with a material interest in the body (e.g. through shareholding / ability to exercise significant influence over the management of the body) must be approved (e.g. to ensure that the individual is a fit and proper person to hold that interest).

Conclusion

The two surveys have provided valuable information on the experiences of firms that have applied to become ABSs. Although the surveys cover early applicants for ABS licenses, there are lessons for us to learn in terms of how we engage with applicants, provide information to them and explain how the licensing process works.

The findings also confirm that the improvements we have made to the licensing process are targeting the right issues. Clear priorities relate to the timeliness of processing applications, and keeping applicants informed of the timeframes they should expect.

The survey has also shown that ABSs are already using the flexibility offered by their licence to do things differently. Only a relatively small number of ABSs have been licensed to date, as compared to the overall size of the legal services sector. However, the emerging trends indicate that, in the longer term, ABSs will contribute to significant change in the delivery of legal services.

In line with the findings of other recent research on ABSs, the key areas where changes are taking place relate to:

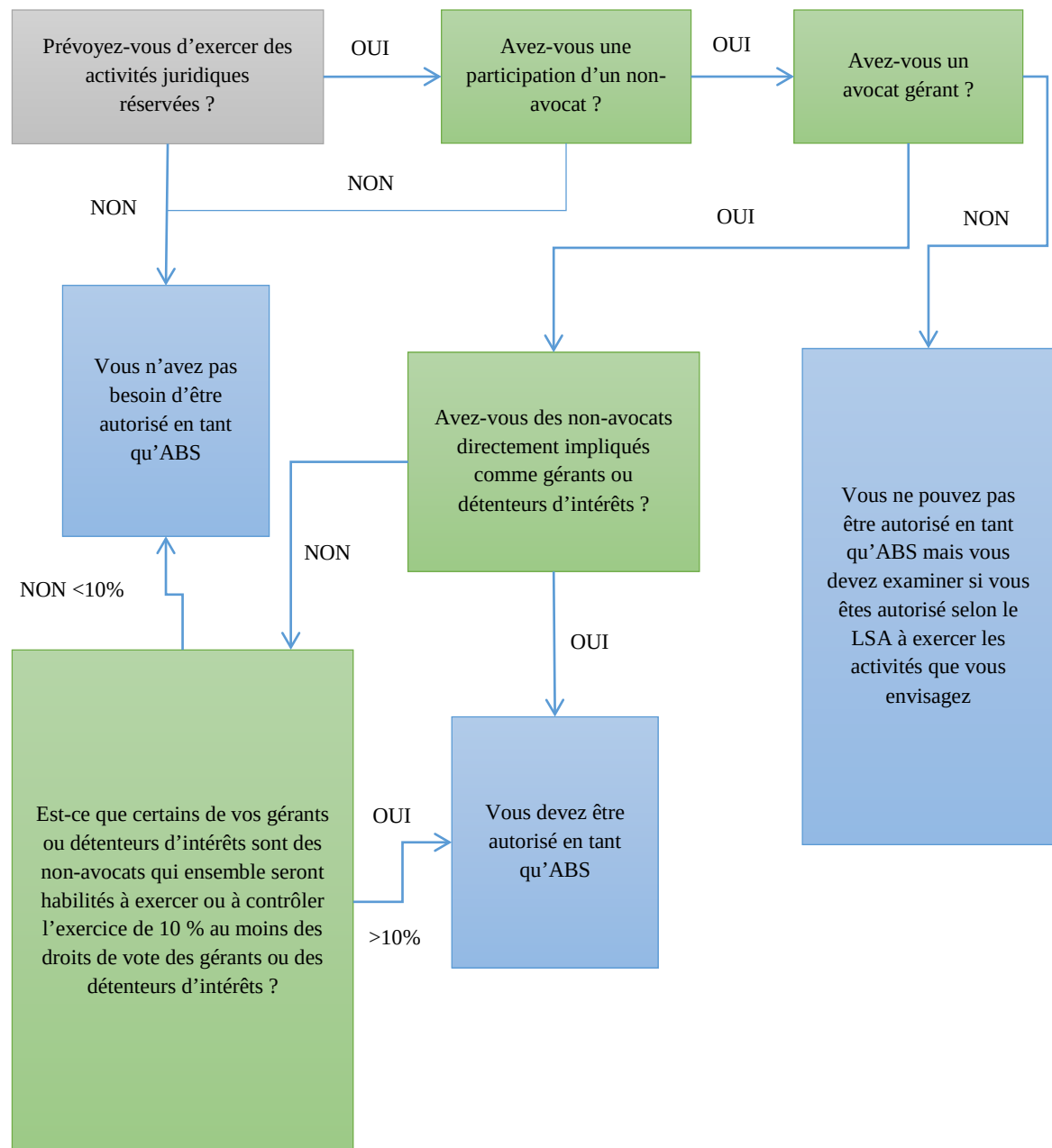
- The way legal services are provided
- Access to investment
- Marketing.

The analysis of ABS activity in different types of legal service shows that change will happen at different rates in different parts of the legal services market. For example, in personal injury, where ABSs already account for a third of turnover, their influence is likely to become more significant and over a shorter period of time.

It is important that research is conducted on an ongoing basis to continue to monitor these changes and evaluate the impact on consumers of legal services.

Annexe 7

Schéma concernant l'assujettissement à autorisation des ABS



Source : schéma reproduit sur la base du schéma disponible sur le site Internet de la SRA, disponible sur : <http://www.sra.org.uk/solicitors/code-of-conduct/guidance/guidance/Does-your-firm-need-to-be-authorized-as-an-ABS-.page>

Annexe 8

Structure d'une ABS et autorisations requises

Firm-Based Authorisation

Example of a firm structure (ABS Law Ltd) and the forms they would need to complete

ABS Law Limited is applying for authorisation to be a Licensed Body.

It is a company registered at Companies House and it has five Directors and four Owners as follows:

- Mr A Smith - Solicitor, Director and Owner with 20%
- Mr B Jones - Solicitor, Director
- Miss C Evans - Barrister, Director and Interest holder 8%
- Miss D Webb - Non lawyer Director and Interest holder 2%
- Miss E Tool - Non Lawyer Director
- Plastic Limited - Owner 70%

Plastic Limited is a company registered at Companies House. It makes plastic for cutlery. It has three Directors and two Owners as follows:

- Mr F Fox - Non Lawyer Director, Owner 70%
- Mrs G Cape - Non Lawyer Director, Owner 30%
- Mr H Window - Non-Lawyer, Director.

Approvals required

ABS Law Ltd will require authorisation.

Mr Smith and Mr Jones may meet the deeming provisions in Rule 13.2 of the SRA Authorisation Rules 2011 for managers and owners. If so, their details will need to be included in section 2.1 of the **Firm Authorisation application form**.

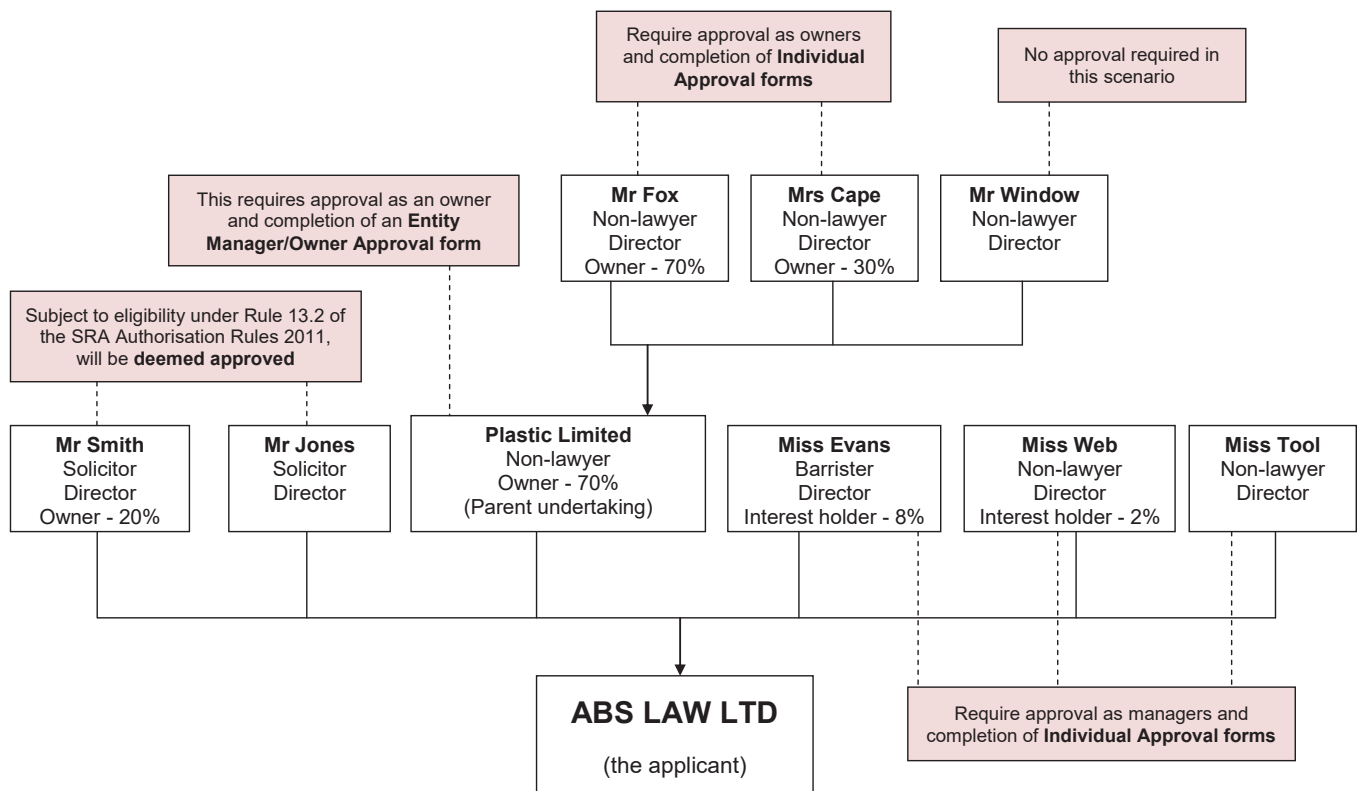
Miss Evans, Miss Webb and Miss Tool will require approval as managers only as their share ownership does not, on the face of it, appear to equate to a material interest requiring approval as owners. All three will need to complete an **Individual Approval application form**. However, the applicant should be aware of the associates provisions under Schedule 13 to the Legal Services Act 2007 as there may exist a material interest by association.

Plastic Limited will need to be approved as an owner and will need to complete an **Entity Managers/Owners Approval application form**.

Plastic Limited also constitutes a parent undertaking of ABS Law Ltd, so all interest holders with a material interest in Plastic Limited require approval as owners. Mr Fox and Mrs Cape will therefore need to apply for approval as owners by completing the **Individual Approval application form**.

As Plastic Limited is only an owner of ABS Law Ltd, its directors do not require approval in their role as manager of that parent undertaking. However, if ABS Law Limited had been an LLP instead, and Plastic Limited a member of the LLP (and therefore a manager), all of Plastic Limited's directors would have required approval as managers of a corporate manager. In that case, Mr Fox, Mrs Cape and Mr Window would need to complete an **Individual Approval application form**. Mr Fox and Mrs Cape would indicate on their form that they are applying for approval both as owners and managers of a corporate manager.

Overview of required approvals:



Annexe 9

Projet de loi fédérale sur la profession d'avocat préparé par la FSA
(V2 15 février 2012)

LOI FÉDÉRALE SUR LA PROFESSION D'AVOCAT

TABLE DES MATIÈRES

LOI FÉDÉRALE SUR LA PROFESSION D'AVOCAT	1
CHAPITRE 1 OBJET, BUT ET CHAMP D'APPLICATION.....	4
Art. 1 Objet	4
Art. 2 But	4
Art. 3 Champ d'application personnel.....	5
Art. 4 Champ d'application matériel	5
CHAPITRE 2 ADMISSION.....	5
Section 1 Brevet d'avocat	5
Art. 5 Délivrance et retrait	5
Art. 6 Conditions personnelles.....	6
Art. 7 Conditions de formation	6
Section 2 Examen	6
Art. 8 Exigences.....	6
Art. 9 Commission d'examen	6
Section 3 Stage.....	7
Art. 10 Durée et type.....	7
Art. 11 Autorisation de plaider	7
Art. 12 Autorisation de plaider : conditions	7
Art. 13 Autorisation de plaider : durée	8
Section 4 Inscription au registre des avocats.....	8
Art. 14 Principes de l'inscription	8
Art. 15 Devoir de tenir le registre	8
Art. 16 Contenu du registre des avocats	8
Art. 17 Conditions.....	9
Art. 18 Inscription au registre des avocats.....	9
Art. 19 Transfert de l'adresse professionnelle dans un autre canton	10
Art. 20 Titre professionnel.....	10
Art. 21 Consultation du registre.....	10
Art. 22 Communication	11

Art. 23	Communication des décisions et droit de recours	11
Art. 24	Radiation.....	11
CHAPITRE 3	EXERCICE	11
Section 1	Exercice de la profession.....	11
Art. 25	Règles professionnelles	11
Art. 26	Secret professionnel.....	12
Art. 27	Mesures d'exécution forcée.....	12
Section 2	Honoraires.....	13
Art. 28	Principes	13
CHAPITRE 4	SURVEILLANCE	13
Section 1	Organisation.....	13
Art. 29	Autorités de surveillance	13
Art. 30	Devoirs d'annonce.....	13
Section 2	Procédure disciplinaire	14
Art. 31	Procédure, confidentialité.....	14
Art. 32	Procédure disciplinaire dans un autre canton	14
Art. 33	Prescription.....	14
Section 3	Mesures disciplinaires.....	14
Art. 34	Mesures disciplinaires	14
Art. 35	Responsabilité des associés inscrits.....	15
Art. 36	Interdiction de pratiquer	15
Art. 37	Radiation des mesures disciplinaires.....	15
CHAPITRE 5	EXERCICE COLLECTIF DE LA PROFESSION.....	15
Art. 38	Société d'avocats	15
Art. 39	Conditions.....	15
Art. 40	Sociétés d'avocats dont tous les associés sont des avocats inscrits au registre	16
Art. 41	Sociétés d'avocats dont tous les associés ne sont pas des avocats inscrits au registre.....	16
Art. 42	Participation à une société d'avocats.....	17
CHAPITRE 6	EXERCICE DE LA PROFESSION PAR DES AVOCATS ÉTRANGERS	17
Section 1	Définition.....	17
Art. 43	Avocats étrangers	17

Section 2	Libre prestation de services par les avocats étrangers.....	17
Art. 44	Principes	17
Art. 45	Devoir de légitimation.....	17
Art. 46	Obligation d’agir de concert avec un avocat inscrit au registre	18
Art. 47	Titre professionnel.....	18
Art. 48	Règles professionnelles	18
Art. 49	Communication des mesures disciplinaires.....	18
Section 3	Exercice permanent de la profession par des avocats étrangers sous leur titre d’origine	18
Art. 50	Principes	18
Art. 51	Inscription au tableau	18
Art. 52	Consultation du tableau	19
Art. 53	Coopération avec l’autorité compétente de l’Etat de provenance	19
Section 4	Inscription des avocats étrangers au registre des avocats	19
Art. 54	Principes	19
Art. 55	Epreuve d’aptitude.....	19
Art. 56	Entretien de vérification des compétences professionnelles	20
Art. 57	Titre professionnel.....	20
CHAPITRE 7	PROCÉDURE ET VOIES DE RECOURS.....	20
Art. 58	Procédure	20
Art. 59	Voies de recours	20
CHAPITRE 8	DISPOSITIONS PÉNALES	20
Art. 60	Contraventions.....	20
CHAPITRE 9	DISPOSITIONS FINALES	21
Art. 61	Exécution.....	21
Art. 62	Modification du droit en vigueur.....	21
Art. 63	Droit transitoire	21
Art. 64	Référendum et entrée en vigueur.....	22

Loi fédérale sur la profession d'avocat

du

(Loi sur les avocats, LAv)

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu les art. 94 et 95 al. 1 de la Constitution fédérale¹,

vu l'Accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres d'autres part sur le libre circulation des personnes²,

vu le message du Conseil fédéral du *³,

arrête:

Chapitre 1 Objet, but et champ d'application

Art. 1 Objet

La présente loi règle les conditions d'obtention du brevet d'avocat et l'exercice de la profession d'avocat en Suisse.

Art. 2 But

La présente loi vise à :

- a) assurer la qualité des prestations de services fournies par les avocats ainsi que la protection du public ;
- b) uniformiser le droit de la profession d'avocat ; et
- c) garantir la libre circulation intercantonale et l'exercice de la profession d'avocat par des avocats étrangers en Suisse.

¹ RS 101

² RS 0.142.112.681

³ FF 20**, p. *****

Art. 3 Champ d'application personnel

La présente loi s'applique à toutes les personnes qui exercent la profession d'avocat en Suisse. Son exercice peut être individuel ou collectif sous l'une des formes prévues par la présente loi.

Les art. 5 à 13 s'appliquent aux personnes qui veulent obtenir ou ont obtenu le brevet d'avocat.

Les art. 25 let. a à e et let. g et h, 26, 27 et 28 s'appliquent aux associés d'une société d'avocats qui ne sont pas inscrits au registre des avocats („associés non inscrits“) et aux personnes employées par un avocat inscrit ou une société d'avocats qui effectuent des prestations de service typiques d'une activité d'avocat sans être elles-mêmes inscrites au registre.

L'art. 30 s'applique aux assureurs avec lesquels un avocat inscrit ou une société d'avocat a conclu un contrat d'assurance responsabilité civile professionnelle au sens de la présente loi.

L'art. 60 s'applique à toute personne qui prétend exercer la profession d'avocat en Suisse.

Art. 4 Champ d'application matériel

La profession d'avocat consiste, en faisant état du titre professionnel prévu à l'art. 20, à représenter les parties devant les tribunaux, les autorités ou des tiers ou à apporter des conseils en matière juridique.

La présente loi détermine les modalités selon lesquelles les avocats ressortissants des Etats membres de l'Union européenne (UE), de l'Association européenne de libre-échange (AELE) ou d'autres Etats avec lesquels la Suisse a conclu des accords de reconnaissance mutuelle peuvent exercer la profession d'avocat.

Ces modalités s'appliquent également aux ressortissants suisses habilités à exercer la profession d'avocat, sous un titre figurant en annexe, dans un Etat membre de l'UE, de l'AELE ou un autre Etat avec lequel la Suisse a conclu un accord de reconnaissance mutuelle.

Chapitre 2 Admission

Section 1 Brevet d'avocat

Art. 5 Délivrance et retrait

L'autorité cantonale de surveillance délivre le brevet d'avocat aux candidats qui remplissent les conditions personnelles, ainsi que celles de formation, et qui ont réussi l'examen d'avocat.

L'autorité de surveillance retire le brevet d'avocat lorsqu'une condition de formation n'est plus remplie ou n'était pas réalisée lors de sa délivrance.

Toute personne qui a obtenu le brevet d'avocat, mais n'est pas inscrite au registre des avocats, est habilitée à utiliser le titre de „titulaire du brevet d'avocat“.

Art. 6 Conditions personnelles

Pour obtenir le brevet d'avocat, l'avocat doit remplir les conditions personnelles suivantes:

- a) avoir l'exercice des droits civils, et;
- b) être de nationalité suisse, ou
- c) disposer tout au moins d'une autorisation de séjour et avoir séjourné en Suisse pendant cinq ans au minimum ; les conventions internationales sont réservées.

Art. 7 Conditions de formation

Pour obtenir le brevet d'avocat, l'avocat doit remplir les conditions de formation suivantes:

- a) être titulaire soit d'une licence en droit ou d'un Bachelor en droit et d'un Master en droit délivrés par une université suisse, soit d'un diplôme équivalent provenant d'un Etat qui a conclu avec la Suisse un accord de reconnaissance mutuelle ;
- b) avoir accompli un stage conformément aux dispositions de la présente loi ;
- c) avoir réussi l'examen d'avocat.

Section 2 Examen

Art. 8 Exigences

Lors de l'examen d'avocat, les candidats doivent démontrer leur maîtrise des connaissances théoriques et pratiques nécessaires à l'exercice de la profession d'avocat.

L'examen comprend une partie orale et une partie écrite. Il doit être orienté vers la pratique et porter sur le droit fédéral et cantonal du canton d'examen. Les candidats peuvent répéter deux fois l'examen ou une partie de celui-ci.

L'examen a en principe lieu à l'issue du stage ; les cantons peuvent prévoir d'autres solutions pour une partie de l'examen.

Art. 9 Commission d'examen

Une commission d'examen, nommée par l'autorité cantonale de surveillance, fait passer l'examen d'avocat. L'autorité cantonale de surveillance désigne le président de la commission d'examen parmi les membres de cette dernière.

Les membres de la commission d'examen doivent être titulaires d'un diplôme universitaire en droit au sens de l'art. 7 let. a ; à cette condition, peuvent être nommés membres :

- a) les avocats inscrits ;
- b) les membres des autorités judiciaires de la Confédération et des cantons ;
- c) les enseignants en droit des universités suisses.

La commission d'examen doit être composée pour un tiers au moins d'avocats inscrits.

Section 3 Stage

Art. 10 Durée et type

Le stage dure au moins 18 mois, dont un minimum de 6 mois effectués dans le canton d'examen.

Le stage doit être effectué pendant 12 mois au moins auprès d'un avocat inscrit et/ou d'une société d'avocats répondant aux exigences des art. 38 ss ; les cantons peuvent partiellement ou entièrement déroger à cette exigence.

Pour le solde, le stage peut être effectué auprès de juridictions civiles, pénales et administratives, du ministère public ou d'un service d'une entreprise ou de l'administration qui traite de questions juridiques.

Le stage doit être effectué en Suisse. Il n'est pas tenu compte des stages ou des périodes du stage qui sont antérieures à 5 ans au moment de l'admission à l'examen d'avocat. Ce délai se prolonge dans la mesure de la prolongation accordée au sens de l'art. 13 al. 2.

Art. 11 Autorisation de plaider

Celui qui souhaite effectuer un stage en vue de la préparation de l'examen d'avocat auprès d'un avocat inscrit ou d'une société d'avocats et entend agir pour le compte d'autrui dans des procédures devant les autorités, les tribunaux ou des tiers doit bénéficier d'une autorisation de plaider.

Pendant la durée de leur stage auprès d'un avocat inscrit et/ou d'une société d'avocats, les stagiaires titulaires d'une autorisation de plaider sont soumis aux mêmes règles en matière d'exercice et de surveillance que les avocats inscrits.

Art. 12 Autorisation de plaider : conditions

Pour obtenir une autorisation de plaider, le stagiaire doit remplir les conditions suivantes :

- a) être titulaire d'un diplôme en droit au sens de l'art. 7 let. a ;
- b) remplir les conditions de l'art. 17 al. 1 let. b, e, f et g ;

- c) présenter une attestation d'un avocat inscrit ou d'une société d'avocats qui déclare que le stagiaire travaille sous sa responsabilité.
- d) ne pas avoir échoué déjà trois fois à l'examen d'avocat.

Art. 13 Autorisation de plaider : durée

L'autorité de surveillance du canton dans lequel l'avocat ou la société d'avocats responsable du stagiaire a son adresse professionnelle délivre l'autorisation de plaider au requérant lorsqu'elle constate que les conditions de l'art. 12 sont remplies. L'autorisation de plaider habilite son titulaire à représenter des parties devant les tribunaux, les autorités ou les tiers sur tout le territoire suisse.

L'autorisation de plaider est valable 2 ans ; l'autorité de surveillance qui l'a octroyée peut prolonger cette durée dans les cas justifiés.

L'autorité cantonale de surveillance délivre au stagiaire l'autorisation, qui mentionne les nom, prénom, date de naissance et lieu d'origine ou nationalité du stagiaire, ainsi que le nom de la personne ou de la société d'avocats responsable, la date de délivrance et la durée de l'autorisation.

Section 4 Inscription au registre des avocats

Art. 14 Principes de l'inscription

Celui qui entend exercer la profession d'avocat doit s'inscrire au registre des avocats.

L'inscription au registre des avocats confère le droit d'exercer la profession d'avocat sur tout le territoire de la Confédération suisse.

Art. 15 Devoir de tenir le registre

La Confédération tient le registre central des avocats autorisés par les autorités cantonales de surveillance à exercer la profession.

Art. 16 Contenu du registre des avocats

Le registre des avocats contient les données personnelles suivantes :

- a) le nom, prénom, date de naissance et lieu d'origine ou nationalité ;
- b) une copie du brevet d'avocat ;
- c) les pièces attestant que les conditions prévues à l'art. 17 sont remplies ;
- d) l'adresse professionnelle ainsi que, cas échéant, le nom de l'étude d'avocat ou de la société d'avocats ;
- e) les mesures disciplinaires non radiées ;

- f) les restrictions au sens de l'art. 17 al. 2 lorsqu'elles sont applicables ;
- g) le certificat professionnel qui est ou a été utilisé pour attester la qualité d'avocat;
- h) le numéro d'identification des entreprises (IDE) de l'entité IDE à laquelle l'avocat est rattachée⁴ ;
- i) la date de l'autorisation délivrée par l'autorité de surveillance.

Art. 17 Conditions

Pour être inscrit au registre des avocats, l'avocat doit :

- a) être titulaire du brevet d'avocat ;
- b) avoir l'exercice des droits civils ;
- c) être en mesure d'exercer la profession d'avocat en toute indépendance ; il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites au registre ou par une société d'avocats au sens des art. 38 ss ;
- d) être au bénéfice d'une assurance responsabilité civile professionnelle dont la somme assurée s'élève à un million de francs au moins ;
- e) ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale pour des faits incompatibles avec l'exercice de la profession, à moins que cette condamnation ne figure plus sur l'extrait privé du casier judiciaire ;
- f) ne pas faire l'objet d'un acte de défaut de biens ;
- g) ne pas faire l'objet d'une interdiction de pratiquer.

L'avocat qui est employé par une organisation reconnue d'utilité publique peut demander à être inscrit au registre des avocats à condition de remplir les conditions prévues par l'alinéa 1, sous exception de la lettre c, et de limiter son activité aux mandats concernant strictement le but visé par cette organisation.

Art. 18 Inscription au registre des avocats

L'autorité cantonale de surveillance du canton dans lequel un avocat a son adresse professionnelle est compétente pour prendre les décisions relatives au registre des avocats et en particulier celle d'inscrire un avocat au registre lorsque les conditions de l'art. 17 sont remplies.

Elle communique toute décision relative à l'inscription d'un avocat et à la modification ou la radiation d'une inscription à la Confédération par voie électronique le premier jour ouvrable suivant l'entrée en force de la décision.

⁴ RS 431.03

Elle peut publier les inscriptions dans la publication officielle de son canton.

Art. 19 Transfert de l'adresse professionnelle dans un autre canton

Lorsque l'avocat transfère son adresse professionnelle dans un autre canton, il doit s'annoncer auprès de l'autorité de surveillance du canton de sa nouvelle adresse professionnelle.

Un extrait du registre au lieu de la précédente adresse professionnelle doit être joint à l'annonce, ainsi que les autres pièces requises dans le nouveau canton du fait du transfert. Les modifications plus conséquentes sont réservées.

L'autorité de surveillance du nouveau canton informe celle du précédent canton du transfert de l'adresse professionnelle dès l'accomplissement de celui-ci. L'autorité de surveillance du précédent canton communique à celle du nouveau canton tous les documents dont elle dispose qui ont trait à l'avocat concerné.

Art. 20 Titre professionnel

Par son inscription au registre des avocats, l'avocat est habilité à faire usage du titre professionnel du canton dans lequel il a obtenu le brevet d'avocat ou du canton dans lequel il a son adresse professionnelle.

Dans ses relations d'affaires, l'avocat mentionne son inscription au barreau ou au registre des avocats.

Art. 21 Consultation du registre

Sont admis à consulter le registre :

- a) les autorités judiciaires et administratives fédérales et cantonales devant lesquelles l'avocat inscrit au registre exerce son activité;
- b) les autorités judiciaires et administratives des Etats membres de l'UE et de l'AELE, ainsi que des Etats avec lesquels la Suisse a conclu un accord de reconnaissance mutuelle concernant la capacité d'exercer la profession d'avocat, devant lesquelles l'avocat inscrit au registre exerce son activité ;
- c) les autorités cantonales de surveillance des avocats ;
- d) l'avocat, pour les indications qui le concernent.

Toute personne peut demander si un avocat est inscrit au registre et s'il fait l'objet d'une interdiction de pratiquer.

Les données concernant les informations personnelles, l'adresse professionnelle et la date d'admission au registre sont accessibles gratuitement par voie électronique. Leurs modifications et radiations doivent être signalées de manière spéciale pendant 12 mois.

Art. 22 Communication

Les données du registre nécessaires à l'attribution et à l'utilisation du numéro d'identification des entreprises au sens de la loi fédérale du 18 juin 2010 sur le numéro d'identification des entreprises⁵ sont communiquées à l'Office fédéral de la statistique.

Art. 23 Communication des décisions et droit de recours

L'autorité cantonale de surveillance communique à l'ordre cantonal des avocats toute décision concernant une inscription ou la radiation d'une inscription au registre des avocats, ainsi que l'octroi d'une autorisation de plaider.

L'ordre cantonal des avocats dispose d'un droit de recours contre les décisions relatives aux inscriptions au registre des avocats et contre l'octroi des autorisations de plaider.

Art. 24 Radiation

L'autorité cantonale de surveillance radie du registre l'avocat qui :

- a) requiert lui-même sa radiation ;
- b) ne remplit plus l'une des conditions d'inscription au registre ;
- c) n'est plus en mesure d'exercer la profession d'avocat pour cause d'âge, d'infirmité ou d'autres justes motifs, ou ;
- d) est associé d'une société d'avocats qui ne remplit plus les conditions de l'art. 39 ou de l'art. 42.

Elle informe également de la radiation à laquelle elle a procédé le fournisseur de service de certification qui a délivré à l'avocat concerné un certificat professionnel destiné à attester la qualité d'avocat⁶.

Chapitre 3 Exercice

Section 1 Exercice de la profession

Art. 25 Règles professionnelles

L'avocat est soumis aux règles professionnelles suivantes :

- a) il exerce sa profession avec soin et diligence ;

⁵ RS 431.03.

⁶ RS 943.03.

- b) il exerce son activité professionnelle en toute indépendance, en son propre nom et sous sa propre responsabilité disciplinaire, ou au nom et sous la responsabilité disciplinaire de la société d'avocats qui l'emploie;
- c) il évite tout conflit entre ses propres intérêts, ceux de ses clients et ceux des personnes avec lesquelles lui-même ou la société d'avocats qui l'emploie est en relation sur le plan professionnel ou privé ; il en va de même pour les personnes qui sont soumises au secret professionnel conformément à l'art. 26 ;
- d) il ne peut pas, avant l'issue d'une affaire, passer une convention avec son client par laquelle ce dernier accepterait de faire dépendre les honoraires du résultat de l'affaire ; il ne peut pas non plus s'engager à renoncer à ses honoraires en cas d'issue défavorable du procès ;
- e) il doit être au bénéfice d'une assurance responsabilité civile professionnelle offrant une couverture adaptée à la nature et à l'étendue des risques liés à son activité ; la somme minimale assurée prévue par l'art. 17 al. 2 let. d doit dans tous les cas être respectée ;
- f) il est tenu d'accepter, contre une indemnité équitable, les défenses d'office et les mandats d'assistance judiciaire dans le canton où il a son adresse professionnelle ;
- g) il conserve séparément les avoirs qui lui sont confiés et son propre patrimoine ;
- h) lorsqu'il accepte un mandat, il informe son client des modalités de facturation et le renseigne périodiquement ou à sa demande sur le montant des honoraires dus ;
- i) il communique à l'autorité de surveillance toute modification portant sur les données du registre le concernant.

Art. 26 Secret professionnel

L'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients ou dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession ; cette obligation est illimitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers.

Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés ou dont il a eu connaissance.

L'avocat veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel.

Art. 27 Mesures d'exécution forcée

En cas de mesures d'exécution forcée à l'encontre d'un avocat inscrit ou d'une société d'avocats, les valeurs patrimoniales confiées au sens de l'art. 25 let. g sont distraites. Ces dernières ne peuvent qu'être saisies aux fins de satisfaire des prétentions en restitution à l'encontre de l'avocat ou de la société d'avocats ou d'être intégrées à sa faillite.

Les créanciers ne peuvent consulter l'état de collocation que dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs droits ; le secret professionnel au sens de l'art. 26 est préservé autant que possible.

L'autorité de surveillance peut désigner un commissaire qui représentera les participants en préservant le secret professionnel.

Section 2 Honoraires

Art. 28 Principes

Les honoraires de l'avocat sont déterminés par la convention d'honoraires qu'il a conclue avec son client, les règles professionnelles étant réservées.

Lorsqu'elle est fixée par les autorités, la rémunération de l'avocat pour la représentation de parties est déterminée par la réglementation cantonale ou fédérale en matière de dépens applicable à la procédure concernée.

Chapitre 4 Surveillance

Section 1 Organisation

Art. 29 Autorités de surveillance

Chaque canton désigne une autorité chargée de la surveillance des avocats et des stagiaires qui ont leur adresse professionnelle sur son territoire ou qui pratiquent la représentation de parties devant les tribunaux ou d'autres autorités du canton.

Art. 30 Devoirs d'annonce

Les autorités judiciaires et administratives cantonales annoncent sans retard à l'autorité de surveillance de leur canton les faits susceptibles de constituer une violation des règles professionnelles. Elles annoncent le défaut d'une condition au sens de l'art. 17 à l'autorité de surveillance du canton dans lequel l'avocat a son adresse professionnelle.

Les autorités judiciaires et administratives fédérales annoncent sans retard à l'autorité de surveillance du canton dans lequel l'avocat a son adresse professionnelle le défaut d'une condition au sens de l'art. 17, ainsi que les faits susceptibles de constituer une violation des règles professionnelles.

Dans les autres cas, le défaut d'une condition au sens de l'art. 17, ainsi que les faits susceptibles de constituer une violation des règles professionnelles, doivent être annoncés à l'autorité de surveillance du canton dans lequel l'avocat a son adresse professionnelle.

L'assureur de la responsabilité civile professionnelle annonce la suspension ou la cessation de l'assurance à l'autorité de surveillance du canton dans lequel l'avocat inscrit ou la société d'avocat a son adresse professionnelle.

Section 2 Procédure disciplinaire

Art. 31 Procédure, confidentialité

La procédure disciplinaire est régie par les lois cantonales de procédure administrative.

L'autorité cantonale de surveillance communique les mesures disciplinaires prononcées à la Confédération et à l'ordre cantonal des avocats par voie électronique le premier jour ouvrable suivant l'entrée en vigueur de la décision.

L'ordre cantonal des avocats doit tenir secret les éléments de faits qui tombent sous le secret professionnel de l'avocat ou de la société d'avocat visés par la mesure disciplinaire, ainsi que la mesure disciplinaire prononcée et les éléments de fait qui la justifient.

Art. 32 Procédure disciplinaire dans un autre canton

L'autorité de surveillance qui ouvre une procédure disciplinaire contre un avocat qui n'a pas son adresse professionnelle sur le territoire de son canton doit en informer l'autorité de surveillance du canton dans lequel l'avocat concerné a son adresse professionnelle.

Si elle envisage de prononcer une mesure disciplinaire, elle donne à l'autorité de surveillance du canton dans lequel l'avocat a son adresse professionnelle la possibilité de déposer ses observations sur le résultat de l'instruction.

Le résultat de la procédure disciplinaire doit être communiqué à l'autorité de surveillance du canton dans lequel l'avocat concerné a son adresse professionnelle. Cette dernière communique les mesures disciplinaires prononcées à la Confédération et à l'ordre cantonal des avocats par voie électronique le premier jour ouvrable suivant l'entrée en force de la décision.

Art. 33 Prescription

La poursuite disciplinaire se prescrit par un an à compter du jour où l'autorité de surveillance a eu connaissance des faits incriminés.

Le délai est interrompu par tout acte d'instruction de l'autorité de surveillance.

La poursuite disciplinaire se prescrit en tout cas par cinq ans à compter de la commission des faits incriminés.

Si la violation des règles professionnelles constitue un acte punissable pénalement, la prescription plus longue prévue par le droit pénal s'applique à la poursuite disciplinaire.

Section 3 Mesures disciplinaires

Art. 34 Mesures disciplinaires

En cas de violation de la présente loi, l'autorité de surveillance peut prononcer les mesures disciplinaires suivantes :

- a) un avertissement ;
- b) un blâme ;
- c) une amende de 20'000 francs au plus ;
- d) une interdiction temporaire de pratiquer pour une durée maximale de trois ans ;
- e) une interdiction définitive de pratiquer.

L'amende peut être cumulée avec une interdiction de pratiquer

Si nécessaire, l'autorité de surveillance peut retirer provisoirement l'autorisation de pratiquer.

Art. 35 Responsabilité des associés inscrits

En cas de violation des dispositions auxquelles renvoie l'art. 3 al. 3 par un associé non inscrit ou par une personne employée par un avocat inscrit ou une société d'avocats qui effectue des prestations de service typiques de l'activité d'avocat sans être elle-même inscrite au registre, l'autorité de surveillance peut prononcer des mesures disciplinaires au sens de l'art. 34 al. 1 let. a à c à l'encontre des associés qui sont des avocats inscrits.

Art. 36 Interdiction de pratiquer

L'interdiction de pratiquer a effet sur tout le territoire suisse.

Elle est communiquée aux autorités de surveillance des autres cantons.

Art. 37 Radiation des mesures disciplinaires

L'autorité de surveillance procède à la radiation du registre des avertissements et des blâmes deux ans après leur prononcé et des amendes trois ans après leur prononcé; elle radie l'interdiction temporaire de pratiquer cinq ans après son échéance. Les radiations sont communiquées à la Confédération.

Chapitre 5 Exercice collectif de la profession

Art. 38 Société d'avocats

L'exercice collectif de la profession d'avocat est admis sous toute forme juridique prévue par le droit suisse.

Art. 39 Conditions

Dans une société d'avocats, les avocats inscrits doivent s'assurer que:

- a) seules des personnes physiques sont des associés ; est réservé l'art. 42 ;

- b) le but principal de la société d'avocats se limite à la prestation de services juridiques et aux activités qui lui sont liées (représentation de parties devant les autorités, tribunaux et tiers ; conseil juridique) ;
- c) les trois quarts au moins des droits de vote appartiennent à des associés de la société d'avocats qui sont des avocats inscrits („associés inscrits“) et la participation de ces derniers atteint au minimum deux tiers du capital propre de la société ;
- d) les décisions à tous les niveaux de la société d'avocats sont prises exclusivement à la majorité des voix des associés inscrits ; sont réservées les majorités plus élevées prévues par la loi ou les statuts ;
- e) le président de l'organe supérieur de direction ou d'administration et de l'assemblée des associés ou l'assemblée générale des associés est un avocat inscrit ;
- f) les personnes physiques qui ont la qualité d'associés non inscrits exercent au sein de la société d'avocats une activité professionnelle contribuant au but social effectivement poursuivi par la société ;
- g) la société d'avocats est également couverte par une assurance de responsabilité civile professionnelle au sens de l'art. 25 let. e.

Sous réserve que la société conserve le caractère d'une étude d'avocat, les avocats étrangers inscrits au tableau de l'art. 51 et les notaires exerçant dans l'économie privée autorisés à instrumenter des actes en Suisse sont assimilés aux avocats inscrits dans le calcul des majorités au sens de l'alinéa précédent.

Art. 40 Sociétés d'avocats dont tous les associés sont des avocats inscrits au registre

Si les associés de la société d'avocats sont exclusivement des avocats inscrits, ils en informent l'autorité de surveillance au lieu du siège social et lui confirment remplir les conditions prévues par l'art. 39.

Art. 41 Sociétés d'avocats dont tous les associés ne sont pas des avocats inscrits au registre

Si les associés de la société d'avocats ne sont pas tous inscrits au registre, ils doivent requérir au préalable l'autorisation de l'autorité de surveillance au lieu du siège social.

Les associés inscrits doivent soumettre à l'autorité de surveillance compétente leurs statuts, leur contrat de société et leurs règlements, ainsi que toutes les modifications ultérieures de ces documents, pour autant que ces modifications aient trait au but de la société, au domaine de ses activités ou à son organisation interne.

Chaque année à la fin du mois de janvier, les associés inscrits doivent communiquer à l'autorité de surveillance compétente la liste des associés de leur société au 1er janvier de l'année concernée, en indiquant la participation de chacun et les activités exercées par les associés non inscrits.

Art. 42 Participation à une société d'avocats

Les parts d'une société d'avocats qui ne sont pas détenues par une personne physique ne l'être que par une société de capitaux ou une société coopérative de droit suisse (société holding) ; dans ce cadre, les avocats inscrits doivent s'assurer que :

- a) les associés de la holding sont exclusivement des avocats inscrits ; l'art. 39 al. 2 est applicable ;
- b) le seul but de la holding est la détention de participations au sein de sociétés d'avocats au sens des art. 38 ss ;
- c) la holding remplit également les conditions de l'art. 39 al. 1 let. d et e.

Avant d'acquérir une participation, la holding doit requérir l'accord de l'autorité de surveillance au lieu de son siège social.

Les autorités cantonales de surveillance compétentes pour la holding ou pour la société d'avocats s'informent mutuellement des décisions relatives aux sociétés concernées.

Chapitre 6 Exercice de la profession par des avocats étrangers**Section 1 Définition****Art. 43** Avocats étrangers

La notion d'„avocat étranger“ comprend les ressortissants des Etats membres de l'UE et de l'AELE habilités à exercer la profession d'avocat dans leur Etat de provenance sous l'une des dénominations figurant en annexe 1.

Elle comprend également les ressortissants d'autres Etats avec lesquels la Suisse a conclu un accord de reconnaissance mutuelle relatif à l'exercice de la profession d'avocat sous un titre professionnel.

Section 2 Libre prestation de services par les avocats étrangers**Art. 44** Principes

L'avocat étranger peut librement exercer la profession d'avocat en Suisse sous la forme de prestations de services.

L'avocat étranger prestataire de services n'est pas inscrit au registre des avocats.

Art. 45 Devoir de légitimation

Les autorités judiciaires fédérales et cantonales devant lesquelles l'avocat prestataire de services exerce son activité, ainsi que les autorités de surveillance des avocats, peuvent lui demander d'établir sa qualité d'avocat.

Art. 46 Obligation d’agir de concert avec un avocat inscrit au registre

Pour les procédures où l’assistance d’un avocat est obligatoire, l’avocat prestataire de services agit de concert avec un avocat inscrit au registre des avocats.

Art. 47 Titre professionnel

L’avocat prestataire de services fait usage de son titre professionnel d’origine exprimé dans la ou l’une des langues officielles de son Etat de provenance, accompagné du nom de l’organisme professionnel dont il relève ou de celui de la juridiction auprès de laquelle il est habilité à exercer en application de la législation de cet Etat.

Art. 48 Règles professionnelles

L’avocat prestataire de services est soumis aux règles professionnelles prévues aux art. 25 et 26, à l’exception de celles relatives aux défenses d’office, aux mandats d’assistance judiciaire (art. 25 let. f) et à l’inscription au registre (art. 25 let. i).

Art. 49 Communication des mesures disciplinaires

L’autorité de surveillance informe l’autorité compétente de l’Etat de provenance des mesures disciplinaires qu’elle ordonne à l’encontre de l’avocat prestataire de services.

Section 3 Exercice permanent de la profession par des avocats étrangers sous leur titre d’origine

Art. 50 Principes

L’avocat étranger peut librement exercer à titre permanent la profession d’avocat en Suisse après s’être inscrit au tableau prévu par l’art. 51.

Les art. 27, 47 et 48 sont également applicables.

Art. 51 Inscription au tableau

La Confédération tient un tableau public des avocats étrangers habilités à exercer la profession d’avocat en Suisse à titre permanent sous leur titre professionnel d’origine.

L’autorité de surveillance du canton dans lequel l’avocat a son adresse professionnelle prend les décisions relatives à la liste. L’avocat requérant atteste de sa qualité d’avocat en produisant une attestation de son inscription auprès de l’autorité compétente de son Etat de provenance ; cette attestation ne doit pas dater de plus de trois mois.

L’autorité de surveillance cantonale communique toute décision relative à une inscription ou à la modification ou la radiation d’une inscription à la Confédération par voie électronique le premier jour ouvrable suivant l’entrée en force de la décision ; elle en informe également l’autorité compétente de l’Etat de provenance.

Elle peut publier les inscriptions dans la publication officielle de son canton.

Art. 52 Consultation du tableau

Les dispositions de l'art. 21 s'appliquent par analogie à la consultation du tableau.

Art. 53 Coopération avec l'autorité compétente de l'Etat de provenance

Avant d'ouvrir une procédure disciplinaire contre un avocat étranger exerçant de manière permanente en Suisse, l'autorité de surveillance en informe l'autorité compétente de l'Etat de provenance.

L'autorité de surveillance coopère avec l'autorité compétente de l'Etat de provenance pendant la procédure disciplinaire et lui donne notamment la possibilité de déposer des observations.

Section 4 Inscription des avocats étrangers au registre des avocats**Art. 54** Principes

L'avocat étranger peut être inscrit au registre des avocats sans remplir les conditions de l'art. 7 let. b :

- a. s'il a réussi une épreuve d'aptitude (art. 55), ou
- b. s'il a été inscrit au tableau des avocats exerçant sous leur titre professionnel d'origine pendant au moins trois ans et établit :
 - 1. qu'il a exercé une activité effective et régulière en droit suisse pendant cette période, ou
 - 2. qu'il a exercé une activité en droit suisse pendant une durée moindre et démontré ses compétences professionnelles lors d'un entretien (art. 56).

L'avocat étranger jouit alors des mêmes droits et obligations qu'un avocat inscrit au registre.

Art. 55 Epreuve d'aptitude

L'avocat étranger peut se présenter à l'épreuve d'aptitude aux conditions suivantes:

- a. avoir suivi avec succès un cycle d'études d'une durée minimale de trois ans dans une université et, le cas échéant, la formation professionnelle complémentaire requise en sus; et
- b. posséder un diplôme permettant l'exercice de la profession d'avocat dans son Etat d'origine.

L'avocat doit passer l'épreuve d'aptitude devant la commission des examens d'avocat du canton dans lequel il a son adresse professionnelle.

L'épreuve d'aptitude porte sur les matières qui sont l'objet de l'examen cantonal d'avocat et qui sont substantiellement différentes de celles comprises dans le cadre de la formation suivie par le candidat dans son Etat de provenance. Le contenu de l'épreuve est fixé compte tenu également de l'expérience professionnelle du candidat.

L'épreuve d'aptitude peut être repassée deux fois.

Art. 56 Entretien de vérification des compétences professionnelles

L'entretien de vérification des compétences professionnelles est effectué par la commission d'examen du canton dans lequel l'avocat a son adresse professionnelle.

Elle se base notamment sur les informations et les documents produits par l'avocat et relatifs à son activité en Suisse.

Elle prend en compte les connaissances et l'expérience professionnelle de l'avocat en droit suisse, ainsi que sa participation à des cours ou des séminaires portant sur le droit suisse.

Art. 57 Titre professionnel

Outre le titre professionnel du canton dans lequel il a son adresse professionnelle, l'avocat étranger peut également utiliser son titre professionnel d'origine.

Chapitre 7 Procédure et voies de recours

Art. 58 Procédure

Les cantons règlent la procédure.

Ils prévoient une procédure simple et rapide pour l'examen des conditions d'inscription au registre et au tableau des avocats, ainsi que pour l'octroi de l'autorisation de plaider.

Art. 59 Voies de recours

Les décisions de l'autorité cantonale de surveillance peuvent faire l'objet d'un recours devant une juridiction cantonale supérieure.

Chapitre 8 Dispositions pénales

Art. 60 Contraventions

Celui qui utilise indûment un titre prévu par la présente loi ou toute désignation ou titre qui peut être confondu avec un titre prévu par la présente loi,

Celui qui indique indûment une inscription inexistante au registre ou au tableau,

Celui qui indique indûment une autorisation de plaider inexistante,

Celui qui donne des indications erronées au sujet d'une société d'avocat, et en particulier omet de déclarer que des associés non inscrits sont associés d'une société d'avocats,

Celui qui représente indûment des tiers devant les tribunaux et autorités à titre professionnel,

sera puni d'une amende de 20'000 francs au plus.

La poursuite pénale et la condamnation sont de la compétence des cantons.

Chapitre 9 Dispositions finales

Art. 61 Exécution

Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution.

Art. 62 Modification du droit en vigueur

La loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA) est abrogée.

La modification du droit en vigueur est réglée à l'annexe 2.

L'Assemblée fédérale peut adapter au moyen d'une ordonnance les dispositions de lois fédérales qui seraient contraires à la présente loi mais n'auraient pas été modifiées par cette dernière.

Art. 63 Droit transitoire

Les titulaires d'un brevet d'avocat délivré avant le 1er juin 2002 conformément à l'ancien droit cantonal remplissent les conditions de formation au sens de l'art. 7, dans la mesure où ils auraient obtenu dans les autres cantons une autorisation d'exercer la profession au sens de l'art. 196 ch. 5 de la Constitution.

Les titulaires d'un brevet d'avocat délivré après le 31 mai 2002 conformément à l'ancien droit cantonal et qui auraient pu s'inscrire à un registre cantonal des avocats remplissent les conditions de formation au sens de l'art. 7.

Les personnes inscrites à un registre cantonal des avocats ou au tableau selon l'art. 28 LLCA le jour précédant l'entrée en vigueur de la présente loi sont inscrites d'office et gratuitement au registre des avocats. Est réservé l'art. 17 let. d, pour autant que la preuve de l'existence de l'assurance n'ait pas déjà été apportée au moment de l'inscription au registre cantonal des avocats.

Les personnes qui satisfont pleinement les conditions d'admission à l'examen d'avocat fixées par l'ancien droit du canton d'examen le jour avant l'entrée en vigueur de la pré-

sente loi sont autorisées à passer l'examen d'avocat dans un délai de trois ans suivant l'entrée en vigueur de cette loi et à obtenir le brevet d'avocat.

Les avocats inscrits qui exercent dans une société d'avocats le jour avant l'entrée en vigueur de la présente loi restent inscrits au registre sans égard aux dispositions du chapitre 5 de la loi. Les associés inscrits doivent procéder à l'annonce et à la confirmation prévue par l'art. 40 ou requérir une autorisation au sens de l'art. 41 et/ou 42 dans un délai d'une année après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Art. 64 Référendum et entrée en vigueur

La présente loi est soumise au référendum facultatif.

Le Conseil fédéral fixe l'entrée en vigueur.

Annexe 1 (art. 43)

Liste des titres professionnels dans les Etats membres de l'UE et de l'AELE selon les directives 77/249/CCE et 98/5/CE

Allemagne	Rechtsanwalt
Belgique	Avocat/Advocaat/Rechtsanwalt
Bulgarie	Адвокат
Danemark	Advokat
Estonie	Vandeadvokaat
Finlande	Asianajaja/Advokat
France	Avocat
Grèce	Δικηγόρος
Irlande	Barrister, Solicitor
Islande	Lögmaur
Italie	Avvocato
Lettonie	Звєринāts advokāts
Liechtenstein	Rechtsanwalt
Lituanie	Advokatas
Luxembourg	Avocat
Malte	Avukat/Prokuratur Legali
Pays-Bas	Advocaat
Norvège	Advokat
Autriche	Rechtsanwalt
Pologne	Adwokat/Radca prawny
Portugal	Advogado
Roumanie	Avocat
Suède	Advokat
Slovaquie	Advokāt/Komerèný právnik

Slovénie	Odvetnik/Odvetnica
Espagne	Abogado/Advocat/Avogado/Abokatu
République tchèque	Advokát
Hongrie	Ügyvéd
Royaume-Uni	Advocate/Barrister/Solicitor
Chypre	Δικηγόρος

Annexe 2 (art. 62 al. 2)

Les lois mentionnées ci-après sont modifiées comme suit :

1. **Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative**⁷

*Art. 13 al. 1bis*⁸

*L'obligation de collaborer ne s'étend pas à la remise d'objets et documents provenant des relations entre une partie et une personne ou une société d'avocats inscrite au registre des avocats selon la loi du * sur les avocats.*

2. **Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral**⁹

Art. 40 al. 1

*En matière civile et pénale, seuls ont qualité pour agir comme mandataires devant le Tribunal fédéral les avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice en vertu de la loi du * sur les avocats ou d'un traité international.*

3. **Code de procédure civile du 19 décembre 2008**¹⁰

Art. 68 al. 2 let. a:

*dans toutes les procédures, les avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice devant les tribunaux suisses en vertu de la loi du * sur les avocats ;*

*Art. 160 al. 1 let. b*¹¹

*b. de produire les documents requis ; sont exceptés les documents provenant des relations entre une partie ou un tiers et une personne ou une société d'avocats inscrite au registre des avocats en vertu de la loi du * sur les avocats.*

⁷ RS 172.021

⁸ Cf. à ce sujet le Message du Conseil fédéral du 26 octobre 2011 concernant la loi fédérale sur l'adaptation des dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, FF 2011 p. 7509.

⁹ RS 173.110

¹⁰ RS 272

¹¹ Cf. note de bas de page 6.

4. Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale¹²

Art. 51a¹³

*L'obligation de produire des titres ne s'étend pas aux documents concernant des contacts entre une partie ou un tiers et une personne ou une société d'avocats inscrite au registre des avocats en vertu de la loi du * sur les avocats.*

5. Code de procédure pénale du 5 octobre 2007¹⁴

Art. 127 al. 5

*La défense des prévenus est réservée aux avocats qui, en vertu de la loi du * sur les avocats sont habilités à représenter les parties devant les tribunaux suisses.*

Art. 171 al. 4

*La loi du * sur les avocats est réservée.*

Art. 264 al. 1 let. d¹⁵

*d. les objets et documents concernant des contacts entre une autre personne et un avocat ou une société d'avocats inscrit au registre des avocats en vertu de la loi du * sur les avocats qui n'a pas lui-même le statut de prévenu dans la même affaire.*

6. Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif¹⁶

Art. 32 al. 2

*Sont admis comme défenseurs professionnels dans la procédure devant l'administration les avocats inscrits au registre des avocats conformément à la loi du * sur les avocats.*

L'art. 32 al. 3 est abrogé

¹² RS 273

¹³ Cf. note de bas de page 6.

¹⁴ RS 312.0

¹⁵ Cf. note de bas de page 6.

¹⁶ RS 313.0

Art. 46 al. 3¹⁷

*Il est interdit de séquestrer les objets et documents concernant des contacts entre une personne et un avocat ou une société d'avocats, si celui-ci est inscrit au registre des avocats en vertu de la loi du * sur les avocats et n'a pas lui-même le statut de prévenu dans la même affaire.*

(NB: Adaptation de l'ordonnance sur frais et indemnités en procédure pénale administrative)

7. **Loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs**¹⁸

Art. 23

Le prévenu mineur capable de discernement et ses représentants légaux peuvent désigner un avocat inscrit au registre des avocats

8. **Procédure pénale militaire du 23 mars 1979**¹⁹

Art. 63 al. 2²⁰

*Les objets et documents provenant des relations entre une personne et un avocat ou une société d'avocats ne peuvent être séquestrés dans la mesure où l'avocat ou la société d'avocats est inscrit au registre des avocats en vertu de la loi du * sur les avocats et n'est pas lui-même prévenu dans la même affaire.*

Art. 99 al. 1

*Sont admis comme défenseurs d'office les citoyens suisses titulaires d'un brevet d'avocat selon la loi du * sur les avocats et inscrits au registre des avocats.*¹⁰

9. **Ordonnance du 26 janvier 2011 sur le numéro d'identification des entreprises (OIDE)**²¹

¹⁷ Cf. note de bas de page 6.

¹⁸ RS 312.1

¹⁹ RS 322.1

²⁰ Cf. note de bas de page 6.

²¹ RS 431.031 (la modification d'une ordonnance n'entre pas dans la compétence du parlement).

Art. 3 al. 1 let. b

....., registre des avocats, ..

Art. 24 al 1 let. f:

f. le registre des avocats ;