



Manuel Bianchi della Porta* / Edgar Philippin**

Pratique du métier d'avocat en société de capitaux

Une réponse adéquate à l'évolution
de la profession



Table des matières

- I. La donne économique
- II. Les opportunités/avantages d'une pratique en société de capitaux
 - 1. Compétitivité
 - 2. Pérennité
 - 2.1 Identité propre
 - 2.2 Valeur propre
 - 2.3 Entrée et sortie des associés facilitées
 - 2.4 Prévoyance
 - 2.5 Réduction des blocages
 - 3. Efficacité
 - 3.1 Processus de décision
 - 3.2 Management et contrôle
 - 4. Avantages de la société à responsabilité limitée sur la société anonyme?
 - 5. Remarque conclusive
- III. Bénéfices au regard des règles professionnelles
- IV. Restrictions à la liberté de s'organiser en société de capitaux?
 - 1. Les fondements constitutionnels et législatifs
 - 1.1 La liberté économique et la loi sur le marché intérieur
 - 1.2 La loi sur la libre circulation des avocats
 - 1.3 Les règles du droit commercial
 - 2. Les curiosités de la casuistique cantonale
 - 3. Essai de critique constructive. Proposition d'un nouveau modèle
 - 3.1 Nécessité d'une révision législative?
 - 3.2 Pertinence du critère de la forme sociale dans l'analyse du critère d'indépendance?
 - 3.3 Exigences matérielles relatives au cercle des associés et à la composition de l'organe supérieur de direction ou d'administration?
 - a. Cas de la société intégralement détenue et gérée par des avocats
 - b. Présence de tiers parmi les associés (en général)

- c. Le cas particulier des notaires
- d. Présence de tiers au sein de l'organe supérieur de direction ou d'administration
- e. Synthèse: le critère du contrôle – approche matérielle

- 3.4 Réflexions sur le respect des autres critères d'inscription au registre et des règles professionnelles

V. Conclusion

I. La donne économique

Comme toute profession, la profession d'avocat s'inscrit dans un marché. Pris dans sa dimension géographique, le marché des avocats est le territoire dans lequel se rencontrent l'offre et la demande de services juridiques. Aujourd'hui, le marché pertinent est rarement local ou cantonal. Il est bien davantage régional ou national, voire international.

Certes, la réalité du marché varie selon le type de services rendus par l'avocat. En matière de représentation des justiciables devant les tribunaux (activité dite «traditionnelle» de l'avocat), la concurrence est encore essentiellement cantonale. Mais cette situation est appelée à évoluer. Les barrières à l'entrée sur ce marché sont en train de tomber, en particulier avec l'uniformisation des procédures civiles et pénales, en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2011. Par ailleurs, les tribunaux étatiques n'ont plus, depuis longtemps, le monopole du règlement des conflits civils, et les modes de résolution alternatifs (médiation, arbitrage) sont souvent l'affaire d'avocats spécialisés dont le «rayon d'action» dépasse presque toujours les frontières cantonales. En outre, l'activité contentieuse, qui reste une composante essentielle du métier, ne constitue plus l'activité principale de nombreuses études d'avocats. C'est en particulier le cas des études actives en droit des affaires, dans lesquelles travaillent (comme associés ou employés) une partie importante de la profession¹.

* Docteur en droit (Lausanne), LL.M. (Columbia), avocat (BCCC Avocats Sàrl, Genève), chargé de cours à l'Université de Genève.

** Docteur en droit (Lausanne), avocat (Carrard & Associés, Lausanne), professeur remplaçant de droit commercial à l'Université de Lausanne, directeur adjoint du Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC). Nous remercions Mme Caroline Paquier, titulaire du brevet d'avocat, de bien vouloir trouver ici l'expression de notre très vive gratitude pour son indispensable assistance dans la préparation du présent article. Nous sommes aussi infiniment obligés à M. Grégory Bovey, docteur en droit, LL.M. (NYU), juge au Tribunal de première instance du canton de Genève, d'avoir accepté de nous faire part de ses précieuses observations sur ce texte. Les opinions que nous avons choisi d'exprimer n'engagent toutefois que nous.

¹ A titre d'exemple, parmi les quinze études citées comme *leading firms* à Genève par le guide juridique The Legal 500 (édition 2009 pour l'Europe), toutes ou presque comptent dix avocats brevetés au moins; certaines bien davantage; la plus grande, près de septante avocats brevetés pour le seul bureau de Genève.

Au sein de ces études, certains *practice groups* (équipes spécialisées) déploient leur activité sur tout le territoire national (typiquement les spécialistes de la propriété intellectuelle, du droit de la concurrence ou des fusions et acquisitions). Et si la maîtrise de la langue est, et demeurera, clé dans le métier d'avocat, les frontières linguistiques ne sont plus un obstacle pour les études qui sont implantées des deux côtés de la Sarine². Il y a plus: les études suisses ne sont plus seules sur le marché indigène. Les sociétés d'avocats des pays limitrophes, voire d'Angleterre ou des Etats-Unis, viennent concurrencer, sur leur propre territoire, les avocats pratiquant en Suisse. Cela vaut en particulier pour les activités qui sollicitent beaucoup de ressources sur une courte période (par ex. le financement des acquisitions par les fonds de *private equity*) ou pour celles qui font au moins autant appel à une connaissance de l'industrie et des *best practices* qui y ont cours qu'au droit qui régit la matière (par ex. les contrats d'*outsourcing* des systèmes d'information). La langue, là encore, ne constitue plus une barrière pour les études étrangères, la *lingua franca* de la transaction étant désormais l'anglais, y compris en Suisse. Voilà, décrit dans les grandes lignes, le «terrain de jeu» dans lequel entrent aujourd'hui les avocats suisses fraîchement brevetés³.

Le décloisonnement du marché, son ouverture aux avocats des autres cantons et, dans une certaine mesure, aux avocats étrangers ont été fortement voulus et favorisés par le législateur fédéral. La loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61), comme son nom l'indique, garantit aux avocats inscrits dans un registre cantonal la libre circulation sur le territoire national, ce depuis le 1^{er} juin 2002. La LLCA unifie par ailleurs les règles de la profession⁴, et ouvre aux avocats ressortissants de l'Union européenne l'accès aux tribunaux suisses, en application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 entre l'Union européenne et la Suisse⁵. Récemment, le Tribunal fédéral a opportunément rappelé que la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) – qui vise à créer en Suisse un marché unique (toutes professions confondues) – s'appliquait pleinement aux avocats dans les rares domaines que la LLCA n'a pas

réglementés de façon exhaustive⁶. Rappelons que la loi sur le marché intérieur, révisée en 2005, a été encore renforcée, notamment par l'introduction de la liberté des acteurs économiques d'un canton de s'établir dans un autre canton⁷. Ce cadre législatif consacre pour les avocats un accès libre et non discriminatoire au marché, et interdit aux autorités cantonales d'ériger des barrières réglementaires aux avocats (respectivement aux sociétés d'avocats) extérieurs au canton qui souhaitent exercer, soit ponctuellement, soit de façon permanente sur le territoire cantonal, y compris en ce qui concerne l'activité des avocats soumise à monopole (représentation devant les tribunaux).

En résumé, le contexte actuel se caractérise par: (a) au niveau économique, la compétition intense que se livrent aujourd'hui les études situées dans les grandes villes suisses, elles-mêmes en concurrence avec les grands cabinets des capitales européennes pour certaines prestations; et par: (b) au niveau réglementaire, la garantie donnée à ces différentes études de rendre des services dans le marché de leur choix⁸. Dans cette configuration, le risque existe d'une *discrimination négative*, soit que les autorités qui créent ou appliquent la réglementation professionnelle imposent aux avocats de leur territoire des exigences qui ne s'appliquent pas aux avocats «extérieurs», qui viennent les concurrencer sur leur propre terrain, ce qui est un comble. Ainsi, d'une autorité de surveillance qui créerait pour les avocats sous sa surveillance des obstacles à l'exercice de leur profession dont les avocats «extérieurs» au canton seraient affranchis, ou d'un tribunal de ce pays qui rendrait la pratique du métier plus difficile pour les avocats suisses que pour leurs concurrents étrangers.

C'est dans cet environnement concurrentiel que doit s'inscrire la problématique de l'organisation des études d'avocats, du choix des structures appropriées pour mener à bien leurs activités, pour assurer un service de qualité aux clients et garantir le respect des exigences professionnelles. Raisonner sur ces questions, sans référence à l'économie du métier, serait dommageable⁹.

² Comme modèle alternatif, certaines études alémaniques, sans avoir de bureaux en Suisse romande, disposent de «cellules francophones» actives sur le marché romand, ainsi Vischer AG à Bâle et Zurich.

³ Il y a un peu plus de dix ans, Peter Nobel se demandait s'il existait désormais «un marché commun des avocats», cf. PETER NOBEL, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwälten: Organisationsfreiheit für Anwälte!, in: Fellmann (éd.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Berne 1998, 342. Nous pouvons aujourd'hui répondre par l'affirmative.

⁴ Une uniformisation des règles légales, prolongée par le droit associatif, avec l'adoption en 2006 du Code fédéral de déontologie.

⁵ FRANÇOIS BOHNET/SIMON OTHENIN-GIRARD/PHILIPPE SCHWEIZER, nos 6–9 ad art. 1 LLCA, in: Valticos/Reiser/Chappuis (éds), Commentaire romand. Loi sur les avocats, Bâle 2010.

⁶ ATF 134 II 329, JdT 2009 III 35. Voir aussi MATHIEU BLANC/NICOLAS IYNEDJIAN, Renforcement du libre accès au marché intérieur pour les avocats, Revue de l'avocat 2009, 41 s; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, n° 62 ad art. 2 LMI, in: Tercier/Bovet (éds), Commentaire romand. Droit de la concurrence, 2^{ème} édition, Bâle 2010 (à paraître).

⁷ Art. 2 al. 4 LMI.

⁸ L'évolution de la profession et ses tendances sont décrites notamment par ISABELLE HÄNER, Das veränderte Berufsbild des Anwaltes und der Anwältin. Neue Entwicklungen in der Rechtsberatung und Rechtsvertretung, in: Ehrenzeller (éd.), Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, St. Gall 2003, 9 ss.

⁹ La nouvelle donne économique influence nécessairement les formes d'organisation de la profession; dans ce sens: MICHAEL PFEIFER, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, RDS 115 (1996), II, 298.

La question de l'organisation dont se dotent les avocats pour exercer leur métier s'est focalisée dernièrement sur les sociétés de capitaux, essentiellement par rapport au principe d'indépendance des avocats. Pour les uns, l'indépendance ne serait assurée que si les avocats qui décident de travailler ensemble se regroupent en sociétés de personnes; pour les autres, une très large majorité de la doctrine, commentant les décisions des autorités de surveillance et des tribunaux de ce pays, un tel phénomène peut être toléré moyennant respect de certaines conditions. Nous défendons ici que le libre choix en matière d'organisation est souhaitable et que les sociétés de capitaux offrent des avantages qui, selon la taille et les activités des études, peuvent s'avérer déterminants.

II. Les opportunités/avantages d'une pratique en société de capitaux

1. Compétitivité

Dans les pays qui nous entourent, le choix de la forme juridique à disposition des études d'avocats n'est pas toujours libre. Les pays dans lesquels sont domiciliées les études étrangères qui interviennent sur le marché suisse permettent tous, ou presque, la pratique du métier dans une société de capitaux ou dans une forme apparentée. Dans certains ordres juridiques, ces sociétés sont celles du droit commun. Dans d'autres pays, des lois spéciales définissent une ou plusieurs formes juridiques réservées aux sociétés d'avocats, le plus souvent dérivées des formes traditionnelles de sociétés commerciales¹⁰.

En outre (et surtout), les bureaux européens des études d'avocats «multinationales» pratiquent de plus en plus souvent sous la raison sociale d'une structure enregistrée sous l'une des formes sociales mentionnées ci-dessus. C'est typiquement le cas des cabinets organisés en *limited liability partnerships* de droit anglais, qui ont des succursales dans les capitales européennes importantes¹¹. Si l'on considère les classements publiés par

Chambers, un guide juridique qui fait autorité dans le métier, environ nonante pour cent des cabinets cités au Royaume-Uni pratiquent sous la forme du LLP; tous ou presque ont une présence (parfois très importante) dans l'un ou l'autre des pays qui entourent la Suisse; et la majorité d'entre eux intervient sur le marché suisse. Peu importe les raisons qui ont conduit les avocats des pays proches à choisir ces structures juridiques, le fait, incontestable, demeure que celles-ci sont perçues, par une grande majorité des études de droit des affaires, comme les plus appropriées à la pratique de leurs activités¹².

Dans un marché intérieur suisse unifié et dans une Europe de libre circulation des avocats, il est essentiel que les avocats suisses (indépendamment du registre cantonal où ils sont inscrits) aient la possibilité d'opter pour une forme d'organisation qui présente des avantages comparables aux structures majoritairement retenues par les études qui leur font concurrence. Il s'agit là d'assurer l'égalité des armes, ou, dit autrement, d'éviter une *discrimination négative* à l'endroit des études suisses face aux cabinets étrangers (ou des études d'un canton restrictif face à celles des autres cantons). Si elles ne l'expriment pas en ces termes, certaines décisions de nos autorités reconnaissent que les études suisses sont aujourd'hui soumises à une forte concurrence internationale, et que leur transformation¹³ en société de capitaux constitue une réponse possible à cette nouvelle donne économique¹⁴.

A ce sujet, la Suisse a les cartes en main pour assurer la compétitivité des études nationales. En particulier, la Confédération a réalisé l'unification des règles de la profession par le biais de la LLCa, tout en résistant à la tentation de réglementer pour la profession (et donc de les figer) les formes d'organisation des études d'avocats. Sagesse ou attentisme, le Conseil fédéral expliquait dans le message relatif à la LLCa qu'il ne souhaitait pas bloquer une possible évolution de la pratique du métier en société de capitaux et doutait que la voie législative soit

dans un pays européen de créer une succursale en Suisse; de ce point de vue, l'arrêt du Tribunal administratif de Genève du 29 avril 2008 (ATA/201/2008) n'est pas un arrêt de principe du fait du caractère très particulier que présentait le cas d'espèce (cabinet comptant plusieurs associés exerçant à Genève et un seul pratiquant à Londres).

¹⁰ A titre d'exemple, l'Allemagne autorise la pratique du barreau sous la forme de société à responsabilité limitée (voir SAVERIO LEMBO, L'exercice de la profession en société de capitaux, in: Jeanneret/Hari [éds], Défis de l'avocat au XXI^e siècle. Mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger, Genève 2008, 366); le Royaume-Uni offre aux avocats la possibilité de s'organiser en *limited liability partnership*; la France permet à ses avocats de pratiquer en la forme de *société d'exercice libéral*. Pour une étude comparative en la matière, voir FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, nos 2345–2350, 955 ss.

¹¹ Citons à titre d'exemple la conversion de Freshfields Bruckhaus Deringer en *limited liability partnership*, qui, au 1^{er} mai 2008, a affecté tous les bureaux de vingt pays dans lesquels le cabinet est présent, sauf ceux de Hong-Kong, du Japon et des USA, qui ont gardé leur structure originelle (voir http://www.freshfields.com/aboutus/llp_conversion/, dernière consultation le 31 mars 2010). Rien, du reste, ne devrait pouvoir empêcher une étude enregistrée

¹² Sur ces questions, voir également WALTER FELLMANN, Zulässigkeit der Aktiengesellschaft als Organisationsform für Anwaltskanzleien – die Beschlüsse der Aufsichtsbehörden der Kantone Obwalden und Zürich, Revue de l'avocat 2007, 25 s.

¹³ Sur le processus de transformation, voir par exemple URS P. GNOS, Umwandlung einer Anwaltskanzlei in eine Anwalts-AG, REPRAX 2/2007, 1 ss, ainsi que JÖRG SCHWARZ, Anwalts-AG und Anwalts-GmbH. Einige Überlegungen zu gesellschaftsrechtlichen Fragen, Revue de l'avocat 2008, 233 s.

¹⁴ A titre d'exemple, Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. III.2.4. Dans ce sens également, BOHNET/MARTENET (n. 10), n° 2359, 960 s, qui parlent de «concurrence farouche», ou encore SHELBY DU PASQUIER/PHILIPP FISCHER, La responsabilité civile de l'avocat dans une étude constituée en personne morale, RSDA 2008, 550.

la plus appropriée en la matière¹⁵. Les tentatives de réglementer les sociétés d'avocats, dans la LLCA ou dans une autre loi fédérale, ont, à ce jour, fait long feu¹⁶. Exprimé (très récemment) avec les mots du Conseil fédéral: «Il apparaît que les questions qui se posent [en matière d'organisation d'études d'avocats sous forme de sociétés de capitaux] relèvent essentiellement du droit de la surveillance et non du droit des sociétés»¹⁷. La probabilité que la Confédération légifère en la matière est aujourd'hui très mince. C'est bien ainsi¹⁸. Par ailleurs, le principe de la liberté d'organisation est aujourd'hui très largement admis¹⁹. Cette liberté signifie que les avocats peuvent, comme tous les acteurs économiques, choisir la forme d'organisation qu'ils souhaitent dans les limites du *numerus clausus* du Code des obligations, y compris donc la forme de la société anonyme ou de la société à responsabilité limitée, étant admis que leur organisation, quelle que soit du reste la structure juridique choisie, doit être aménagée de manière à être compatible avec leurs règles professionnelles.

Il revient ainsi aux autorités administratives et, cas échéant, aux tribunaux de ce pays de définir la portée (ou, dit négativement, les limites) de la liberté organisationnelle des avocats, en fonction, certes, des principes qui régissent la profession, mais aussi – c'est leur responsabilité – en tenant compte des développements de la réglementation professionnelle dans les pays européens de manière à garantir aux études suisses le *level playing field* sur le marché national et, le cas échéant, sur le marché européen. Cette dernière considération ne doit pas être perdue de vue, à chaque fois que sont discutées des restrictions à la liberté d'organisation des avocats qui peuvent potentiellement créer une distorsion de la concurrence, que l'on songe dernièrement au débat sur l'interdiction de la multidisciplinarité des sociétés d'avocats²⁰.

2. Pérennité

Les études d'avocats en sociétés de capitaux disposent d'une organisation qui les rend davantage pérennes²¹.

Pourquoi cela? Elles sont mieux équipées pour résister à certaines circonstances qui signifient souvent, pour une société de personnes, la fin de l'association. Parmi ces circonstances, il faut citer: la retraite d'un associé fondateur (*name partner*), les conflits entre deux ou plusieurs associés, l'arrivée mal préparée d'un nouvel associé, le départ inattendu d'un associé (décès, passage à la concurrence, nouvelle activité), des divergences de vue croissantes entre les bureaux d'une étude multi-sites, des difficultés financières auxquelles fait face l'association, la dégradation du processus décisionnel qui conduit à des retards et des blocages, un déficit de stratégie et d'objectifs communs (lié ou non à l'absence de *leadership*). La pérennité n'est pas une vertu absolue; ceci étant, certains avantages concurrentiels s'acquièrent essentiellement par la durée, en particulier, le nom et la réputation.

La notion de pérennité est appréhendée ci-après au travers de différents traits d'une étude organisée en la forme de société de capitaux. A noter que nous entendons par «société de capitaux» la société anonyme et la société à responsabilité limitée, à l'exclusion de la société en commandite par actions, qui n'entre pas en considération pour une étude d'avocats. La terminologie utilisée est celle de la loi sur la fusion («parts sociales», «capital», «associés», «assemblée générale», «organe supérieur de direction ou d'administration») lorsque l'on parle indifféremment de la société anonyme et de la société à responsabilité limitée.

2.1 Identité propre

C'est d'abord le nom qui donne son identité à une étude d'avocats. Les études organisées en sociétés de capitaux peuvent former *librement* leur raison de commerce, sous réserve d'indiquer la forme juridique²². Elles peuvent opter pour un nom de fantaisie et ne sont pas tenues d'inclure le nom d'un ou plusieurs associés (au contraire des études organisées en société simple ou en société en nom collectif)²³. Si elles le font, leur nom survit au départ du (ou des) *name partner(s)*²⁴.

L'identité est également donnée par d'autres éléments intangibles, dont la marque. Dès lors que la marque est

¹⁵ FF 1999 5354.

¹⁶ BOHNET/MARTENET (n. 10), nos 2343 s., 954 s.

¹⁷ Motions et postulats des conseils législatifs 2009, Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, 44

¹⁸ Dans ce sens, PIETRO CRESPI, *Forma giuridica di uno studio legale e responsabilità civile*, Lugano 2003, 47.

¹⁹ Sur la question, CRESPI (n. 18), p. 48 ss; pour un avis plus nuancé, LUKAS KÜNG, *Anwalts-AG. Werdegang und erste Erfahrungen im Rahmen der Gründung der ersten Obwaldner Anwalts-AG*, Jusletter, 15 janvier 2007, nos 14 ss.

²⁰ L'Italie par exemple a supprimé l'interdiction des associations multidisciplinaires permettant ainsi aux avocats italiens de s'associer avec des fiduciaires (BOHNET/MARTENET (n. 10), n° 2348, 957). Sur la question, voir également ci-dessous ch. IV.3.2.

²¹ VINCENT JEANNERET, *Les études d'avocats en Suisse pourront désormais pratiquer en sociétés de capitaux*, Jusletter, 21 avril 2008, n° 21.

²² Art. 950 CO.

²³ Dans sa communication du 30 août 2005, l'autorité de surveillance du canton de Bâle-Campagne considère que le nom du cabinet doit être composé de celui de tous les associés. Nous n'avons pas connaissance d'autres autorités qui en feraient une exigence, même si d'aucuns paraissent en doctrine le juger souhaitable, SIMONE GIANINI, *Strutture societarie e professione d'avvocato*, in: Dedéyan (éd.) *Vertrauen – Vertrag – Verantwortlichkeit. Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag*, Zurich 2007, 484.

²⁴ Cf. PHILIPPE GILLIÉRON/PIERRE-ALAIN KILLIAS, *Le droit au nom des Etudes d'avocats*, in: Chaudet/Rodondi (éds), *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/Genève/Munich 1998, 217 ss.

enregistrée au nom de la personne morale, les problèmes (et démarches administratives) liés à la détention collective de la marque en cas d'arrivée et de départ d'associés disparaissent. Il en est de même du nom de domaine, qui sera propriété de la société.

2.2 Valeur propre

Les associés d'une société de capitaux ne sont pas propriétaires des actifs sociaux, sous réserve de leurs biens personnels qui n'ont pas fait l'objet d'un apport²⁵. C'est vrai de tous les postes de l'actif du bilan, ainsi des réalisables (dont les «débiteurs» et les «travaux en cours») et des actifs immobilisés. Il en va également ainsi des actifs qui ne sont en principe pas activés au bilan, comme la marque ou encore le *goodwill*. L'associé sortant n'a pas de droit sur ces actifs, en particulier sur ceux qu'il a apportés à l'étude. Il ne peut ni les reprendre, ni, comme c'est le cas pour un associé d'une société simple, se faire indemniser dans le cadre de la liquidation²⁶.

En matière de clientèle, le contrat de société «traditionnel» prévoit en général que l'associé sortant repart avec les clients qu'il a apportés, ce qui peut déstabiliser l'étude lorsque l'associé quitte le partenariat pour mener une activité concurrente. Dans un cabinet organisé en société de capitaux, les clients, comme le reste des actifs, sont la propriété de la personne morale. La valeur de l'étude est ainsi décorrélée de ses associés, et cette valeur survit à leur départ de la société, sous réserve de ce qui peut être prévu dans la convention entre associés. C'est en particulier le cas pour une étude de grande taille dont le nom et la réputation sont bien établis. Cela est moins vrai si la structure est petite, le *goodwill* modeste et, inversement, si l'associé sortant était un important apporteur d'affaires.

2.3 Entrée et sortie des associés facilitées

Le départ d'un associé d'une société de capitaux n'est pas un événement de dissolution de la société. En effet, le sociétariat n'est pas lié à la personne de l'associé. Dans une société de personnes, le lien personnel entre la société et ses membres a différentes conséquences qui ne facilitent pas les mouvements au sein du partenariat: le départ d'un associé met en principe fin à la société²⁷; un nouvel associé ne peut entrer dans l'association qu'avec le consentement de tous les autres associés²⁸; enfin le sociétariat est en principe intransmissible, sauf accord de tous les autres associés²⁹. A l'inverse, le caractère transmissible du sociétariat est la règle des sociétés de

capitaux. Pour la facilité, la qualité d'associé est établie par des parts sociales, incorporées en principe dans un papier-valeur³⁰.

La mobilité des associés au sein des sociétés est organisée de façon efficace dans le contrat entre associés, qui règle notamment la transmission des parts sociales, avec la double mission de rendre l'entrée et la sortie des associés aussi harmonieuses et attractives que possible tout en garantissant les exigences réglementaires en matière de contrôle de la société³¹.

Deux modèles coexistent à cet égard. Le modèle «historique», lié à la société anonyme, est celui de la détention des actions en main commune. Il consiste en la superposition, au-dessus de la société anonyme, d'une société simple formée de tous les associés actionnaires qui détient l'ensemble du capital-actions. Dans cette configuration, les associés ne détiennent pas une ou plusieurs actions, mais uniquement une quote-part (intransmissible et incessible) de la totalité des actions, qu'ils remettent à la société simple lors de leur sortie. Cette double structure a été adoptée par les grandes études zurichoises qui ont été les premières à se transformer en sociétés de capitaux. Le modèle correspond à une volonté de reproduire autant que possible le modèle d'une étude traditionnelle, dans une structure nouvelle; le bénéficiaire recherché de la transformation étant, avant tout, celui de la limitation de la responsabilité au capital-actions. Cette double structure est considérée par certains (à tort selon nous) comme la seule à même de garantir l'indépendance de l'exercice de la profession en SA³².

Dans un modèle alternatif, les avocats détiennent les parts sociales en propre, et jouissent ainsi, à titre personnel, des droits sociaux et économiques qui leur sont attachés. Ce modèle, qui ne postule pas que tous les associés sont égaux en droits, permet notamment de créer des traitements différenciés entre *equity partners*. L'associé qui entre dans le partenariat reçoit ses titres à la

²⁵ ROLAND RUEDIN, Droit des sociétés, 2^{ème} éd., Berne 2007, n° 758, 145.

²⁶ Art. 548 al. 2 CO.

²⁷ Art. 545 ch. 6 CO.

²⁸ Art. 542 al. 1 CO.

²⁹ Art. 542 al. 2 CO.

³⁰ Sous réserve de l'art. 784 CO s'agissant de la société à responsabilité limitée.

³¹ Sur le caractère légitime ou non de ces exigences, voir ci-dessous ch. IV.3.3.e.

³² Les auteurs invoquent l'article 685b al. 4 CO relatif aux actions nominatives d'une société anonyme non cotées acquises par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée. En présence d'une acquisition de ce type, la société anonyme ne peut refuser l'agrément de l'acquéreur que si elle offre de reprendre les actions à leur valeur réelle. Il pourrait arriver ainsi que la société d'avocats, du fait des limites relatives à l'acquisition d'actions propres, ne soit pas en mesure d'exercer son droit de rachat, ce qui pourrait conduire un non-avocat à devenir actionnaire, ce qui, en dernier recours, pourrait éventuellement conduire à la perte de maîtrise des avocats sur la structure, rendant du même coup leur pratique incompatible avec le principe d'indépendance (DU PASQUIER/FISCHER (n. 14), 550 s; BOHNET/MARTENET (n. 10), n° 2428, 991 s, et références citées). Le scénario, outre que très hypothétique, peut aisément être évité par l'octroi d'un *call* aux associés dans la convention d'actionnaires, pour les cas visés par l'art. 685b al. 4 CO.

suite d'un transfert (d'un titulaire de part ou de la société), voire d'une augmentation de capital. Lorsqu'il quitte l'étude, quelle qu'en soit la raison (départ volontaire, décès, incapacité, limite d'âge), l'associé remet ses parts à la société, alternativement aux autres associés. Ce modèle peut être rendu plus fluide par la création d'un *pool* de titres, duquel les associés entrants acquièrent leurs parts sociales, et auquel les associés sortants les revendent. La création d'un *pool* au niveau de la société est limitée par les dispositions légales en matière de détention d'actions propres (seuil de 10 % de parts sociales, disponibilité de fonds propres librement disponibles)³³. Des aménagements au seuil de 10 % existent cependant, en particulier dans le droit de la société à responsabilité limitée, qui autorise son relèvement provisoire à 35 % du capital social lors de la sortie d'un associé ou de son exclusion, ou lorsque la société acquiert ensuite d'une restriction de transfert³⁴. Alternativement, le *pool* de parts sociales peut être constitué par une holding détenue par les associés (ou certains d'entre eux) qui posséderait une fraction du capital comme réserve pour les nouveaux entrants.

La valorisation des parts sociales est au choix des associés. La valeur comptable des fonds propres s'imposera probablement, parce que, d'une part, elle se détermine aisément grâce aux derniers états financiers, et est, d'autre part, conforme au modèle qui prévaut, selon lequel la plus-value de l'étude, à laquelle l'associé contribue par son activité au sein de l'étude, se retrouve dans la rémunération annuelle qui lui est versée tout au long de sa vie d'associé, ce qui ne l'autorise pas à une part du *goodwill* au moment du départ (et facilite ainsi les départs en n'imposant pas une charge financière trop lourde à ceux qui restent).

2.4 Prévoyance

Pour durer, il faut être prévoyant. Le droit des sociétés de capitaux prévoit divers dispositifs qui permettent d'anticiper les problèmes et risques financiers et de les traiter lorsqu'ils se matérialisent.

La prévoyance est l'affaire de l'organe supérieur de direction ou d'administration. C'est ce qui distingue d'abord la société de capitaux en la matière: des personnes sont en charge de la prévision des risques, allouent du temps et des ressources à cet effet et assument une responsabilité particulière à cet égard.

De manière générale, l'organe supérieur de direction ou d'administration assure le contrôle interne de l'étude³⁵. A ce titre, il supervise les aspects financiers de l'activité sociale et, en particulier, veille à ce que les divers

risques auxquels l'étude est exposée soient adéquatement identifiés et pris en compte (gestion des risques)³⁶. L'organe supérieur de direction ou d'administration et, cas échéant, la direction assurent également la *planification financière*, qui consiste à anticiper l'évolution et les besoins de la société sur le plan financier, en particulier par l'établissement d'un budget et – document déterminant pour une étude d'une certaine taille – le tableau des liquidités, tant il est vrai que la prévision du *cash flow* est un élément clé pour les études dont les charges (en particulier, les dépenses salariales) sont significatives³⁷.

Chaque année, l'organe supérieur de direction ou d'administration fait rapport aux associés de la situation financière et économique de l'étude, en même temps que de la marche des affaires³⁸. Le bilan, qu'il établit et dont il assume la responsabilité, l'oblige à procéder à une analyse des risques en relation avec l'activité de l'étude ainsi qu'au regard de son organisation interne et, cas échéant, à informer des éventuels risques accrus nécessitant des mesures immédiates dans l'annexe au bilan³⁹. Dans les comptes de pertes et profits, il est, par ailleurs, de la responsabilité de l'organe supérieur de direction ou d'administration de procéder à des provisions pour couvrir les engagements incertains et les risques de pertes sur les affaires en cours⁴⁰.

En prévision de possibles difficultés, les associés doivent, par ailleurs, constituer des réserves, qui pourront, cas échéant, être dissoutes en cas de nécessité. De par la loi, les associés sont ainsi limités dans leur liberté de se distribuer le résultat de leur activité professionnelle. Le plafond obligatoire de la réserve générale est de 50 % du capital⁴¹, ce qui représente un montant important lorsque l'étude est fortement capitalisée⁴². L'expérience montre que ce plafond est rapidement atteint. Par ailleurs, les sociétés de capitaux sont équipées d'un dispositif d'alerte⁴³, pour le cas où la moitié des réserves légales et du capital ne sont plus couverts, qui impose à l'organe supérieur de direction ou d'administration de prendre des mesures pour redresser la situation et éviter ainsi une issue fatale. Ce dispositif peut être encore renforcé dans les sociétés à responsabilité limitée par un mécanisme statutaire permettant de requérir de chaque associé des versements supplémentaires (à fonds perdus

³³ Art. 659 et 783 CO.

³⁴ Art. 783 al. 2 CO.

³⁵ Art. 716a ch. 3 CO.

³⁶ HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI, n°s 24 ss ad art. 716a CO, in: Tercier/Amstutz (éds), Commentaire romand. Code des obligations II, Bâle 2008.

³⁷ PETER/CAVADINI (n. 36), n° 27 ad art 716a CO.

³⁸ Art. 663d CO.

³⁹ Art. 663b ch. 10 CO.

⁴⁰ Art. 669 al. 1 CO.

⁴¹ 5 % du bénéfice de l'exercice jusqu'à 20 % du capital social sont affectés à la réserve générale (art. 671 al.1 CO). De surcroît, 10 % du «superdividende» sont, en cas de distribution, attribués à ladite réserve jusqu'à 50 % du capital (art. 671 al. 2 ch.3 et al. 3 CO).

⁴² 1'000'000 fr. pour Homburger AG et Bär & Karrer AG.

⁴³ Art. 725 al. 1 CO, auquel renvoie l'art. 820 CO.

ou sous forme de prêts), notamment s'il y a un risque de surendettement de la société⁴⁴.

A noter enfin dans ce contexte que les études organisées en sociétés de capitaux sont contrôlées par un organe de révision indépendant, dont les attributions incluent notamment la vérification de la conformité des comptes avec les dispositions légales évoquées ci-dessus. Les associés ne peuvent renoncer à ce contrôle dès lors que l'effectif de l'entreprise (qu'elle soit organisée en société anonyme ou en société à responsabilité limitée) dépasse dix employés à plein temps en moyenne annuelle⁴⁵, ce qui devrait être le cas de la grande majorité des cabinets visés dans cette contribution⁴⁶.

2.5 Réduction des blocages

La capacité des études d'avocats de se maintenir et se développer dans la durée dépend également de l'adéquation des processus de décision avec la taille de l'entreprise (qui, dans les grandes études, compte souvent plus de dix associés, répartis sur plusieurs sites). L'efficacité dans la prise de décision se traduit par la réduction des blocages dans les choix stratégiques – comme l'entrée d'un nouvel associé ou l'ouverture d'un nouveau bureau – et en relation avec les investissements, qui sont une question de survie dans un secteur d'activité où la mise à jour régulière des systèmes et technologies de l'information est le prix à payer pour maintenir sa compétitivité⁴⁷. Nous verrons ci-dessous que la société de capitaux présente là encore des avantages déterminants en la matière pour celles des études qui sont aujourd'hui des PME.

3. Efficacité

L'organisation propre aux sociétés de capitaux garantit une efficacité accrue du processus de décision et du management⁴⁸.

3.1 Processus de décision

Il faut distinguer ici les décisions qui ont trait à la conduite des mandats et toutes les autres décisions. Parmi celles-ci, certaines touchent le partenariat (par

exemple, entrée de nouveaux associés, exclusion d'associés, conditions liées aux arrivées et aux départs, rémunération des associés, choix de l'organisation), d'autres encore relèvent de la gestion au quotidien (dans des domaines tels que les ressources humaines, le contrôle de la qualité, le marketing, les locaux, les fonctions de soutien ou les infrastructures en matière de technologies de l'information). Ces dernières décisions peuvent avoir une influence (positive) sur les prestations rendues par les avocats aux clients, mais ne les concernent pas directement. Toutes ces décisions se multiplient lorsque l'étude se développe. Certaines, les plus sensibles, sont susceptibles de créer des tensions entre associés et, au pire, des blocages, voire menacer l'existence même de l'étude.

Dans les sociétés de personnes, c'est la règle de l'unanimité qui prévaut dans la prise de décision⁴⁹. La règle de l'unanimité, qui peut être adaptée lors de la création de l'étude et sa phase de lancement, devient problématique avec l'entrée de nouveaux associés. La volonté sociale qui existait fortement avec les associés fondateurs se dissout. Si chaque associé peut s'opposer aux décisions, le risque concret existe que le *statu quo* devienne le principe de gouvernement. La règle de l'unanimité n'existe en principe pas dans les sociétés de capitaux, pour cause: ce mode de décision ne répond pas au principe d'efficacité lorsqu'il s'agit de mener à bien une activité commerciale. Lorsque les décisions sont suffisamment importantes, des majorités qualifiées sont requises⁵⁰; exceptionnellement, et uniquement dans la société à responsabilité limitée, un droit de veto peut être conféré aux associés sur certaines décisions du ressort de l'assemblée générale⁵¹.

Les sociétés de capitaux se distinguent en outre par l'institution de deux organes disposant, chacun, de compétences propres, dont l'exercice entraîne une responsabilité spécifique: l'assemblée générale et l'organe supérieur de direction ou d'administration. Cette évidence est rappelée en contraste avec le principe général valable pour les sociétés de personnes, selon lequel «tous les associés ont le droit d'administrer»⁵². A ces deux instances décisionnelles vient s'ajouter la direction, si l'organe supérieur de direction ou d'administration ne conserve que la haute direction et délègue, par le biais d'un règlement d'organisation, la gestion dite opérationnelle. Cette direction, qui reçoit diverses appellations (*managing partner[s]*, comité de gestion, comité exécutif, etc.) assume au quotidien les tâches de gestion.

⁴⁴ Art. 795 CO.

⁴⁵ Art. 727a al. 2 CO.

⁴⁶ Même si la forme de la société de capitaux n'est pas, en soi, inadaptée à l'organisation d'une petite étude. Dans les cas tranchés par les autorités obwaldiennes (cf. n. 113), il s'agissait, respectivement, d'une société anonyme de quelques avocats (qui a d'ailleurs entre-temps renoncé à toute révision, FOsc n° 118, du 20 juin 2008, 11), et d'une société à responsabilité limitée unipersonnelle (qui a également renoncé à toute révision, FOsc n° 216, du 6 novembre 2008, 11).

⁴⁷ Cf. à ce sujet, par exemple, ROLF GÜNTHER/SARAH MONTANI, *Strategie und Lebensnerv der juristischen Wissensarchitektur – Der Homo oeconomicus in der Anwaltskanzlei*, Revue de l'avocat 2004, 53 ss.

⁴⁸ Dans ce sens, BOHNET/MARTENET (n. 10), n° 2359, 960 s.

⁴⁹ Art. 534 CO.

⁵⁰ Art. 704 CO, art. 808b CO.

⁵¹ Art. 807 CO.

⁵² Art. 535 al. 1 CO.

A chaque organe correspond une procédure de décision, avec ses règles propres (sur les convocations, l'ordre du jour, le quorum de présence, le calcul des votes, etc.) fixées dans un document social, statuts ou règlement d'organisation suivant le cas. Au contraire du modèle de référence de la société de personnes où les décisions sont prises par le collège d'associés (des plus stratégiques aux plus courantes), avec un droit de veto de chacun, les décisions sont réparties entre différentes instances, selon une hiérarchie acceptée par tous, et prises, pour celles relevant de la direction, par des associés qui acquièrent une expérience en matière de management. Point également important, les réunions sont *préparées*, en cela que les associés qui votent dans les différentes instances disposent souvent d'une documentation et d'une proposition de vote de la part de l'organe commis à cet effet, soit la direction, pour les décisions qui relèvent des attributions de l'organe supérieur de direction ou d'administration et l'organe supérieur de direction ou d'administration pour les décisions de la compétence de l'assemblée générale. Ainsi, les associés qui ne font pas partie du management votent sur les points les plus importants, en toute connaissance de cause, éclairés qu'ils sont par ceux des associés à qui incombe la préparation des décisions.

3.2 Management et contrôle

Dans un environnement concurrentiel, la différence entre les acteurs d'un même marché se fait dans la capacité pour une entreprise de décider (par opposition à tergiverser), d'être réactif face aux événements, bons ou mauvais, d'investir et d'anticiper l'avenir. Ces vérités s'appliquent pleinement aux études d'avocats. Nombreuses sont celles qui n'ont pas concrétisé des opportunités qui s'offraient à elles par défaut de management ou à cause d'un management déficient.

Le management est une question de personnes, mais aussi de structure. L'organisation des sociétés de capitaux intègre la dimension du management, en instituant un organe de haute direction, en décrivant ses tâches, en fixant ses responsabilités et en définissant les conditions et les limites de la délégation à une direction, comme nous l'avons vu.

Les avocats qui transforment leur étude en société de capitaux doivent résister à la tentation de se nommer *in corpore* dans les organes de direction. Il est toujours difficile d'abandonner une partie du pouvoir général d'administration de l'associé, propre à la société de personnes. La situation de l'associé non-gérant est pourtant enviable, en particulier pour celui qui n'a pas un goût prononcé pour le management. L'associé non-gérant est libéré des tâches et des responsabilités de la gestion et peut consacrer l'essentiel de son temps à la conduite des mandats, à sa promotion et, cas échéant, à la constitution et la diffusion du savoir-faire dans ses domaines de spécialité. Il conserve, par ailleurs, ses droits essentiels,

en particulier les décisions qui lui sont réservées par le contrat entre associés et par les statuts comme associé membre de l'assemblée générale, en particulier le droit d'élire celui ou ceux de ses associés exerçant la gestion au sein de l'organe supérieur de direction ou d'administration, et la faculté de se déterminer sur la délégation de la gestion courante à la direction⁵³.

Le management prend en particulier les décisions de gestion, plus efficacement que ne le ferait le collège des associés et veille à ce que les mesures prises et les procédures soient mises en œuvre et respectées par l'ensemble des employés de la société.

La fonction de contrôle comporte divers aspects dont le contrôle financier, déjà abordé⁵⁴. Il faut y ajouter le contrôle de la qualité des prestations aux clients. Les avocats chargés de la direction ont la responsabilité de mettre en place les mesures organisationnelles propres à assurer la qualité du service, ce qui passe en particulier par l'attribution des mandats à ceux qui, au sein du groupe, disposent des compétences nécessaires et par la fixation et le rappel des règles applicables à la conduite du mandat. En la matière, la responsabilité des organes de direction sera évaluée à l'aune des *best practices* de la branche.

4. Avantages de la société à responsabilité limitée sur la société anonyme?

On entend que la société de capitaux ne reconnaîtrait pas toujours à l'associé la place, les mérites et les attributions qui lui reviennent de droit.

De ce point de vue, la société à responsabilité limitée, tout en garantissant les bénéfices évoqués ci-dessus, permet de conserver certains traits de la société de personnes auxquels la profession reste attachée⁵⁵. Il faut se rappeler à ce titre le postulat de la société à responsabilité limitée, soit que ses associés s'investissent personnellement dans les activités de la société⁵⁶. Ceci correspond à la réalité de l'étude d'avocats, dans laquelle les avocats associés ne sont pas que des propriétaires, mais contribuent aussi, par leur travail, au succès de l'entreprise. La dualité entre *equity partner* et *doer* (littéralement «faiseur») est davantage prise en compte dans le droit de la société à responsabilité limitée. Elle se traduit par des obligations pour l'associé, ainsi celle de ne pas faire concurrence aux activités de la société⁵⁷, ou encore

⁵³ Art. 716b CO.

⁵⁴ Voir II.2.4.

⁵⁵ DU PASQUIER/FISCHER (n. 14), 552; WALTER FELLMANN, *Neue Rechtsformen für Anwaltskanzleien und ihre Auswirkungen auf die Haftung des Anwalts*, in: *Haftpflicht des Rechtsanwaltes*, Zurich 2006, p. 75. Sur la question, voir également SCHWARZ (n. 13), 236 s.

⁵⁶ RUEDIN (n. 25), n° 617, 111.

⁵⁷ Si elle est prévue dans les statuts, pour l'associé (art. 803 al. 2 CO); de par la loi, pour les gérants (art. 812 al. 3 CO, sauf si les statuts en disposent autrement).

l'obligation de procéder à des prestations accessoires à celles en libération des parts sociales, dans les limites des statuts⁵⁸. Elle s'exprime également par des droits particuliers qui peuvent être conférés à l'associé, précisément parce qu'au contraire d'un «investisseur passif», l'avocat associé investit son temps et ses efforts dans la société et vit principalement de ses revenus.

Au titre des droits patrimoniaux, il faut signaler en particulier la possibilité pour les associés de verser des dividendes asymétriques⁵⁹. Cette faculté bat en brèche le principe qui prévaut en droit des sociétés de capitaux, selon lequel les dividendes sont versés en proportion des parts sociales. La distribution asymétrique, qu'il faut prévoir statutairement, permet de tenir compte de la contribution effective de l'associé au résultat de l'entreprise. La mesure de cette contribution sera fixée par un ou plusieurs critères objectifs (par ex. le chiffre d'affaire généré par associé) qui ne doivent pas nécessairement figurer dans les statuts, mais peuvent être prévus dans un règlement ou une décision de l'assemblée des associés. Les associés disposent ainsi d'un moyen permettant de lier le dividende des associés à leur contribution au succès de la société, résultat qui ne pourrait être obtenu par la création de classes d'actions ou autrement.

En matière de droits sociaux, la société à responsabilité limitée autorise également certains aménagements dans les statuts censés tenir compte du lien personnel de l'associé avec la société. Il en va ainsi du droit de veto des associés contre certaines décisions de l'assemblée des associés⁶⁰, de la soumission de certaines décisions de l'organe supérieur de direction à l'approbation de l'assemblée des associés⁶¹, ou encore de la possibilité pour les associés de refuser la cession de parts sociales sans indication de motifs⁶².

5. Remarque conclusive

Les observations sur les avantages des sociétés de capitaux développés en relation avec la pérennité et l'efficacité de la structure doivent être relativisées. La liberté contractuelle est un principe fondamental qui vaut également pour les contrats de société. Cette liberté n'est bornée que par le *numerus clausus* des sociétés et les règles impératives applicables à chacune des formes de sociétés de personnes. Les études organisées en sociétés de personnes peuvent se doter de règles d'organisation qui, par certains aspects, se rapprochent de celles des sociétés de capitaux. Elles peuvent, à l'évidence, modifier

les règles de vote, déléguer la gestion à un ou plusieurs associés, mettre en place des mécanismes et procédures de contrôle financier, etc.⁶³ A ce sujet: un constat et une réflexion. Le constat est que le plus souvent elles ne le font pas. De ce point de vue, la transformation d'une étude en société de capital doit être perçue comme une des rares opportunités de réformer l'organisation d'avocats travaillant en groupe.

La réflexion, elle, est de bon sens: des structures appropriées existent pour conduire des activités commerciales d'une certaine importance et comportant des risques significatifs; ce sont les sociétés de capitaux. Ces structures sont éprouvées et leur cadre légal est régulièrement adapté aux nouvelles réalités du monde économique⁶⁴. Pourquoi dans ces conditions, conserver une structure, qui n'est plus adaptée à la nouvelle donne du marché⁶⁵, et tenter de la réformer pour se rapprocher du modèle de société de capitaux?

III. Bénéfices au regard des règles professionnelles

La profession d'avocat n'est pas un métier ordinaire. Sa pratique présente des risques particuliers pour les clients. Cela justifie que l'un des pans de l'activité des avocats fasse l'objet d'un monopole (la représentation en justice); pour cette même raison, la pratique des avocats est soumise à des règles de comportement strictes, aujourd'hui énoncées dans la LLCA, complétées et prolongées par les règles de déontologie applicables aux avocats membres des associations professionnelles qui les édictent.

Au nombre de ces règles, certaines sont fondamentales. Il en va de l'indépendance de l'avocat (et sa déclinaison principale, l'absence de conflit d'intérêts) et le secret, dont la violation est en Suisse constitutive d'une infraction pénale⁶⁶. Ces règles sont souvent présentées

⁵⁸ Art. 796 CO.

⁵⁹ Art. 798 al. 3 CO, dernière phrase; FERNAND CHAPPUIS/MICHEL JACCARD, n° 4 ad art. 798 CO, in: Tercier/Amstutz (éds), Commentaire romand. Code des obligations II, Bâle 2008.

⁶⁰ Art. 807 al. 1 CO.

⁶¹ Art. 811 al. 1 ch. 1 CO.

⁶² Art. 786 CO.

⁶³ ANDRÉ THOUVENIN, Das Anwaltsbüro als Unternehmen, in: Fellmann (éd.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Berne 1998, 71 ss. Dans cet ouvrage, l'auteur invite les études à se concevoir comme des «entreprises» (*Unternehmen Anwaltskanzlei*) aux fins d'affronter la concurrence (86) et propose, à ce titre, des réformes d'organisation, sans pour autant les lier à une forme juridique particulière (85). Dans ce sens, certaines études de dimension nationale, qui continuent de pratiquer en SNC, ont déjà introduit un management d'entreprise.

⁶⁴ Il suffit de songer au nombre de modifications du droit de la société anonyme et du droit de la société à responsabilité limitée ces derniers trente ans, au regard des changements qui ont affecté les titres du CO régissant la société simple ou la société en nom collectif.

⁶⁵ RUEDIN (n. 25), n° 609, p. 109: «La société simple n'est pas destinée à exploiter une entreprise commerciale», et n° 611, p. 109: «La société en nom collectif est faite pour exploiter une entreprise commerciale petite ou moyenne, ne nécessitant pas de capitaux importants, aux risques modestes ou en tout cas maîtrisables».

⁶⁶ Art. 321 CP.

comme des contraintes et des limites. Dans l'environnement économique dans lequel évolue la profession, elles sont avant tout des avantages concurrentiels. Dans les domaines qui ne sont pas soumis aux monopoles, nombreux sont les acteurs économiques qui, à côté des avocats, comptent la fourniture de services juridiques dans leur offre de prestations (par ex., les fiduciaires). Si l'on exclut le cas particulier de la profession de notaire (dont les contours varient selon les cantons), ces prestataires de services juridiques ne sont pas soumis à des exigences aussi strictes en la matière. Pour cette raison, il n'y a pas, selon nous, de «substituabilité» des services entre ces professions et le métier d'avocat, au sens du droit de la concurrence. Les clients qui s'adressent aux avocats recherchent la compétence, mais aussi le conseil indépendant et le secret, que seuls les avocats peuvent leur garantir.

La transformation des études en sociétés de capitaux a, presque exclusivement jusqu'ici, été discutée au regard de sa compatibilité avec les règles professionnelles, et singulièrement le principe d'indépendance. Nous examinerons avec un œil critique quelle portée «organisationnelle» les autorités de surveillance et les tribunaux de ce pays ont donné au principe d'indépendance en la matière⁶⁷.

Loin d'être une menace, l'organisation d'une étude en société de capitaux est une opportunité également au regard de la compatibilité de la pratique d'avocat avec les règles professionnelles. C'est du moins la conclusion à laquelle on parvient en adoptant une approche pragmatique (que l'on perd volontiers de vue dans ce débat) axée essentiellement sur la façon dont sont rendus les services au quotidien.

L'avocat qui pratique seul dans son bureau, et ne le quitte que pour aller au tribunal n'est plus un modèle fréquent, qui ne garantit de surcroît pas un conseil indépendant et bénéficiant du secret. La pratique du métier en groupe (en société) peut, à certaines conditions, contribuer au respect des règles professionnelles par les avocats, notamment en encourageant un droit de regard des autres associés (*peer review*). L'avocat qui sait pouvoir partager avec ses associés et, au besoin, leur rend des comptes sera incité à prendre la bonne décision dans une situation déontologique délicate. Encore faut-il que la structure favorise et, cas échéant, impose le *peer review* et, plus généralement, les mécanismes propres à garantir au quotidien le respect des règles professionnelles. Au niveau organisationnel, ces mécanismes sont un ensemble de mesures et de procédures qui permettent d'éviter les situations où l'indépendance et la protection du secret sont à risque. Ces mesures et procédures sont essentielles, dès lors que l'étude atteint une certaine

taille et compte un nombre croissant d'employés (et de sous-contractants). La compatibilité d'un type d'organisation avec les règles professionnelles devrait d'abord s'apprécier à cette aune (du moins dans une approche pragmatique).

Il se trouve qu'une étude organisée en société de capitaux est mieux équipée pour élaborer, mettre en place et contrôler ces mesures et procédures. Elle dispose d'un organe de direction; elle attribue à certains associés des tâches et responsabilités propres en matière de contrôle de qualité et de *compliance*; son organisation interne repose sur un ensemble de règles écrites (règlement d'organisation) dont le respect est assuré par des personnes dédiées et des procédures agréées. Encore une fois, une étude qui est organisée autrement pourrait parvenir au même résultat ou presque; mais elle le fera rarement. De même, la transformation en société anonyme ou en société à responsabilité limitée n'est pas l'assurance d'un meilleur *monitoring* des règles professionnelles au sein de l'entreprise. L'expérience montre cependant qu'au-delà de la mise en place de mesures et de procédures, elle favorise la sensibilité des associés aux risques en matière d'indépendance et de secret.

Attachons-nous par exemple à la surveillance et la réduction des risques de conflits d'intérêt dans un dossier, qui est la première menace pour ceux qui visent un conseil indépendant. Les règles de déontologie européennes précisent justement que les règles à suivre en ce domaine sont applicables au groupe dans son ensemble et à tous ses membres «lorsque des avocats exercent la profession en groupe»⁶⁸. Un contrôle efficace des conflits d'intérêt dans une étude de grande taille requiert un certain nombre de mesures d'organisation, d'abord et avant tout en matière de gestion et de traitement des informations. Il faut investir dans une base de données performante mais aussi élaborer et suivre des procédures pour entrer les bonnes informations dans le système (pas seulement le nom des parties!). Sans cela, les considérations sur l'indépendance ne seront que de beaux discours. Il faut, en outre, adopter des procédures applicables aux avocats responsables de mandats, lorsque le cas présente des risques de conflits potentiels ou que, pour une raison ou une autre, il mérite d'être porté à la connaissance d'autres associés et discuté avec eux (*peer review*).

Les mesures d'organisation sont également la première garantie du secret. Selon le Code de déontologie des avocats européens: «L'avocat fait respecter le secret professionnel par les membres de son personnel et par toute personne qui coopère avec lui dans son activité professionnelle»⁶⁹. Pour y parvenir, les organes de direction doivent prendre les mesures qui s'imposent et

⁶⁷ Voir ci-dessous ch. IV.3.

⁶⁸ Art. 3.2.4.

⁶⁹ Art. 2.3.4.

veiller à leur respect, en matière notamment d'éducation et de sensibilisation de toutes les personnes qui sont exposées aux informations secrètes, les avocats, mais aussi les autres employés et les sous-contractants, notamment les prestataires de services informatiques. D'autres mesures sont requises en relation avec la sécurisation des lieux et des infrastructures informatiques et de communication, ou s'agissant de l'isolation des dossiers non couverts par l'activité de l'avocat au sens strict (telle que l'activité d'intermédiaire financier), afin d'éviter que les demandes d'information ou de saisie par les autorités compétentes en la matière ne «contaminent» les autres dossiers.

IV. Restrictions à la liberté de s'organiser en société de capitaux?

Après l'examen de l'évolution du marché et du cadre concurrentiel dans lequel les études d'avocats aujourd'hui, ainsi que des raisons pour lesquelles les sociétés de capitaux constituent une réponse adéquate aux défis actuels de la profession, il y a lieu d'analyser dans quelle mesure les formes de la société anonyme et de la société à responsabilité limitée sont adaptées au cadre juridique dans lequel s'inscrit l'exercice du métier d'avocat.

1. Les fondements constitutionnels et législatifs

1.1 La liberté économique et la loi sur le marché intérieur

L'art. 27 Cst. garantit la liberté économique. Au bénéfice de ce droit fondamental, les agents économiques (y compris les avocats⁷⁰) sont en principe libres de s'organiser sous la forme juridique qui leur paraît la plus opportune⁷¹. Des restrictions à la liberté économique sont toutefois possibles, pour autant qu'elles reposent sur une base légale, qu'elles soient justifiées par un intérêt public prépondérant et qu'elles soient limitées, conformément au principe de la proportionnalité, à ce qui est nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi⁷². De telles restrictions peuvent sans autre viser des objectifs de police ou de politique sociale apparentés à des objectifs de police⁷³ (protection de l'ordre public, de la santé, de la moralité ou de la sécurité publiques,

ainsi que de la bonne foi en affaires⁷⁴). Cela justifie d'ailleurs, par exemple, que l'exercice de la profession d'avocat soit en tant que tel soumis à autorisation⁷⁵. Des restrictions de politique économique (qui entravent la libre concurrence pour garantir l'existence de certains secteurs d'activité ou formes d'exploitation, ou à tout le moins les favoriser⁷⁶) sont en revanche en principe exclues, sauf ancrage constitutionnel⁷⁷.

Dans le prolongement de ce qui précède, la loi fédérale sur le marché intérieur garantit 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 (art. 2 al. 1 LMI). La LMI reconnaît en outre la liberté d'établissement en autorisant tout acteur économique à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer son activité conformément aux dispositions en vigueur dans le canton du premier établissement (art. 2 al. 4 LMI). Par ailleurs, les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'art. 3 LMI (art. 4 al. 1 LMI).

La LMI peut trouver application en relation avec l'activité d'avocat dans deux cas. Lorsque la LLCA laisse une autonomie aux cantons en matière de réglementation, la LMI peut être invoquée contre le canton qui fait obstacle au libre accès des offreurs venant d'un autre canton⁷⁸.

Lorsque les règles fédérales s'appliquent uniformément à l'ensemble du territoire, la LMI ne trouve en principe pas application. À cela une exception : si un canton fait échec au droit d'accès au marché d'un offreur extérieur au canton (ou à sa liberté d'établissement) en faisant une interprétation du droit fédéral qui diverge de celle du canton de provenance, l'offreur pourra valablement invoquer l'art. 2 al. 6 LMI, lequel rappelle qu'une décision cantonale en application du droit fédéral qui donne accès à un marché s'impose aux autres cantons. L'art. 2 al. 6 LMI trouvera en particulier application lorsque l'interprétation du droit fédéral est incertaine, notamment parce que le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé, comme c'est le cas s'agissant d'éventuelles limites à la liberté des avocats de s'organiser en sociétés de capitaux. Si l'autorité de surveillance au lieu du siège de la société décide que la structure qui lui est soumise satisfait au droit fédéral et que les avocats qui y travaillent peuvent continuer de pratiquer à qualité, sa décision s'impose-

⁷⁰ ATF 131 I 223, c. 4.1; ATF 124 I 310, c. 3.a, SJ 1999 I 172 (rés.).

⁷¹ KLAUS A. VALLENDER, n° 18 ad art. 27 Cst., in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (éds.), Die Schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2^{ème} éd., Zurich 2008. Voir également LEMBO (n. 10), 373.

⁷² ATF 124 I 310, c. 3.a, SJ 1999 I 172 (rés.). Cf. LEMBO (n. 10), 373; GIANINI (n. 23), 473 s.

⁷³ VALLENDER (n. 71), n° 34 ad art. 27 Cst.

⁷⁴ ATF 125 I 335, c. 2.a, SJ 2000 I 62 (rés.).

⁷⁵ ATF 111 Ia 101, c. 4.

⁷⁶ ATF 125 I 335, c. 2.a, SJ 2000 I 62 (rés.).

⁷⁷ VALLENDER (n. 71), n° 36 ad art. 27 Cst.

⁷⁸ ATF 134 II 329, JdT 2009 III 35.

ra aux autres cantons, en particulier à ceux dans lequel l'étude ouvre des succursales, sans que l'autorité de surveillance desdits cantons ne puisse réexaminer le fond, en particulier la conformité de la structure au droit fédéral⁷⁹.

1.2 La loi sur la libre circulation des avocats

Comme son nom l'indique, la loi sur la libre circulation des avocats a précisément pour but de concrétiser, pour la profession qu'elle concerne, le principe de l'art. 4 al. 1 LMI⁸⁰ (tout en s'intéressant aussi, de manière plus large, au cas des avocats autorisés à pratiquer dans un pays de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange). Comme instrument d'une restriction à la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst., elle a aussi pour objet de fixer les principes applicables à l'exercice de la profession d'avocat en Suisse (art. 1 LLCA). Nous verrons que la possibilité pour les avocats de s'organiser en société de capitaux soulève des questions sous l'angle de plusieurs dispositions de la LLCA.

La LLCA érige notamment en principe fondamental celui de l'indépendance de l'avocat, auquel il y a ici lieu de consacrer quelques développements généraux, avant d'examiner (sous ch. IV.3) son influence spécifique en matière de forme d'organisation de l'activité. Ce principe se concrétise en premier lieu au stade de l'inscription de l'avocat au registre cantonal, moment auquel il fait l'objet d'un premier examen⁸¹, sous l'angle structurel ou institutionnel⁸² (art. 8 al. 1 let. d LLCA). L'indépendance est en second lieu une règle professionnelle, à laquelle l'avocat doit se conformer en permanence dans l'exercice de son activité, sous l'angle fonctionnel ou matériel⁸³ (art. 12 let. b LLCA). La notion est fondamentalement la même aux fins des deux dispositions, qui sont entre elles dans une relation de réciprocité⁸⁴, la seconde pouvant être vue comme une «traduction» de la première⁸⁵. De manière générale, elle s'entend de la faculté pour l'avocat d'exercer son mandat dans l'intérêt exclusif de son client, en toute liberté et objectivité, à l'abri de toute influence de tiers qui ne seraient pas sou-

mis à la même exigence d'indépendance⁸⁶, notamment des autorités judiciaires et du client lui-même⁸⁷. Le principe trouve son prolongement logique dans l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts (art. 12 let. c LLCA)⁸⁸; il est un élément sans lequel le respect du secret professionnel (art. 321 CP) serait impossible⁸⁹, un pilier nécessaire de la confiance que le client doit pouvoir faire à l'avocat et à la justice⁹⁰, un fondement de l'Etat de droit⁹¹. Celui qui s'adresse à un avocat doit pouvoir être sûr que celui-ci n'est en aucun cas lié à un tiers, dont les intérêts peuvent être d'une manière ou d'une autre en contradiction avec les siens propres⁹².

En fonction de celui de ses deux aspects sous lequel on le considère, le principe de l'indépendance a diverses implications. L'avocat doit ainsi être libre d'accepter, de refuser et de résilier un mandat⁹³, rester à l'abri d'instructions de tiers sur l'art et la manière de conduire ses dossiers⁹⁴. Les bureaux de l'avocat doivent assurer son autonomie spatiale⁹⁵. L'association ou le partage des locaux avec des tiers exerçant une autre activité professionnelle est soumise à des restrictions⁹⁶. Sans qu'il lui soit interdit de recourir (dans une certaine mesure en tout cas) à un emprunt bancaire, l'avocat doit éviter de se trouver dans un état de dépendance à l'égard de

⁷⁹ BIANCHI DELLA PORTA (n. 6), n° 61 ad art. 2 LMI.

⁸⁰ ATF 130 II 270, c. 3.1. BIANCHI DELLA PORTA (n. 6), n° 57 ad art. 2 LMI; LEMBO (n. 10), 382; JEANINE DE VRIES REILINGH/FABIEN HOHENAUER, De l'étude d'avocats traditionnelle à la société anonyme d'avocats: quelques réflexions d'ordre civil et fiscal, PJA 2008, 691.

⁸¹ ERNST STAEHELIN/CHRISTIAN OETIKER, n° 31 ad art. 8 LLCA, in: Fellmann/Zindel (éds), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich 2005.

⁸² BOHNET/MARTENET (n. 10), n° 2358, 960.

⁸³ PHILIPPE MEIER/CHRISTIAN REISER, n° 32 ad art. 8 LLCA, in: Valticos/Reiser/Chappuis (éds), Commentaire romand. Loi sur les avocats, Bâle 2010.

⁸⁴ WALTER FELLMANN, n° 61 ad art. 12 LLCA, in: Fellmann/Zindel (éds), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich 2005. Cf. également ATF 130 II 87, c. 5.2, 103 in fine, RDAF 2005 I 519.

⁸⁵ MEIER/REISER (n. 83), n° 32 ad art. 8 LLCA. Voir également LEMBO (n. 10), 379, qui parle de «corollaire».

⁸⁶ STAEHELIN/OETIKER (n. 81), nos 32 s. ad art. 8 LLCA évoquent un tiers, «der nicht in einem Anwaltsregister eingetragen ist»; JEAN-PIERRE GROSS, La libre circulation des avocats. Portée de certaines dispositions de la LLCA (art. 7, 8 et 12), Revue de l'avocat 3/2002, 8, parle d'influence de «tiers qui ne pratiquent pas le barreau ou, pour rester dans la systématique de la LLCA, qui ne sont pas inscrits sur un registre cantonal». Les avocats des Etats membres de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange pratiquant en Suisse (et inscrits au tableau s'ils le font à titre permanent, art. 28 LLCA) sont eux aussi soumis au principe d'indépendance de l'art. 12 let. b LLCA (art. 25 LLCA, par renvoi de l'art. 27 LLCA pour les avocats européens inscrits au tableau). La référence, plus large, aux tiers non soumis à la même exigence, paraît donc préférable. Elle inclut d'ailleurs aussi les titulaires du brevet d'avocat autorisés, par le canton qui le leur a délivré, à représenter des parties devant leurs propres autorités judiciaires, sans accès à la libre circulation, dans la mesure où le droit cantonal applicable ne limite pas la portée de la loi fédérale en relation avec l'art. 12 let. b de celle-ci; cf. BOHNET/MARTENET (n. 10), n° 2369, 964.

⁸⁷ MEIER/REISER (n. 83), n° 37 ad art. 8 LLCA; STAEHELIN/OETIKER (n. 81), nos 32 s. ad art. 8 LLCA.

⁸⁸ ATF 130 II 87, c. 4.2, RDAF 2005 I 519 et cit. MEIER/REISER (n. 83), n° 28 ad art. 8 LLCA.

⁸⁹ MEIER/REISER (n. 83), nos 28 et 44 ad art. 8 LLCA.

⁹⁰ Tribunal administratif, Genève, 23 juillet 2003, ATA/567/2003, c. 10.b.

⁹¹ STAEHELIN/OETIKER (n. 81), n° 32 ad art. 8 LLCA; GROSS (n. 86), 8.

⁹² Tribunal fédéral, 8 janvier 2001, 2P.187/2000, SJ 2001 I 381, c. 4.b.bb.

⁹³ BO 1999 E 1167 (Hess); BO 2000 E 235 (Stadler).

⁹⁴ Tribunal fédéral, 8 janvier 2001, 2P.187/2000, SJ 2001 I 381, c. 4.a.aa.

⁹⁵ MEIER/REISER (n. 83), n° 40 ad art. 8 LLCA.

⁹⁶ Sur celles-ci, voir MEIER/REISER (n. 83), n° 41 ad art. 8 LLCA; la question de l'association ou du partage des locaux avec des notaires reçoit un traitement différent selon les cantons, parallèle à celui de l'admission de la double activité d'avocat et de notaire, cf. BOHNET/MARTENET (n. 10), n° 2376, 968.

tiers pour le financement de ses infrastructures ou ses besoins de liquidités⁹⁷ (indépendance financière)⁹⁸. L'avocat doit aussi conserver son autonomie logistique ou organisationnelle⁹⁹. L'exercice, par un avocat inscrit dans un registre cantonal, d'activités accessoires ou prépondérantes est enfin sujet à certaines restrictions: des mandats électifs au sein d'autorités politiques, la responsabilité d'un registre foncier ou d'un office de poursuites local¹⁰⁰, un enseignement universitaire¹⁰¹ et, de manière générale, «toute activité totalement étrangère aux prestations de service onéreuses dans le domaine juridique»¹⁰², ne posent pas de difficultés particulières. La dépendance découlant d'un contrat de travail (art. 319 al. 1 CO)¹⁰³ est admissible si l'employeur est lui-même un avocat inscrit dans un registre cantonal (art. 8

al. 1 let. d LLCA) ou une organisation reconnue d'utilité publique, à condition dans ce dernier cas que l'avocat concerné limite son activité de défenseur à des mandats concernant strictement le but visé par cette organisation (art. 8 al. 2 LLCA). Est en revanche problématique le cas de celui qui, en dehors de ces hypothèses spécifiques, est employé pour son activité d'avocat, ou dont l'activité consiste à représenter des clients de son employeur¹⁰⁴. Il existe à son endroit une présomption d'absence d'indépendance; cette présomption est toutefois réfragable¹⁰⁵. En particulier, l'indépendance peut exister si l'avocat lié à un tiers par un contrat de travail entend se consacrer, dans le temps qu'il ne doit pas à son employeur, à la représentation de clients qui n'ont pas de lien avec son activité salariée¹⁰⁶. Il devrait aussi être admis que le greffier ou le membre (suppléant ou à temps partiel) d'une autorité judiciaire¹⁰⁷ puisse être admis à pratiquer le barreau en tant qu'avocat, à tout le moins s'il s'abstient de procéder devant ladite autorité¹⁰⁸.

Les exigences quant à l'indépendance, aussi dans le cas d'un avocat employé, ne doivent pas être si élevées que celui-ci puisse être tenu de prouver que toute entrave à son indépendance est exclue par avance¹⁰⁹. L'autorité devra bien plutôt s'assurer que les modalités du rapport de travail et l'organisation adoptée pour l'activité indépendante sont de nature à empêcher une influence de l'employeur et ne vont en aucune manière à l'encontre de l'exercice du mandat d'avocat¹¹⁰. Le refus d'inscription au registre cantonal des avocats constitue en effet une restriction à la liberté économique garantie par l'article 27 Cst. Il convient donc de tenir compte de cette composante constitutionnelle dans l'interprétation de la notion d'indépendance au sens de l'article 8 al. 1 lit. d LLCA. Celle-ci ne doit ainsi pas être comprise trop étroitement. Elle doit être interprétée de manière à ce que la représentation en justice ne soit refusée aux avocats brevetés que dans la mesure nécessaire au but poursuivi par la restriction d'accès¹¹¹.

⁹⁷ MEIER/REISER (n. 83), n° 43 ad art. 8 LLCA.

⁹⁸ Tribunal fédéral, 8 janvier 2001, 2P.187/2000, SJ 2001 I 381, c. 4.a.aa.

⁹⁹ Tribunal administratif, Genève, 23 juillet 2003, ATA/567/2003, c. 11, qui concernait l'étude Suter & Associés, membre suisse du réseau international de cabinets d'avocats Landwell, constitué en société coopérative de droit suisse et opérant en étroite collaboration avec PricewaterhouseCoopers. S'il a été rappelé que la collaboration entre une étude d'avocats et d'autres études, voire des institutions (p. ex. des fiduciaires) qui ne sont pas une étude d'avocats, n'est pas proscrite par principe, il a néanmoins été considéré que la condition d'indépendance n'était pas réalisée en l'espèce. En effet, si la figure du réseau organisé sous la forme d'une société coopérative peut être admise en soi, le but de celle-ci était apparu dans le cas concret, malgré les précautions prises dans la rédaction de l'objet social (qui rappelait expressément le principe d'indépendance, le secret professionnel, la confidentialité et le devoir d'éviter les conflits d'intérêts), comme problématique: des règles internes applicables aux membres de la coopérative, il apparaissait que le but réel était moins de formaliser une coopération entre études correspondantes que d'associer leur activité professionnelle à celle PricewaterhouseCoopers; en outre, il était contractuellement convenu que Suter & Associés aurait dû payer une pénalité extrêmement importante en cas de sortie de la coopérative, ce qui plaçait l'étude dans la dépendance de Landwell et, par ce biais, de PricewaterhouseCoopers également. Sous l'angle organisationnel, Suter & Associés était placée dans la dépendance de ses deux partenaires, dans la mesure où elle s'était contractuellement engagée à se procurer auprès d'eux un nombre important de services en matière de comptabilité, facturation, gestion des débiteurs, télécommunications, mise à disposition de logiciels, formation, recrutement, marketing, contrôles de qualité, coordination de services multidisciplinaires, publications professionnelles, gestion des risques, mise à disposition de locaux (même si la séparation de ceux-ci était assurée), services de sécurité, nettoyage, fourniture de papeterie, services de cafétéria ou organisation de voyages. Sous l'angle financier, le réseau fournissait enfin un soutien sous forme de prêt ou de garantie. A cet égard, le Tribunal administratif a admis que «toutes les études font des emprunts auprès de banques, louent des locaux, ont souvent des apporteurs d'affaires, ont des contrats avec des sociétés d'informatique et font appel à une fiduciaire pour la vérification des comptes». Il a toutefois relevé que, pour ces différentes tâches, elles font appel à divers prestataires de services ce qui garantit l'indépendance de l'étude.» Sur la décision rendue en première instance par la commission genevoise du barreau dans cette affaire, voir HANS NATER, Genfer Anwaltskammer bestätigt Verbot gemischter Sozietäten, RSJ 99 (2003), 588 s.

¹⁰⁰ Sous réserve naturellement de l'art. 10 al. 1 ch. 3 LP.

¹⁰¹ STAEHELIN/OETIKER (n. 81), n° 35 ad art. 8 LLCA.

¹⁰² MEIER/REISER (n. 83), n° 47 ad art. 8 LLCA; STAEHELIN/OETIKER (n. 81), n° 40 ad art. 8 LLCA.

¹⁰³ RÉMY WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., Berne 2008, 58.

¹⁰⁴ ATF 123 I 193, JdT 1999 I 310 (rés.), concernant le cadre supérieur d'une assurance de protection juridique qui entendait, dans le cadre du monopole de l'avocat, représenter des clients assurés auprès de son employeur.

¹⁰⁵ ATF 130 II 87, c. 5, RDAF 2005 I 519.

¹⁰⁶ ATF 130 II 87, c. 5.2, p. 103, RDAF 2005 I 519.

¹⁰⁷ MEIER/REISER (n. 83), n° 47 ad art. 8 LLCA; STAEHELIN/OETIKER (n. 81), n° 35 ad art. 8 LLCA.

¹⁰⁸ Tribunal fédéral, 23 juin 2006, 2P.301/2005, c. 5, ZBl 2006, 586, RDAF 2007 I 377.

¹⁰⁹ ATF 131 I 223, consid. 4.6.3, 238, RDAF 2006 I 526; ATF 130 II 87, c. 5.2, 103 s., RDAF 2005 I 519.

¹¹⁰ ATF 130 II 87, c. 5.2, 103 s., RDAF 2005 I 519. Comme le relèvent à juste titre les autorités genevoises, on ne saurait considérer que le principe de l'indépendance de l'avocat ne peut être examiné que dans une affaire où l'autorité a un reproche matériel et spécifique à adresser à l'avocat; en effet, aux termes de l'article 8 LLCA, l'exigence de l'indépendance est une condition formelle pour exercer la profession, Tribunal administratif, Genève, 23 juillet 2003, ATA/567/2003, c. 7.

¹¹¹ ATF 130 II 87, c. 3, 92 s., RDAF 2005 I 519.

1.3 Les règles du droit commercial

Comme nous le verrons, l'application des dispositions de la loi sur la libre circulation des avocats et l'appréciation que l'on peut faire sur le caractère conforme ou non à la loi de l'organisation d'une étude d'avocats sous forme de société de capitaux suppose une bonne compréhension des mécanismes applicables à celle-ci. Nous y reviendrons essentiellement dans notre essai de critique constructive (ch. IV.3 ci-dessous).

2. Les curiosités de la casuistique cantonale

Plusieurs autorités cantonales de surveillance ont eu l'occasion de se prononcer sur l'exercice de la profession d'avocat en société de capitaux¹¹². Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé jusqu'ici. Pour l'essentiel, trois groupes de cantons peuvent être distingués¹¹³: ceux qui sont par principe opposés à la constitution d'études d'avocats sous forme de sociétés de capitaux (Bâle-Campagne, Saint-Gall), ceux qui les autorisent à condition que les associés en soient tous des avocats inscrits (Obwald, Bâle-Ville en principe, Vaud avec quelques nuances; «modèle obwaldien») et ceux qui les autorisent en faisant preuve d'une certaine latitude quant au cercle des associés, exigeant toutefois que des avocats inscrits disposent de la majorité des voix à l'assemblée générale et au conseil d'administration *et* qu'aucune décision ne puisse être prise, par aucun organe¹¹⁴, sans que la ma-

rité réunie inclue davantage de voix provenant d'avocats inscrits que de tiers (Zurich¹¹⁵, Berne, Genève¹¹⁶, Lucerne avec quelques nuances; «modèle zurichois»¹¹⁷).

Dans un marché régi par le principe de la libre circulation des avocats d'un canton à l'autre, les divergences d'approche sur une question aussi fondamentale que la possibilité d'exercer la profession en société de capitaux sont très insatisfaisantes¹¹⁸. Faut-il pour autant considérer que la liberté d'organisation n'est pas donnée en droit positif et que seule une intervention du législateur pourrait permettre aux avocats de constituer leurs études en sociétés de capitaux? Tel n'est pas le cas à notre avis, pour des raisons absolument étrangères à la considération pratique qu'un bon nombre de telles sociétés existent déjà et qu'il serait difficile de revenir en arrière.

3. Essai de critique constructive. Proposition d'un nouveau modèle

3.1 Nécessité d'une révision législative?

Malgré le constat fait sous ch. IV.2 ci-dessus, une révision législative n'est pas nécessaire pour lever l'insécurité juridique liée à la divergence des pratiques cantonales: une décision du Tribunal fédéral permettrait en effet d'assurer l'harmonisation souhaitable¹¹⁹.

Sur le fond, il est inexact d'attribuer au législateur une volonté directe d'interdire les sociétés de capitaux pour l'exercice de la profession d'avocat, à tout le moins tant que la motion Cottier¹²⁰ n'aura pas été concrétisée par un texte¹²¹. Si le législateur a en effet renoncé à introduire dans la loi sur la libre circulation des avocats une

¹¹² La quasi-totalité des décisions rendues concernent des sociétés anonymes; la société à responsabilité limitée a expressément été admise par une décision obwaldienne du 2 octobre 2008, sans distinction par rapport à la société anonyme. En ce sens également ERNST STAEBELIN, *Die Anwalts-Gesellschaft: Einzelheiten*, Revue de l'avocat 2007, 67.

¹¹³ Nous n'avons pu analyser le texte que des décisions des cantons suivants: Bâle-Campagne (30 août 2005), Obwald (29 mai 2006 pour la société anonyme et 2 octobre 2008 pour la société à responsabilité limitée), Zurich (5 octobre 2006), Berne (27 février 2007), Bâle-Ville (14 juin 2007), Genève (11 mars 2008 pour le principe, 29 avril 2008 pour les structures de droit étranger et 12 janvier 2010 pour la société unipersonnelle, le recours à des structures préexistantes et les exigences en matière de raison sociale), Argovie (28 mars 2008), Saint-Gall (13 mai 2008), Vaud (27 octobre 2008) et Lucerne (3 novembre 2008). Nous avons connaissance de l'existence de décisions tessinoises du 31 mai 2007 et zougnoise du 13 juin 2007, apparemment toutes deux favorables au principe de la société de capitaux, mais sans avoir eu accès à leur texte. D'autres cantons ont sans doute encore statué, mais nous ne disposons pas de plus d'informations à ce sujet. L'exposé détaillé de la jurisprudence, exercice qui n'a pas encore été effectué à ce jour, et qui révèle d'intéressants contrastes, dépasse l'espace réservé à la présente chronique dans la version imprimée de la revue: le lecteur intéressé est invité à se reporter à la version longue de cette contribution comprenant un exposé de dite jurisprudence (cf. IV.2 de la version longue), disponible sur le site internet www.geskr.ch.

¹¹⁴ Ce qui serait à vrai dire problématique pour le conseil d'administration de la société anonyme, la doctrine la plus autorisée soulignant que ni les statuts ni un règlement d'organisation ne peuvent soumettre toutes les décisions du conseil d'administration à une majorité qualifiée (PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4^{ème} éd., Zurich 2009, § 13, n° 121a, 1587 s.). Par conséquent, selon une partie de la doctrine, le conseil d'administration ne devrait pou-

voir, même dans le modèle zurichois, être composé que d'avocats inscrits (SCHWARZ (n. 13), 236).

¹¹⁵ Une minorité de la commission zurichoise était néanmoins favorable à l'approche obwaldienne (Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 [2006], n° 71, c. IV.5).

¹¹⁶ La règle de l'art. 10 al. 2 de la loi genevoise du 26 avril 2002 sur la profession d'avocat (LPAV-GE; RSG E 6 10), dans son ancienne teneur, qui disposait qu'une association d'avocats ne peut revêtir la forme d'une société de capitaux, a été jugée contraire au droit fédéral par le Tribunal administratif du canton de Genève (Tribunal administratif, Genève, 11 mars 2008, ATA/111/2008, c. 4.c).

¹¹⁷ Pour un aperçu des deux «modèles» originaux, voir FELLMANN (n. 12), 23 s.

¹¹⁸ DE VRIES REILINGH/HOHENAUER (n. 80), p. 692 et 702. En ce sens, Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, AW.2008.11-AWK, c. 4.

¹¹⁹ DE VRIES REILINGH/HOHENAUER (n. 80), 702.

¹²⁰ Motion 99.3656 déposée au Conseil des Etats le 22 décembre 1999, toujours en suspens.

¹²¹ Ainsi toutefois Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, AW.2008.11-AWK, c. 4, qui donne aux travaux préparatoires (voir notamment BO 2000 N 42, Cina, et 44) un sens très restrictif. Sur ce point, l'interprétation de l'autorité obwaldienne paraît préférable, même si elle n'emporte pas nécessairement la conviction lorsqu'elle considère que l'organisation sous forme de société de capitaux emporte la présomption d'un manque d'indépendance (même si cette présomption est réfragable): Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.2 et 3.4.

clause générale autorisant toute forme d'organisation¹²², il semble néanmoins avoir admis le principe d'une société dont le maintien de la totalité (ou de la majorité) du capital entre les mains d'avocats serait garanti¹²³.

L'argument constitutionnel est aussi décisif: la liberté du choix de la forme juridique donnée à une entreprise (même si elle consiste en l'exercice d'une profession libérale soumise à autorisation) relève de la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. S'il existe en droit civil (notamment en droit des sociétés) un moyen d'assurer l'exercice de la profession d'avocat en société de capitaux de manière compatible avec les diverses exigences fixées par la loi sur la libre circulation des avocats dans un but de police, c'est cette interprétation de la loi qu'il faut retenir, comme la plus respectueuse, parmi celles qui permettent d'atteindre le but de police souhaité, du droit fondamental ancré dans la Constitution fédérale.

Pour résoudre la question, il nous paraît d'abord nécessaire de s'affranchir de tout sentiment inspiré par la représentation plus ou moins objective que l'on peut avoir de la profession, en fonction de la pratique que l'on en a ou de l'image que l'on s'en fait¹²⁴. A cet égard, Maître Chapotard est un aussi mauvais modèle que Miles Massey¹²⁵.

3.2 Pertinence du critère de la forme sociale dans l'analyse du critère d'indépendance?

Curieusement, la possibilité d'admettre dans le cercle des sociétaires des personnes non inscrites en qualité d'avocat dans un registre cantonal, voire des personnes non titulaires du brevet d'avocat, semble être à la fois l'avantage décisif de la constitution en société de capitaux pour certains de ses thuriféraires et, pour ses détracteurs, le spectre que l'interdiction de ce mode d'organisation permet de chasser¹²⁶. Ce lien entre société de capitaux et pluridisciplinarité est renforcé par le fait que le «modèle zurichois» de la société anonyme le consacre et sert de base à la documentation type, pas toujours

heureuse¹²⁷, mise à la disposition de ses membres par la Fédération suisse des avocats¹²⁸.

En réalité, la pluridisciplinarité est sans rapport avec l'exercice de la profession d'avocat en société de capitaux¹²⁹: une telle société peut en effet être détenue et administrée exclusivement par des avocats inscrits dans un registre cantonal, alors qu'un partenariat entre un avocat et un expert-comptable, par exemple, pourrait prendre la forme d'une société simple, en droit civil à tout le moins. L'admissibilité, en droit administratif, d'une association avec un tiers doit donc être examinée pour elle-même, sans égard à la structure dans laquelle la collaboration se concrétise. Corollairement, l'admissibilité de la constitution d'une étude d'avocats sous la forme d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée doit être analysée sans égard au fait que des tiers pourraient entrer au capital.

A notre connaissance, les autorités de surveillance cantonales n'exigent pas des avocats entendant s'organiser sous la forme traditionnelle d'une société de personnes qu'ils établissent, par la production de leur contrat, qu'ils ne sont pas associés avec d'autres que des avocats inscrits dans un registre cantonal, et qu'ils ont pris toutes les dispositions pour exclure toute association future avec une personne non inscrite dans un registre cantonal. Pour prendre un autre exemple, elles ne voient pas de difficulté au fait que tous les actifs et passifs d'un avocat pratiquant seul de manière libérale passent, à son décès, à ses héritiers même si ceux-ci ne sont pas inscrits dans un registre cantonal¹³⁰: en pareil cas, les héritiers ne pourront à l'évidence pas continuer les affaires de l'avocat décédé et les règles ordinaires sur la suppléance de l'avocat empêché s'appliqueront¹³¹.

Il n'y a pas de raison qu'il en aille autrement des avocats qui souhaitent donner à leur étude la forme d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée. 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

¹²² Proposition du Conseil des Etats (BO 1999 E 1170 s.), écartée par le Conseil national (BO 2000 N 41 ss).

¹²³ Voir l'opinion exprimée par le conseiller national Alexander J. Baumann, BO 2000 N 43, qui confirme, malgré les hésitations d'une partie de la doctrine, que l'affirmation du Conseil fédéral, dans son Message relatif à la loi sur la libre circulation des avocats, selon laquelle il s'agissait de «ne pas bloquer une possible évolution», notamment en relation avec «l'organisation des études d'avocats, par exemple sous forme de sociétés anonymes» (FF 1999, 5354), est encore pertinente. Contra: DE VRIES REILINGH/HOHENAUER (n. 80), 692.

¹²⁴ Sur ces questions, voir par exemple MICHAEL PFEIFER, *Der Anwalt heute: Nichtsnutz oder Nothelfer? Der Anwalt und sein Bild im Spiegel der Öffentlichkeit*, PJA 1999, 802 ss.

¹²⁵ Sur le «conflit des anciens et des modernes» et les différentes représentations de la profession d'avocat, voir en particulier MEIER/REISER (n. 83), n°s 33 ss ad art. 8 LLCA.

¹²⁶ Cf. également BENOÎT CHAPPUIS, *La pratique du Barreau au sein d'une personne morale – réflexions de lege ferenda* sous l'angle de l'indépendance de l'avocat, *Revue de l'avocat* 2003, 263.

¹²⁷ Voir ci-dessus ch. II.2.3.

¹²⁸ Celle-ci reconnaît toutefois que «la question de l'admission de tiers dans les études d'avocats est toutefois traitée différemment par d'autres cantons.»

¹²⁹ En ce sens, «la multidisciplinarité est [en effet] le parasite de la société de capitaux» (ALEC REYMOND, *One-stop shop: un secret bien bradé*, in: Jeanneret/Hari (éds), *Défis de l'avocat au XXI^e siècle. Mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger*, Genève 2008, p. 226), non pas en ce sens qu'elle en constituerait un vice inhérent, mais bien en ceci qu'elle est un corps étranger nuisible à la bonne compréhension du critère d'indépendance appliqué aux sociétés de capitaux d'avocats.

¹³⁰ Sur la préoccupation correspondante exprimée en relation avec l'organisation sous forme de société anonyme, voir Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte, *Lucerne*, 3 novembre 2008, RSJ 105 (2009), p. 342 ss, c. 11.1, 343 s.

¹³¹ Voir à ce sujet, par exemple, CHRISTIAN M. REISER, *La suppléance de l'avocat empêché*, *Revue de l'avocat* 2009, 386 ss.

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, en particulier, la publicité donnée à l'identité des associés (art. 791 CO) devrait même fonctionner comme un frein aux liaisons dangereuses.

Il est et reste certes important d'assurer le respect des règles légales, en particulier en matière d'indépendance institutionnelle (art. 8 al. 1 let. d LLCA), lorsqu'il existe des circonstances *matérielles* concrètes permettant de constater objectivement que celle-ci est compromise. Or, le simple fait de donner à son activité la forme d'une société de capitaux (plutôt que celle d'une société de personnes ou d'une pratique individuelle) ne constitue pas en soi une telle circonstance. Fixer, à raison de ce critère *formel*, des exigences plus élevées à certains avocats qu'à d'autres est donc constitutif d'une inégalité de traitement injustifiée, contraire à l'art. 8 Cst. En définitive, nous sommes d'avis que les avocats souhaitent s'organiser en société de capitaux ne sont pas tenus d'obtenir une autorisation préalable de l'autorité de surveillance correspondante¹³², mais bien seulement d'informer celle-ci, au sens de l'art. 12 let. j LLCA, puisque la constitution en société de capitaux a nécessairement une influence sur le nom de l'étude¹³³, indication qui figure au registre cantonal des avocats (art. 5 al. 2 let. d LLCA). Toute exigence contraire serait incompatible avec l'art. 27 Cst¹³⁴.

3.3 Exigences matérielles relatives au cercle des associés et à la composition de l'organe supérieur de direction ou d'administration?

Ce qui précède ne signifie naturellement pas que les avocats (associés ou collaborateurs) employés d'études constituées sous forme de sociétés anonymes ou de sociétés à responsabilité limitée soient matériellement dispensés du respect des obligations que leur impose

la loi sur la libre circulation des avocats, notamment en termes d'indépendance.

a. Cas de la société intégralement détenue et gérée par des avocats

A cet égard, la société de capitaux dont les associés et les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration sont tous des avocats inscrits en cette qualité dans un registre cantonal est certainement à l'abri de tout reproche, ainsi que l'ont admis les autorités des cantons d'Obwald, Bâle-Ville et Vaud. Même s'ils sont formellement employés d'une société de capitaux (qui ne peut en tant que telle être inscrite au registre cantonal des avocats¹³⁵), les avocats concernés peuvent sans autre être considérés comme employés par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA¹³⁶. A notre avis, il n'est pas nécessaire que les parts de chacun au capital soient égales: si tous les actionnaires ou associés sont des avocats inscrits, les minoritaires ne sont pas placés dans une situation de dépendance inacceptable, eu égard au fait qu'ils pourraient tout aussi bien être employés, sans aucune influence sur les décisions de la société, sans que cela soulève la moindre discussion.

Avec une partie de la doctrine, il faut considérer qu'il en va de même si tout ou partie des actionnaires (ou des associés) et/ou des administrateurs (ou des gérants) sont des avocats des Etats membres de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange pratiquant à titre permanent en Suisse (et à ce titre inscrits au tableau), dès lors qu'ils sont eux aussi soumis au principe d'indépendance de l'art. 12 let. b LLCA, ou des avocats autorisés à pratiquer par le canton qui leur a délivré le brevet, dans la mesure où le droit cantonal ne limite pas la portée de la loi fédérale en matière de soumission au principe d'indépendance¹³⁷.

b. Présence de tiers parmi les associés (en général)

Sur la présence de tiers parmi les actionnaires d'une société anonyme d'avocats, un auteur a soutenu qu'elle serait possible sans restriction, eu égard au fait que l'actionnaire est tenu de libérer sa part au capital social (art. 680 al. 1 CO) et ne peut réclamer la restitution de ses versements (art. 680 al. 2 CO), qu'il n'a aucun droit à des renseignements sur l'activité de la société dans la mesure où des secrets seraient compromis (art. 697 al. 2 et 3 CO) et qu'il ne peut avoir aucune influence sur la haute direction de la société, dès lors que celle-ci consti-

¹³² Cf. Tribunal fédéral, 31 mars 2010, arrêt 5A_163/2009, c. 2.2 et 3.1: dès lors que le droit fédéral règle exhaustivement la question du secret professionnel et ne requiert pas d'autorisation préalable du Bâtonnier pour permettre à un avocat de témoigner, des usages cantonaux ne peuvent pas instaurer une telle exigence. Plus largement, il nous paraît possible d'en déduire ceci pour le sujet qui nous occupe: dès lors que les questions que peut poser la constitution en société de capitaux relèvent de points exhaustivement couverts par la loi fédérale et que celle-ci ne prévoit pas de procédure d'autorisation préalable, ni les usages cantonaux, ni le droit cantonal ne peuvent l'imposer.

¹³³ Voir ci-dessus ch. II.2.1.

¹³⁴ En ce sens, même dans sa nouvelle teneur du 25 juin 2009, entrée en vigueur le 25 août 1999 («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»), l'art. 10 al. 2 LPav-GE nous paraît contraire au droit fédéral.

¹³⁵ Voir Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.4. YVAN JEANNERET/CHRISTIAN REISER, n° 4 ad art. 6 LLCA, in: Valticos/Reiser/Chappuis (éds), Commentaire romand. Loi sur les avocats, Bâle 2010, et cit.

¹³⁶ STAHELIN/OETIKER (n. 81), n° 37 ad art. 8 LLCA.

¹³⁷ BOHNET/MARTENET (n. 82), n° 2369, 964.

tue une tâche intransmissible et inaliénable du conseil d'administration (art. 716a CO)¹³⁸. La composition du cercle des actionnaires n'aurait par conséquent aucune influence sur l'indépendance des avocats exerçant leur profession dans le cadre de la société anonyme.

Cette opinion extrême, et isolée, paraît devoir être écartée, ne serait-ce qu'au motif que les associés peuvent désigner et révoquer les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration (art. 698 al. 2 ch. 2, 705 al. 1, 804 al. 2 ch. 2 CO), et donc exercer de fait une maîtrise importante sur la société. Même si, en fait, les associés veillaient à assurer constamment la présence, majoritaire voire exclusive, d'avocats inscrits au sein de l'organe supérieur de direction ou d'administration, le comportement des membres dudit organe serait nécessairement influencé par le fait qu'ils doivent leur élection à des tiers (élément de reconnaissance) et qu'ils peuvent être démis de leurs fonctions par ces mêmes tiers (élément de crainte).

Le secret professionnel de l'avocat ne constitue quant à lui pas un obstacle absolu à toute présence de tiers parmi les associés¹³⁹, en relation avec le droit de ceux-ci à l'obtention de certains renseignements¹⁴⁰. Certes, on pourrait considérer que le secret des affaires visé par l'art. 697 CO ne se recoupe pas (ou pas entièrement) avec le secret professionnel de l'avocat, de sorte qu'il ne serait pas exclu qu'un associé tiers ait accès à des informations couvertes par le secret professionnel. Dans la société à responsabilité limitée un tel accès pourrait même apparaître probable, notamment en raison du fait que, sauf disposition contraire des statuts, les associés exercent collectivement la gestion de la société (art. 809 CO) et que chaque associé peut, en principe, exiger des gérants des renseignements sur toutes les affaires de la société (art. 802 al. 1 CO). De plus, lorsque la société n'a pas d'organe de révision, chaque associé peut consulter les livres et les dossiers sans restrictions; lorsque la société a un organe de révision, le droit de consultation des livres et dossiers est accordé dans la mesure où un intérêt légitime est rendu vraisemblable (art. 802 al. 2 CO); les restrictions légales au droit de consultation ne dépendent pas, comme dans le droit de la société anonyme, du fait qu'un secret serait compromis, mais bien d'un risque

d'utilisation des informations obtenues pour des buts étrangers à la société et au préjudice de cette dernière (art. 802 al. 3 CO). Il n'est pas possible de considérer de manière générale et abstraite que ce régime d'accès aux renseignements compromet nécessairement le secret professionnel de l'avocat. Il est en effet nécessaire de déterminer, au vu de l'ensemble des circonstances concrètes du cas d'espèce, si un associé tiers a effectivement accès à des informations couvertes par le secret professionnel et, en pareil cas, si le tiers concerné peut être considéré comme un auxiliaire de l'avocat. Par auxiliaire au sens de l'art. 321 CP, «il faut entendre toute personne collaborant à titre professionnel avec une personne tenue au secret et qui se trouve par cette activité habituellement en mesure de prendre connaissance de faits confidentiels»¹⁴¹. On pourrait donc imaginer qu'un collaborateur de l'avocat, par exemple un expert fiscal diplômé qui ne serait pas lui-même titulaire du brevet d'avocat, prenne une part (minoritaire) au capital sans que le secret professionnel en soit irrémédiablement compromis. Il en irait en revanche autrement d'un pur investisseur financier¹⁴².

En dernière analyse, l'exigence d'indépendance structurelle de l'avocat (art. 8 al. 1 let. d LLCA) ne saurait toutefois être satisfaite par de simples considérations formelles sur le rôle ou les droits de tel ou tel organe dans telle ou telle forme sociale¹⁴³: au-delà de ces mécanismes de droit des sociétés, c'est finalement une question d'apparence¹⁴⁴. Or, même si un associé tiers n'est effectivement pas en mesure, sous l'angle du *droit des sociétés*, de donner des instructions sur la manière de gérer un mandat ou d'obtenir des renseignements sur le déroulement de celui-ci, on peut toutefois craindre un impact *de pur fait* par exemple sur la politique d'acceptation de mandats, dans le but de contenter des actionnaires certes minoritaires mais dont l'appui serait par hypothèse nécessaire à la société¹⁴⁵. Dans cette optique, une approche purement mathématique du nombre d'associés tiers éventuellement admissibles est donc nécessairement insuffisante¹⁴⁶. C'est ainsi que le «modèle zurichois», dans

¹³⁸ MANFRED KÜNG, *Anwaltskörperschaft und Unabhängigkeit*, *Revue de l'avocat* 2008, 284.

¹³⁹ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, *BlZR* 105 (2006), n° 71, c. VI.8; Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, *OWVVG* XVII, n° 13, c. 5. Contra: Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, *AW.2008.11-AWK*, c. 5.c. De manière intéressante, l'autorité de surveillance du canton de Bâle-Campagne, qui n'admet pas le principe de l'organisation d'études d'avocats sous forme de sociétés de capitaux, considère que la question du secret professionnel est problématique, mais éventuellement susceptible d'aménagements, *Anwaltsaufsichtskommission, Bâle-Campagne*, 30 août 2005, ch. 7, www.bgfa.ch/scripts/getfile?id=949 (dernière consultation le 31 mars 2010).

¹⁴⁰ Sur cette question, voir aussi GIANINI (n. 23), 480.

¹⁴¹ CHRISTIAN FAVRE/MARC PELLET/PATRICK STODMANN, *Code pénal annoté*, 2^{ème} éd., Lausanne 2004, n. 1.19 ad art. 321 CP. Voir aussi STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, n° 13 ad art. 321 CP, in: Trechsel (éd.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Zurich/Saint-Gall 2008, et les références citées, notamment sur la question de savoir si un lien de subordination doit exister entre le maître du secret et l'auxiliaire.

¹⁴² La cotation d'une étude d'avocats en bourse ne devrait ainsi pas entrer en ligne de compte de sitôt en Suisse; pour un cas austrolien, voir LEMBO (n. 10), 367.

¹⁴³ Cf. STAEHELIN/OETIKER (n. 81), n° 44 ad art. 8 LLCA.

¹⁴⁴ STAEHELIN/OETIKER (n. 81), n° 33 ad art. 8 LLCA.

¹⁴⁵ *Chambre des avocats, Vaud*, 27 octobre 2008, affaire 7/08, c. III.B.c.

¹⁴⁶ De la même manière, l'idée du capital-participation, évoquée par BOHNET/MARTENET (n. 82), *N* 2403, 980, peut être sujette à caution, dans la mesure où, s'il est vrai que les participants n'ont pas de droit de vote, il n'en sont pas moins intéressés au résultat de l'étude dans une mesure qui, suivant le cas, pourrait être considé-

son schématisme, doit à notre avis être écarté. En effet, comme l'ont relevé deux auteurs, ce système «ne ferme pas la porte à tout risque concret d'influence, en cas de stratégies de vote concertées»¹⁴⁷. Cela dit, le «modèle obwaldien» n'est pas plus satisfaisant, dès lors que l'approche qu'il propose, basée sur une proportion de zéro pour cent d'associés tiers, est également mathématique dans son fondement. Toujours pour la même raison, la proposition de fixer la «limite autour de 20 % d'associés non inscrits détenant au maximum des parts dans la même proportion»¹⁴⁸ ne nous convainc pas.

Ainsi, il est légitime d'exiger qu'une société de capitaux d'avocats soit contrôlée par des avocats inscrits, pour que ses employés avocats puissent prétendre exercer la profession dans le cadre du monopole de la représentation de parties en justice. 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. Si toute influence induite peut être exclue, il n'y a pas de raison de s'y opposer par principe.

c. Le cas particulier des notaires

Il serait par exemple envisageable que, dans les cantons admettant l'association entre ces deux professions¹⁴⁹, une société de capitaux soit détenue par des avocats et des notaires, sans restriction quant au pourcentage respectif des uns et des autres, et sans égard au fait que ceux-ci disposent eux-mêmes du double brevet ou non¹⁵⁰. Dans le canton de Berne, par exemple, si l'association entre un notaire et un avocat est expressément admise (art. 16 let. b LN-BE), l'exercice de la profession de notaire «au nom ou pour le compte d'une personne morale» est expressément interdit (art. 3 LN-BE). En revanche, dans le canton d'Obwald, il semble que rien ne s'oppose à la constitution d'une société de capitaux dont les associés seraient en partie des notaires, en partie des avocats: à teneur du registre du commerce, la société anonyme ayant fait l'objet de la décision de la commission des avocats du 29 mai 2006¹⁵¹ a pour but «la fourniture de services d'avocat et de notaire, conformé-

ment aux dispositions de la LLCA (en tant que l'activité d'avocat est concernée) et à celles du droit cantonal relatif à l'instrumentation d'actes authentiques (en tant que l'activité de notaire est concernée)» (traduction libre). Les avocats exerçant leur activité au sein d'une telle structure peuvent pratiquer la représentation en justice sur tout le territoire suisse sans autre autorisation, conformément à l'art. 4 LLCA. Une succursale d'une telle société peut sans autre être inscrite dans n'importe quel canton: le notariat étant limité par les frontières cantonales¹⁵², le but de la succursale sera en principe plus restreint que celui du siège (art. 110 al. 1 let. d ORC), pour n'inclure que la pratique du barreau¹⁵³. L'inscription de la succursale ne doit pas être approuvée par l'autorité de surveillance du canton concerné. Si l'un ou l'autre des avocats de la société déplace le centre de ses activités dans le canton de la succursale, il doit «le signaler à l'autorité de surveillance du canton qu'il quitte [...] et requérir une inscription dans le registre des avocats du canton dans lequel il va désormais exercer son activité»¹⁵⁴. L'autorité de surveillance du canton de la succursale, nouveau domicile professionnel principal de l'un des avocats de la société, procédera à un «examen simplifié se fondant sur l'existence préalable d'une inscription dans [le] registre cantonal [du canton du siège principal]»¹⁵⁵; en particulier, elle ne pourra tirer aucune conclusion de l'association avec un ou plusieurs notaires dans le canton du siège principal, même si une telle association est prohibée sur le territoire du canton de la succursale.

Il est certes plus difficile de considérer en pareil cas que l'avocat concerné est employé, pour son activité d'avocat, par une personne elle-même inscrite dans un registre cantonal au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA. Dans la mesure toutefois où le droit fédéral laisse les cantons libres d'autoriser l'association de notaires et d'avocats, nous sommes d'avis qu'il doit permettre l'inscription au registre cantonal d'un avocat employé par une société de capitaux détenue par des avocats et des notaires, en tout cas s'il en est actionnaire ou associé à parts égales. S'il ne l'est pas, l'inscription au registre cantonal des avocats n'apparaît pas problématique si tous les actionnaires (associés) exercent eux-mêmes conjointement la profession d'avocat et de notaire. Les autres cas apparaissent, en revanche, en principe incompatibles avec le principe d'indépendance de l'avocat, à moins qu'un examen de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce ne permette de considérer que toute influence de tiers sur le travail de l'avocat est effectivement exclue.

rée comme constitutive pour les avocats de la société d'une dépendance financière inacceptable (à ce sujet, voir supra, cit. en n. 97 et 98).

¹⁴⁷ BOHNET/MARTENET (n. 82), n° 2379 ss, 969.

¹⁴⁸ BOHNET/MARTENET (n. 82), n° 2389, 973 s.

¹⁴⁹ Sur ces questions, voir STAEHELIN (n. 112), 71.

¹⁵⁰ BOHNET/MARTENET (n. 82), n° 2376, 968.

¹⁵¹ Qui ne portait que sur l'admissibilité de la société anonyme en tant que l'activité d'avocat était concernée, Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 1.5 in fine.

¹⁵² GIANINI (n. 23), 474.

¹⁵³ Sur la question de la succursale, voir BOHNET/MARTENET (n. 82), n° 2404, 981; BIANCHI DELLA PORTA (n. 6), n° 61 ad art. 2 LMI.

¹⁵⁴ JEANNERET/REISER (n. 135), n° 27 ad art. 6 LLCA.

¹⁵⁵ JEANNERET/REISER (n. 135), n° 27 ad art. 6 LLCA.

d. Présence de tiers au sein de l'organe supérieur de direction ou d'administration

Nombre d'études d'une certaine taille disposent d'un ou plusieurs directeurs administratifs, financiers, des ressources humaines, des techniques de l'information, etc. Est-il envisageable que ceux-ci soient membres, par hypothèse non actionnaires (art. 707 al. 1 CO¹⁵⁶), du conseil d'administration de la société anonyme, ou se voient conférer la qualité de gérants non associés, sur la base d'une disposition des statuts de la société à responsabilité limitée (art. 809 al. 1 CO¹⁵⁷)?

Une partie de la doctrine donne à cette question une réponse de principe négative, pour des raisons liées au secret professionnel: le droit à l'information des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration s'étend en effet à toutes les affaires de la société (art. 715a CO pour la société anonyme et, implicitement, art. 802 et 810 CO pour la société à responsabilité limitée): en relation avec la responsabilité à laquelle il est soumis, un administrateur ou un gérant diligent doit en effet avoir connaissance de toutes les informations pertinentes relatives à la marche des affaires de la société¹⁵⁸. Dès lors que le secret professionnel des membres avocats de l'organe concerné n'est, dans ce contexte, pas opposable aux membres tiers et qu'un administrateur ou un gérant qui ne serait pas un avocat inscrit ne saurait être considéré comme un auxiliaire des membres soumis au secret professionnel de l'avocat au sens de l'art. 321 CP¹⁵⁹, il n'y aurait pas de solution praticable pour l'admission d'un tiers au sein de l'organe supérieur de direction ou d'administration^{160, 161}. Dans le modèle que nous proposons ici, et en nous référant à ce que nous avons dit plus haut sur la présence de tiers parmi les associés en relation avec le secret professionnel¹⁶², il y a lieu de retenir qu'une présence limitée de tiers au sein de l'organe supérieur de direction ou d'administration n'est pas exclue: par exemple, un directeur administratif, clairement un auxiliaire de l'avocat dans n'importe quelle forme d'organisation, ne devrait pas être privé d'un siège au sein de l'organe supérieur de direction ou d'administration, si tel est le choix des associés, pour un simple motif formel lié à l'aménagement du droit à l'information au sein des sociétés de capitaux¹⁶³. A cet égard aussi, il y a lieu

de procéder à un examen matériel de toutes les circonstances du cas d'espèce, pour déterminer si une influence indue est, ou non, acquise par le tiers concerné.

L'implication de tiers dans la *gestion administrative* de la société ne crée pas de difficultés particulières dans le cas où elle est confiée à des directeurs employés délégués des tâches concernées, non membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration¹⁶⁴. Cela est possible dans la société anonyme (art. 716b CO) et dans la société à responsabilité limitée¹⁶⁵.

Précisons encore que, pour être conforme à la loi, la *direction des mandats professionnels* ne peut quant à elle être confiée qu'à des avocats inscrits¹⁶⁶.

e. Synthèse: le critère du contrôle – approche matérielle

En définitive, que l'exercice de la profession d'avocat prenne la forme d'une pratique individuelle, d'une société de personnes ou d'une société de capitaux, il importe que le contrôle de la structure soit assuré par un ou plusieurs avocats inscrits.

L'important est matériellement que toute influence de tiers sur l'activité professionnelle des avocats puisse être exclue¹⁶⁷. Tant et aussi longtemps que la société est détenue et gérée exclusivement par des avocats inscrits, la forme de la société de capitaux ne soulève aucune difficulté. Pour le reste, nous ne sommes pas partisans d'un système d'«exemptions par catégories». En particulier, aucun critère strictement mathématique appliqué aux majorités de parts ou de voix au sein de l'assemblée générale n'est véritablement satisfaisant. En effet, des associés minoritaires (voire, pour la société anonyme, des participants) peuvent, notamment par le jeu d'implications financières étrangères aux rapports de détention, ou par des alliances¹⁶⁸, avoir une influence de fait plus importante que celle qui résulte de leur part à la société.

Dans les cas où il y a lieu de soupçonner concrètement l'influence d'un tiers (quelle que soit la forme d'organisation adoptée), et dans ce cas uniquement, seul un examen de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce permet de déterminer si la maîtrise de la structure est en définitive assurée par un ou plusieurs avocats inscrits (ce qui peut être le cas également lorsqu'est intercalée une holding contrôlée par des avocats¹⁶⁹). En pareil cas, il

¹⁵⁶ Dans sa teneur du 16 décembre 2005, en vigueur depuis le 1er janvier 2008.

¹⁵⁷ CHRISTOPHE BUCHWALDER, n° 11 ad art. 809 CO, in: Tercier/Amstutz (éds), Commentaire romand. Code des obligations II, Bâle 2008.

¹⁵⁸ BOHNET/MARTENET (n. 82), n° 2390, 974.

¹⁵⁹ BOHNET/MARTENET (n. 82), n° 2390, 974, et cit. en n. 214.

¹⁶⁰ Cf. GIANINI (n. 23), 480.

¹⁶¹ Une réserve doit en tout cas être faite pour les sociétés d'avocats et notaires. Dans les cas où elles sont admissibles (voir ci-dessus ch. IV.3.3.c), des représentants des deux professions peuvent être membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration.

¹⁶² Ci-dessus ch. IV.3.3.b.

¹⁶³ GIANINI (n. 23), 484 ss.

¹⁶⁴ BOHNET/MARTENET (n. 10), n° 2393 ss, 976 s.

¹⁶⁵ BUCHWALDER (n. 157), n° 15 ad art. 809 CO; CÉDRIC CHAPUIS, n° 14 ad art. 810 CO, in: Tercier/Amstutz (éds), Commentaire romand. Code des obligations II, Bâle 2008.

¹⁶⁶ Cf. par exemple Chambre des avocats, Vaud, 27 octobre 2008, affaire 7/08, c. III.C. Cf. également, de manière plus générale, sur la politique d'acceptation des mandats, STAEHELIN (n. 112), 70.

¹⁶⁷ Cf. LEMBO (n. 10), p. 377; SCHWARZ (n. 13), 234.

¹⁶⁸ Chambre des avocats, Vaud, 27 octobre 2008, affaire 7/08, c. III.B.c.

¹⁶⁹ De ce point de vue, ce qui importe est l'existence d'un contrôle effectif de l'étude par les avocats inscrits; un tel contrôle devra être

est indubitable que l'autorité de surveillance est dotée d'un large pouvoir d'instruction d'office et qu'elle peut ordonner la production de tous documents qu'elle juge utiles. Sous cet angle, l'organisation sous la forme d'une société de capitaux peut être un avantage, dès lors que des mécanismes statutaires (dans le droit de la société anonyme¹⁷⁰ et, surtout, dans celui de la société à responsabilité limitée¹⁷¹) existent, qui peuvent contribuer à donner une assurance suffisante en matière d'indépendance dans l'exercice de leur profession par les avocats employés. Dans l'appréciation, on tiendra compte également, le cas échéant, d'éventuelles dispositions conventionnelles complémentaires (par exemple des droits d'emption ou de préemption ou d'autres mécanismes contractuels de blocage), comme d'une analyse de l'impact effectif des indices constatés de dépendance financière, logistique ou organisationnelle.

Il nous paraît en revanche anticonstitutionnel d'exiger abstraitement, du seul fait de l'organisation en société de capitaux, la mise en œuvre de moyens statutaires et/ou conventionnels déterminés, destinés à assurer le maintien du sociétariat et de la gestion de la société en mains d'avocats inscrits. S'il est vrai que de tels moyens donnent certaines garanties anticipées quant à l'identité des associés et à la composition de l'organe supérieur de direction ou d'administration (qui jouent en effet un rôle dans l'évaluation de l'indépendance au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA), ils sont en revanche impropres à embrasser tous les facteurs susceptibles de remettre en cause celle-ci (notamment sous l'angle financier, organisationnel et logistique, ou à l'égard des clients). Dès lors qu'elle représente une atteinte importante à la liberté économique et qu'elle ne permet de favoriser que partiellement le but qu'elle vise, la mesure apparaît disproportionnée au sens de l'art. 36 al. 3 Cst¹⁷².

Il est à craindre que le Tribunal fédéral n'ait pas de sitôt l'occasion de se prononcer à ce sujet: la plupart des avocats souhaitant s'organiser sous la forme d'une société

admis, y compris dans les cas où la société est détenue par les avocats inscrits de façon indirecte, soit au travers d'une ou plusieurs holdings. Voir également à ce sujet ci-dessus ch. II.2.3.

¹⁷⁰ Voir par exemple les art. 685b et 685c CO (restriction statutaire de la transmissibilité des actions nominatives), 689 al. 2 CO (limitation du droit de l'actionnaire de se faire représenter à l'assemblée générale; sur la question de savoir s'il est possible, ou non, de prévoir statutairement des critères auxquels le représentant doit satisfaire, fondés par exemple sur la profession, voir RITA TRIGO TRINDADE, n° 52 ad art. 689 CO, in: Tercier/Amstutz (éds), Commentaire romand. Code des obligations II, Bâle 2008) et 692 al. 2 CO (limitation statutaire du nombre de voix attribué au porteur de plusieurs actions).

¹⁷¹ Voir par exemple les art. 786 CO (aux termes duquel les statuts peuvent rendre plus contraignante la cession des parts sociales, déjà soumise de par la loi à une approbation de l'assemblée des associés, et même l'exclusion), 805 al. 5 ch. 8 CO (qui renvoie à l'art. 689 CO en matière de représentation au sein de l'assemblée générale), 806 al. 1 in fine CO (limitation du nombre de voix des titulaires de plusieurs parts sociales), 807 CO (droit de veto).

¹⁷² Cf. LEMBO (n. 10), 374.

de capitaux préféreront sans doute se soumettre aux exigences préventives qui leur seront imposées par les autorités cantonales de surveillance, plutôt que de saisir notre Haute Cour de la question de principe.

Tant que cette situation prévaudra, cela rendra paradoxalement *les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée d'avocats mieux garantes du principe d'indépendance* que les sociétés simples et les sociétés en nom collectif (voire que les pratiques individuelles, toujours susceptibles de masquer une société tacite). D'une part, en effet, un examen des moyens mis en œuvre pour assurer le respect de ce principe aura eu lieu dans le premier cas, non dans le second. D'autre part, une attention trop soutenue portée au critère formel de la forme sociale (comme dès lors qu'il est d'un maniement aisé) pourrait être à l'origine d'une regrettable diminution de la vigilance quant aux circonstances matérielles (sans doute plus difficiles à identifier) susceptibles de caractériser une influence induite de tiers dans une étude formellement constituée en société simple ou en nom collectif, voire chez un avocat pratiquant à titre individuel.

3.4 Réflexions sur le respect des autres critères d'inscription au registre et des règles professionnelles

Au-delà des questions d'indépendance, qui cristallisent les divergences entre l'école obwaldienne et l'école zurichoise, l'une et l'autre semblent d'accord, à quelques nuances près, sur le fait que l'exercice de la profession d'avocat en société de capitaux permet le respect des autres critères d'inscription au registre (art. 8 LLCA) et des règles professionnelles édictées par les art. 12 et 13 LLCA. Seules les autorités de Bâle-Campagne et de Saint-Gall ont pris une position restrictive, qui ne se justifie pas.

En particulier, pour l'autorité saint-galloise, l'admission des sociétés de capitaux permettrait de détourner l'exigence de l'art. 8 al. 1 let. c LLCA, en ce sens que l'avocat continuerait personnellement de remplir les conditions d'inscription en cas de délivrance d'un acte de défaut de biens contre la société, après faillite de celle-ci, ce qui ne serait pas acceptable¹⁷³. D'autres notent que, s'il s'agit en effet d'une inégalité de traitement difficilement justifiable avec les avocats non organisés sous la forme d'une société de capitaux, cela ne fait toutefois pas obstacle à l'admission de l'exercice de la profession d'avocat en société anonyme: le cas échéant, en cas de faillite de celle-ci, il y aurait lieu à un *Durchgriff* spécial aux fins de la procédure administrative dans laquelle il serait statué sur l'aptitude des avocats concernés à demeurer inscrits

¹⁷³ Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, AW.2008.11-AWK, c. 5.b.

au registre cantonal¹⁷⁴. Une partie de la doctrine paraît quant à elle, sans doute à juste titre en relation avec le système de responsabilité dont il sera question plus bas, s'accommoder purement et simplement de cette situation¹⁷⁵.

L'exercice de la profession en son nom personnel et sous sa propre responsabilité (art. 12 let. b LLCA) n'est pas compromis par la constitution d'une société de capitaux. C'est toujours un avocat, non la société en tant que telle, qui comparait devant les autorités, notamment judiciaires, devant lesquelles il représente le client de l'étude. La jurisprudence du Tribunal fédéral admet depuis longtemps que, quand bien même un avocat conduirait seul un procès au bénéfice d'une procuration qui lui aurait été délivrée à titre individuel, la relation contractuelle de mandat peut lier le client à l'ensemble des associés (en l'espèce organisés sous forme de société en nom collectif)¹⁷⁶. Rien ne s'oppose à ce qu'il en aille de même lorsqu'un cabinet d'avocats est constitué en société de capitaux: le cocontractant du client est la société; dans le cadre de l'exécution du mandat, ce sont les avocats qui comparaissent devant les autorités et qui sont personnellement tenus d'observer dans ce contexte les règles professionnelles qui leur sont applicables¹⁷⁷. La violation par ces derniers de leurs obligations peut entraîner des sanctions disciplinaires (voire pénales) qui leur sont alors infligées personnellement. C'est ainsi la responsabilité administrative et pénale des avocats qui est visée par la loi, non leur responsabilité civile¹⁷⁸.

Le législateur, à juste titre, ne considère pas qu'une responsabilité illimitée de l'avocat, sur tous ses biens, pour les conséquences du manquement à ses obligations contractuelles à l'égard du client, protège en soi mieux les intérêts de celui-ci¹⁷⁹. C'est la raison pour laquelle

il impose la conclusion d'une assurance responsabilité civile professionnelle (art. 12 let. f LLCA). Si l'étude est organisée en société de capitaux, c'est celle-ci qui sera le preneur d'assurance; la police couvrira l'activité des avocats comme celle de la société¹⁸⁰, qui répondra en principe de la mauvaise exécution d'un mandat par un avocat employé¹⁸¹. Sous l'angle de la responsabilité, même si celle d'une société de capitaux est, par définition, limitée à son actif social (art. 620 al. 1 et 772 al. 1 CO), des règles spécifiques prévoient la constitution de provisions pour risques (art. 669 al. 1 et 801 CO) et assurent la protection du capital (notamment les art. 678, 680 et 800 CO, ainsi que les art. 674, 675 et 798 CO), dont une partie au moins doit toujours être couverte par des actifs (art. 725 et 820 al. 1 CO). Par ailleurs, la société de capitaux présente un autre avantage du point de vue des clients: les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration sont responsables des dommages qu'ils leur causent par l'inobservation de leurs devoirs. Distincts des obligations découlant des rapports de mandat, ces devoirs peuvent par exemple imposer aux membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration de veiller à la qualité uniforme des services rendus par la société et ses avocats¹⁸².

Les règles sur le secret professionnel s'appliquent à l'avocat quelle que soit la forme sous laquelle il a choisi d'exercer sa profession¹⁸³. Cela est vrai d'ailleurs de toutes les autres règles professionnelles (exercer de la profession avec soin et diligence, éviter les conflits d'intérêts, observer les limites applicables en matière de publicité, s'abstenir de tout *pactum de quota litis*, accepter des mandats d'office, conserver séparément les actifs confiés par les clients, informer ceux-ci sur les modalités de la facturation, etc.): que le but de la société le

¹⁷⁴ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 6.3. Cf. STAEHELIN (n. 112), 70.

¹⁷⁵ GIANINI (n. 23), 477.

¹⁷⁶ ATF 124 III 363, c. 2.d, JdT 1999 I 402, SJ 1999 I 38.

¹⁷⁷ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. VI.4.2, VI.5.2, VI.5.3 et VI.6.1; Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.6.3. LEMBO (n. 10), p. 380 s. Contra: Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, AW.2008.11-AWK, c. 5.a, qui considère, à notre avis à tort, que la relation de mandat doit être nouée directement entre l'avocat inscrit au registre et son client.

¹⁷⁸ GIANINI (n. 23), 475 s.

¹⁷⁹ A ce sujet, voir les très justes développements de l'autorité de surveillance du canton d'Obwald: en fonction de la situation financière de l'avocat, une responsabilité personnelle illimitée de celui-ci n'est pas forcément plus favorable au client que le régime applicable si l'avocat est organisé en société de capitaux: dans ce cas, la responsabilité est certes limitée, mais il existe un capital social affecté à la garantie des droits des créanciers et qui assure à ceux-ci la disponibilité d'un montant d'actif minimal; l'important pour le client n'est donc pas de pouvoir bénéficier d'un régime plutôt que d'un autre, mais bien de connaître celui qui s'applique, ce qui, dans le cas des sociétés de capitaux, est assuré par l'inscription au registre du commerce et la présence obligatoire, dans la raison sociale, d'une désignation de la forme juridique

(art. 950 CO), la question de savoir si la forme d'organisation doit être indiquée dans le papier à lettres étant toutefois laissée indécise, Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 6.2, avec cependant une ambiguïté au c. 3.6.2, qui semble curieusement partir du principe que le mandat est «transféré» aux avocats chargés du mandat par l'employeur. Ambiguë également, Chambre des avocats, Vaud, 27 octobre 2008, affaire 7/08, c. III.D.a.

¹⁸⁰ STAEHELIN (n. 112), 70.

¹⁸¹ DU PASQUIER / FISCHER (n. 14), 558 s. (sous réserve du cas de mandats exceptionnellement considérés comme «privés»). Contra, en faveur d'une responsabilité cumulative de l'avocat et de la société, qui serait imposée par la loi sur la libre circulation des avocats, DE VRIES REILINGH / HOHENAUER (n. 80), 693.

¹⁸² Voir ci-dessus ch. II.3.2; BOHNET / MARTENET (n. 10), n° 2423, 989.

¹⁸³ Si la société est dotée d'un organe de révision, celui-ci est lui-même tenu au secret au moins dans la même mesure que les avocats (art. 321 CP en relation avec l'art 730b CO, Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 5; LEMBO (n. 10), 381 s.) même s'il n'est pas (en raison de sa qualité d'organe de la société) un auxiliaire des avocats tenus au secret professionnel (TRECHSEL / VEST (n. 141), n° 8 ad art. 321 CP; cela paraît juste, dès lors que l'organe de révision ne concourt pas à l'exécution des prestations des avocats employés par la société; voir pour tous JEAN-TRISTAN MICHEL, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites, Revue de l'avocat 2009, 499).

prévoit expressément ou non¹⁸⁴, l'avocat reste soumis au cadre légal et déontologique pertinent.

V. Conclusion

Les avocats sont libres de s'organiser comme ils l'entendent. La pratique du métier en société de capitaux est une possibilité parmi d'autres. La société de capitaux convient particulièrement bien aux études d'avocats de taille moyenne ou grande. Elle est une *réponse adéquate à l'évolution de la profession* (forte concurrence, internationalisation) et offre de nombreux avantages au-delà de la limitation de la responsabilité au capital de la société. En particulier, elle renforce et consolide la *corporate identity* et la valeur de l'entreprise, tout en la rendant moins tributaire des avocats qui y travaillent; elle facilite les conditions d'entrée et de sortie des associés et, de façon plus générale, garantit une certaine pérennité à l'étude; elle améliore significativement le processus décisionnel et dote l'étude d'un management approprié à sa taille et efficace, qui assure notamment la mise en œuvre des mesures organisationnelles et procédures indispensables au respect des règles professionnelles, dont l'indépendance et le secret, dans une structure qui compte de nombreux avocats et employés.

La création ou la transformation d'une étude en société de capitaux est un choix légitime pour les raisons exposées ci-dessus et ne saurait *per se* constituer une menace particulière au regard des règles qui régissent la profession, en particulier l'indépendance et le secret. Il est de la *responsabilité première* des avocats (et non de l'autorité de surveillance) de veiller à ce que l'organisation choisie se conforme auxdites règles telles qu'énoncées dans la loi sur la libre circulation des avocats et précisées dans la jurisprudence, ce quelle que soit la forme juridique retenue pour conduire leur activité. De ce point de vue, un *contrôle a priori* par l'autorité de surveillance, qui soumettrait à une décision préalable l'exercice de la profession en sociétés de capitaux, n'est pas légitime, car discriminatoire par rapport aux avocats ayant choisi d'exercer sous une autre forme juridique; et les dispositions légales cantonales qui institueraient un tel contrôle

ne seraient pas constitutionnelles, à notre sens. Cela, à l'évidence, n'enlève rien au pouvoir de l'autorité de surveillance de contrôler le respect des règles professionnelles, en ouvrant au besoin une instruction lorsqu'il y a un soupçon fondé de violation desdites règles.

Par ailleurs, lorsque l'autorité du canton du siège a confirmé dans une décision la compatibilité d'une pratique organisée en société de capitaux aux règles de la profession, les autres cantons ne peuvent intervenir pour refuser (ou rendre plus difficile) l'ouverture d'un bureau sur leur territoire, au motif que certains des avocats rattachés à ce bureau sont inscrits dans le registre tenu par eux. Le principe de *liberté d'établissement* de la loi sur le marché intérieur l'interdit.

S'agissant de la casuistique relative au principe d'indépendance comme limite à l'organisation des sociétés d'avocats, nous défendons une approche critique. L'application qui est faite aujourd'hui du principe d'indépendance (dans sa dimension organisationnelle) est formelle, à trois titres au moins. Un risque de violation n'existe que si l'organisation revêt la forme d'une société de capitaux, pas dans les autres cas. L'examen se fait uniquement par rapport à l'influence de la qualité de ceux qui détiennent des parts dans la société et de ceux qui composent sa direction. L'appréciation du contrôle au niveau des détenteurs de parts sociales et des membres des organes de direction se fait en fonction de différents critères formels ou mathématiques (règles de majorités).

A cette appréhension formelle de l'indépendance, nous opposons une approche matérielle (*substance over form*). Quelle que soit la forme juridique de l'étude, l'autorité doit partir de la question de l'existence ou non d'une *influence indue exercée par un ou plusieurs tiers*; et la réponse à cette question ne peut jamais faire l'économie de toutes les circonstances pertinentes du cas d'espèce. De ce point de vue, une influence indue peut revêtir diverses formes et ne pas se manifester seulement au niveau du sociétariat ou de la direction de la société (par ex. créancier en position d'exercer une pression ou client qui génère l'essentiel du chiffre d'affaires). S'agissant de la question actuelle de savoir si un ou plusieurs tiers peuvent détenir des parts de la société et/ou faire partie de sa direction, les critères formels doivent être relativisés. Il faut se demander à chaque fois si le *contrôle effectif* est détenu par des *avocats inscrits en Suisse*, soit les avocats qui figurent sur les registres cantonaux des avocats suisses, auquel il faut ajouter ceux qui sont inscrits dans les registres cantonaux comme avocats ressortissant d'un pays de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange. L'examen du contrôle effectif par les avocats inscrits en Suisse ne peut se limiter à l'examen des participations au capital et des organes de direction. Comme le feraient les autorités de la concurrence, l'autorité de surveillance (cas échéant le juge) évaluera si, dans le cas d'espèce, les as-

¹⁸⁴ L'autorité obwaldienne de surveillance exige que le but de la société se réfère expressément à la pratique du barreau dans le respect de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.6.3. La plupart des autres autorités qui admettent la pratique de la profession d'avocat en société de capitaux y renoncent à juste titre, considérant que cela va de soi (voir pour toutes Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BZR 105 (2006), n° 71, c. IV.2.4), y compris celles qui suivent pour le reste le «modèle obwaldien» (Chambre des avocats, Vaud, 27 octobre 2008, affaire 7/08, c. III.A). En ce sens, STAHELIN (n. 112), 67 s., avec également des développements intéressants sur les buts accessoires d'une société anonyme (point abordé notamment par les décisions obwaldienne, c. 3.6.3, et zurichoise, c. IV.2.1, IV.2.2 et IV.2.3).

sociés non-avocats sont ou non en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'étude. De ce point de vue, le registre des actionnaires, les statuts et le règlement d'organisation ne disent pas tout, Il faut étendre l'examen aux contrats entre associés et à tout autre accord ou arrangement, pour avoir l'image la plus précise possible des droits qui permettent d'exercer une influence sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes de l'étude.
