



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 de 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
 - 2.1 Bâle-Campagne (30 août 2005)
 - 2.2 Obwald (29 mai 2006/2 octobre 2008)
 - a. Etat de fait et considérations générales
 - b. La question de la liberté d'organisation
 - c. L'indépendance de l'avocat
 - d. Le secret professionnel
 - e. Le régime de responsabilité
 - f. Le cas de la société à responsabilité limitée
 - 2.3 Zurich (5 octobre 2006)
 - a. Etat de fait et considérations générales
 - b. L'indépendance de l'avocat
 - c. Le secret professionnel
 - d. Le régime de responsabilité
 - 2.4 Berne (27 février 2007)
 - 2.5 Bâle-Ville (14 juin 2007)
 - 2.6 Genève
 - a. L'arrêt de principe (11 mars 2008)
 - b. Les structures de droit étranger (29 avril 2008)
 - c. La société unipersonnelle, le recours à des structures préexistantes et les exigences en matière de raison sociale (12 janvier 2010)
 - 2.7 Argovie (28 mars 2008)
 - 2.8 Saint-Gall (13 mai 2008)
 - 2.9 Vaud (27 octobre 2008)
 - 2.10 Lucerne (3 novembre 2008)
 - 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 règles professionnelles
- V. Conclusion

* 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.

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 «tra-

ditionnelle» 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.

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 règle-

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.

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.

mentation 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.

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 activités.

Dans un marché intérieur suisse unifié et dans une Europe de libre circulation des avocats rappelés en introduction, 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

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 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); sur cet arrêt, voir également ci-dessous ch. IV.2.6.b.

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.

concurrence internationale, et que leur transformation¹² en société de capitaux constitue une réponse possible à cette nouvelle donne économique¹³.

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 la plus appropriée en la matière¹⁴. Les tentatives de réglementer les sociétés d'avocats, dans la LLCA ou dans une autre loi fédérale, ont, à ce jour, fait long feu¹⁵. 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»¹⁶. La probabilité que la Confédération légifère en la matière est aujourd'hui très mince. C'est bien ainsi¹⁷.

Par ailleurs, le principe de la liberté d'organisation est aujourd'hui très largement admis¹⁸. 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 organi-

sationnelle 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'avocats¹⁹.

2. Pérennité

Les études d'avocats en sociétés de capitaux disposent d'une organisation qui les rend davantage pérennes²⁰. 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 études 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 commandites 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.

¹² 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.

¹³ A titre d'exemple, *Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte*, Zurich, 5 octobre 2006 BLZR (2006)), n° 71, c. 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.

¹⁴ FF 1999 5354.

¹⁵ BOHNET/MARTENET (n. 10), n°s 2343 s., 954 s.

¹⁶ *Motions et postulats des conseils législatifs 2009, Rapport du Conseil fédéral* du 5 mars 2010, 44.

¹⁷ Dans ce sens, PIETRO CRESPI, *Forma giuridica di uno studio legale e responsabilità civile*, Lugano 2003, 47.

¹⁸ Sur la question, CRESPI (n. 17), 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, n°s 14 ss.

¹⁹ 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.

²⁰ VINCENT JEANNERET, *Les études d'avocats en Suisse pourront désormais pratiquer en sociétés de capitaux*, *Jusletter*, 21 avril 2008, n° 21.

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 juridique²¹. 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). Si elles le font, leur nom survit au départ du (ou des) *name partner(s)*.

L'identité est également donnée par d'autres éléments intangibles, dont la marque. Dès lors que la marque est 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 apport²². 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 liquidation²³.

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 société²⁴; un nouvel associé ne peut entrer dans l'association qu'avec le consentement de tous les autres associés²⁵; enfin le sociétariat est en principe intransmissible, sauf accord de tous les autres associés²⁶. 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-valeur²⁷.

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 société²⁸.

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 bénéfice 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 SA²⁹.

²⁴ 545 ch. 6 CO.

²⁵ Art. 542 al. 1 CO.

²⁶ Art. 542 al. 2 CO.

²⁷ Sous réserve de l'art. 784 CO s'agissant de la société à responsabilité limitée.

²⁸ Sur le caractère légitime ou non de ces exigences, voir ci-dessous ch. IV.3.3.d.

²⁹ 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 va-

²¹ Art. 950 CO.

²² ROLAND RUEDIN, Droit des sociétés, 2ème éd. Berne 2007, n° 758, 145.

²³ Art. 548 al. 2 CO.

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 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)³⁰. 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 transfert³¹. 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'étude³². 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)³³. 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 significatives³⁴.

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 affaires³⁵. 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 bilan³⁶. 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 cours³⁷.

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

leur 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. 13), 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.

³⁰ Art. 659 et 783 CO.

³¹ Art. 783 al. 2 CO.

³² Art. 716a ch. 3 CO.

³³ HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI, nos 24 ss ad art. 716a CO, in: Tercier/Amstutz (éds), Commentaire romand. Code des obligations II, Bâle 2008.

³⁴ PETER/CAVADINI (n. 33), n° 27 ad art 716a CO.

³⁵ Art. 663d CO.

³⁶ Art. 663b ch. 10 CO.

³⁷ Art. 669 al. 1 CO.

de 50 % du capital³⁸, ce qui représente un montant important lorsque l'étude est fortement capitalisée³⁹. L'expérience montre que ce plafond est rapidement atteint. Par ailleurs, les sociétés de capitaux sont équipées d'un dispositif d'alerte⁴⁰, 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 ou sous forme de prêts), notamment s'il y a un risque de surendettement de la société⁴¹.

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 annuelle⁴², ce qui devrait être le cas de la grande majorité des cabinets visés dans cette contribution⁴³.

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 compétitivité. 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 management⁴⁴.

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 à la stratégie, aux finances et aux investissements, 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 décision⁴⁵. 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 requises⁴⁶; 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 générale⁴⁷.

Les sociétés de capitaux se distinguent en outre par l'institution de deux organes disposant, chacun, de compétences propres, dont l'exercice entraîne une res-

³⁸ 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 la dite réserve jusqu'à 50 % du capital (art. 671 al. 2 ch.3 et al. 3 CO). 1'000'000 fr. pour Homburger AG et Bär & Karrer AG.

³⁹ Art. 725 al. 1 CO, auquel renvoie l'art. 820 CO.

⁴⁰ Art. 795 CO.

⁴¹ Art. 727a al. 2 CO.

⁴² Même si la forme de la société de capitaux n'est pas, en soi, inadaptée à l'organisation d'une petite étude. Dans les deux cas obwaldiens qui seront examinés plus loin (ch. IV.2.2), il s'agissait, respectivement, d'une société anonyme de quelques avocats (qui a d'ailleurs entre-temps renoncé à toute révision, cf. n. 131 ci-dessous), et d'une société à responsabilité limitée unipersonnelle (qui a également renoncé à toute révision, FOSC n° 216, du 6 novembre 2008, 11).

⁴⁴ Dans ce sens, BOHNET/MARTENET (n. 10), n° 2359, 960 s.

⁴⁵ Art. 534 CO.

⁴⁶ Art. 704 CO, art. 808b CO.

⁴⁷ Art. 807 CO.

ponsabilité 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»⁴⁸. 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.

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 direction⁴⁹.

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 abordé⁵⁰. 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 attachée⁵¹. Il faut se

⁴⁸ Art. 535 al. 1 CO.

⁴⁹ Art. 716b CO.

⁵⁰ Voir III.2.4.

⁵¹ Du PASQUIER/FISCHER (n. 13), p. 552; WALTER FELLMANN, Neue Rechtsformen für Anwaltskanzleien und ihre Auswirkungen auf die Haftung des Anwalts, in: Haftpflicht des Rechtsanwaltes, Zurich 2006, 75.

rappeler à ce titre le postulat de la société à responsabilité limitée, soit que ses associés s'investissent personnellement dans les activités de la société⁵². 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 société⁵³, ou encore l'obligation de procéder à des prestations accessoires à celles en libération des parts sociales, dans les limites des statuts⁵⁴. 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 asymétriques⁵⁵. 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 associés⁵⁶, de la soumission de certaines décisions de l'organe supérieur de direction à l'approbation de l'assemblée des associés⁵⁷, ou encore de la possibilité pour les associés de refuser la cession de parts sociales sans indication de motifs⁵⁸.

5. Remarque conclusive

Les observations sur les avantages des sociétés de capitaux développées 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.⁵⁹ 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 économique⁶⁰. Pourquoi dans ces conditions, conserver une structure, qui n'est plus adaptée à la nouvelle donne du marché⁶¹, 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

⁵² RUEDIN (n. 22), n° 617, 111.

⁵³ 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).

⁵⁴ Art. 796 CO.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Art. 807 al. 1 CO.

⁵⁷ Art. 811 al. 1 ch. 1 CO.

⁵⁸ Art. 786 CO.

⁵⁹ 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 (p. 86) et propose, à ce titre, des réformes d'organisation, sans pour autant les lier à une forme juridique particulière (p. 85). Dans ce sens, certaines études de dimension nationale, qui continuent de pratiquer en SNC, ont déjà introduit un management d'entreprise.

⁶⁰ 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.

⁶¹ RUEDIN (n. 22), n° 609, 109: «La société simple n'est pas destinée à exploiter une entreprise commerciale», et n° 611, 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».

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 pénale⁶². Ces règles sont souvent présentées 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 matière⁶³.

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»⁶⁴. 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,

⁶² Art. 321 CP.

⁶³ Voir ci-dessous ch. IV.2 et IV.3.

⁶⁴ Art. 3.2.4.

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»⁶⁵. Pour y parvenir, les organes de direction doivent prendre les mesures qui s'imposent et 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 avocats⁶⁶) sont en principe libres de s'organiser sous la forme juridique qui leur paraît la plus opportune⁶⁷. 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 poursuivi⁶⁸. De telles restrictions peuvent sans autre viser des objectifs de police ou de politique sociale apparentés à des objectifs de police⁶⁹ (protection de l'ordre public, de la santé, de la moralité ou de la sécurité publiques, ainsi que de la bonne foi en affaires⁷⁰). Cela justifie d'ailleurs par exemple que l'exercice de la profession d'avocat soit en tant que tel soumis à autorisation⁷¹. 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 favoriser⁷²) sont en revanche en principe exclues, sauf ancrage constitutionnel⁷³.

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 canton⁷⁴.

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

⁶⁵ Art. 2.3.4.

⁶⁶ ATF 131 I 223, c. 4.1; ATF 124 I 310, c. 3.a, SJ 1999 I 172 (rés.).

⁶⁷ 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.

⁶⁸ ATF 124 I 310, c. 3.a, SJ 1999 I 172 (rés.). Cf. Lembo (n. 10), 373; SIMONE GIANINI, Strutture societarie e professione d'avvocato, in: Dedéyan (éd.) Vertrauen – Vertrag – Verantwortlichkeit. Festschrift für Hans Caspar von der rone zum 50. Geburtstag, Zurich 2007, 473 s.

⁶⁹ VALLENDER (n. 67), n° 34 ad art. 27 Cst.

⁷⁰ ATF 125 I 335, c. 2.a, SJ 2000 I 62 (rés.).

⁷¹ ATF 111 Ia 101, c. 4.

⁷² ATF 125 I 335, c. 2.a, SJ 2000 I 62 (rés.).

⁷³ VALLENDER (n. 67), n° 36 ad art. 27 Cst.

⁷⁴ ATF 134 II 329, JdT 2009 III 35.

invoker 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'imposera aux autres cantons, en particulier à ceux dans lesquels 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 fédéral⁷⁵.

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 LMI⁷⁶ (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, dans la partie consacrée ci-dessous à la jurisprudence, 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 examen⁷⁷, sous l'angle structurel ou institutionnel⁷⁸ (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 matériel⁷⁹ (art. 12 let. b LLCA). La notion est fondamentalement la même aux fins des deux dispositions, qui sont entre elles dans une relation de réciprocité⁸⁰, la seconde pouvant être vue comme une «traduction» de la première⁸¹. 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 soumis à la même exigence d'indépendance⁸², notamment des autorités judiciaires et du client lui-même⁸³. Le principe trouve son prolongement logique dans l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts (art. 12 let. c LLCA)⁸⁴; il est un élément sans lequel le respect du secret professionnel (art. 321 CP) serait impossible⁸⁵, un pilier nécessaire de la confiance que le client doit pouvoir faire à l'avocat et à la justice⁸⁶, un fondement de l'Etat de droit⁸⁷. 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 propres⁸⁸.

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 mandat⁸⁹, rester à l'abri d'ins-

⁷⁹ PHILIPPE MEIER/CHRISTIAN REISER, n° 32 ad art. 8 LLCA, in: Valticos/Reiser/Chappuis (éds), Commentaire romand. Loi sur les avocats, Bâle 2010.

⁸⁰ 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.

⁸¹ MEIER/REISER (n. 77), n° 32 ad art. 8 LLCA. Voir également LEMBO (n. 10), 379, qui parle de «corollaire».

⁸² STAEHELIN/OETIKER (n. 75), 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.

⁸³ MEIER/REISER (n. 77), n° 37 ad art. 8 LLCA; STAEHELIN/OETIKER (n. 75), nos 32 s. ad art. 8 LLCA.

⁸⁴ ATF 130 II 87, c. 4.2, RDAF 2005 I 519 et cit. MEIER/REISER (n. 77), n° 28 ad art. 8 LLCA.

⁸⁵ MEIER/REISER (n. 77), nos 28 et 44 ad art. 8 LLCA.

⁸⁶ Tribunal administratif, Genève, 23 juillet 2003, ATA/567/2003, c. 10.b.

⁸⁷ STAEHELIN/OETIKER (n. 75), n° 32 ad art. 8 LLCA; GROSS (n. 80), 8.

⁸⁸ Tribunal fédéral, 8 janvier 2001, 2P.187/2000, SJ 2001 I 381, c. 4.b.bb.

⁸⁹ BO 1999 E 1167 (Hess); BO 2000 E 235 (Stadler).

⁷⁵ BIANCHI DELLA PORTA (n. 6), n° 61 ad art. 2 LMI.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ ERNST STAEHELIN/CHRISTIAN OETIKER, n° 31 ad art. 8 LLCA, in: Fellmann/Zindel (éds), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich 2005.

⁷⁸ BOHNET/MARTENET (n. 10), n° 2358, 960.

tructions de tiers sur l'art et la manière de conduire ses dossiers⁹⁰. Les bureaux de l'avocat doivent assurer son autonomie spatiale⁹¹. L'association ou le partage des locaux avec des tiers exerçant une autre activité professionnelle est soumise à des restrictions⁹². 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 tiers pour le financement de ses infrastructures ou ses besoins de liquidités⁹³ (indépendance financière)⁹⁴. L'avocat doit aussi conserver son autonomie logistique ou organisationnelle⁹⁵. L'exercice, par un avocat inscrit dans un registre cantonal, d'activités accessoires ou pré-

pondérantes 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 local⁹⁶, un enseignement universitaire⁹⁷ et, de manière générale, «toute activité totalement étrangère aux prestations de service onéreuses dans le domaine juridique»⁹⁸, ne posent pas de difficultés particulières. La dépendance découlant d'un contrat de travail (art. 319 al. 1 CO)⁹⁹ 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 employeur¹⁰⁰. Il existe à son endroit une présomption d'absence d'indépendance; cette présomption est toutefois réfragable¹⁰¹. 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 salariée¹⁰². Il devrait aussi être admis que le greffier ou le membre (suppléant ou à temps partiel) d'une autorité judiciaire¹⁰³ puisse être admis à pratiquer le barreau en tant qu'avocat, à tout le moins s'il s'abstient de procéder devant ladite autorité¹⁰⁴.

Les exigences quant à l'indépendance, aussi dans le cas d'un avocat employé, ne doivent pas être si élevées que celui-ci devrait prouver que toute entrave à son indépendance est exclue par avance¹⁰⁵. 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'avocat¹⁰⁶. Le refus d'inscription au registre

⁹⁰ Tribunal fédéral, 8 janvier 2001, 2P.187/2000, SJ 2001 I 381, c. 4.a.aa.

⁹¹ MEIER/REISER (n. 77), n° 40 ad art. 8 LLCA.

⁹² Sur celles-ci, voir MEIER/REISER (n. 77), 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.

⁹³ MEIER/REISER (n. 77), n° 43 ad art. 8 LLCA.

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

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Sous réserve naturellement de l'art. 10 al. 1 ch. 3 LP.

⁹⁷ STAEHELIN/OETIKER (n. 75), n° 35 ad art. 8 LLCA.

⁹⁸ MEIER/REISER (n. 77), n° 47 ad art. 8 LLCA; STAEHELIN/OETIKER (n. 75), n° 40 ad art. 8 LLCA.

⁹⁹ RÉMY WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., Berne 2008, 58.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ ATF 130 II 87, c. 5, RDAF 2005 I 519.

¹⁰² ATF 130 II 87, c. 5.2, p. 103, RDAF 2005 I 519.

¹⁰³ MEIER/REISER (n. 77), n° 47 ad art. 8 LLCA; STAEHELIN/OETIKER (n. 75), n° 35 ad art. 8 LLCA.

¹⁰⁴ Tribunal fédéral, 23 juin 2006, 2P.301/2005, c. 5, ZBl 2006, 586, RDAF 2007 I 377.

¹⁰⁵ ATF 131 I 223, consid. 4.6.3, p. 238, RDAF 2006 I 526; ATF 130 II 87, c. 5.2, 103 s., RDAF 2005 I 519.

¹⁰⁶ 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,

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'accès¹⁰⁷.

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 capitaux. Toutes ces décisions ne sont pas publiées: nous passerons ici en revue celles qui nous sont connues¹⁰⁸. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé jusqu'ici.

2.1 Bâle-Campagne (30 août 2005)

Dans une communication du 30 août 2005¹⁰⁹, l'autorité de surveillance de Bâle-Campagne a considéré que la forme de la société à responsabilité limitée n'était pas appropriée à l'exercice de la profession d'avocat en tant que telle et qu'une société de capitaux ne pouvait le cas échéant être utilisée dans ce contexte que pour la mise à disposition des infrastructures d'exploitation du cabinet¹¹⁰. Cette décision est fondée sur une interprétation

littérale des dispositions de la loi sur la libre circulation des avocats concernant l'exercice de la profession en son propre nom et sous sa propre responsabilité, par la personne physique titulaire du brevet d'avocat (art. 12 let. b LLCA) et l'interdiction, pour un avocat entendant pratiquer dans le cadre du monopole, d'être employé par une personne qui n'est pas elle-même inscrite en qualité d'avocat dans un registre cantonal, ce qu'une société de capitaux ne peut être, même si elle est exclusivement détenue par des avocats (art. 8 al. 1 let. d LLCA)¹¹¹. L'exigence d'indépendance (art. 8 al. 1 let. d et 12 let. b LLCA) et la sauvegarde du secret professionnel seraient également problématiques, mais éventuellement susceptibles d'aménagements sur lesquels il ne serait toutefois pas possible de se prononcer de manière générale et abstraite. Enfin, comme l'avocat doit pratiquer sous son propre nom, ce qui impliquerait selon l'autorité bâloise que ce nom figure impérativement dans la raison sociale, une modification de la raison sociale de la société de capitaux s'imposerait à chaque mutation personnelle, ce qui serait pour le moins malpratique¹¹².

2.2 Obwald (29 mai 2006/2 octobre 2008)

a. Etat de fait et considérations générales

La première décision admettant l'exercice de la profession en société de capitaux est celle de l'*Anwaltskommission* du canton d'Obwald, du 29 mai 2006. Il s'agissait du cas de trois avocats inscrits au registre cantonal, qui souhaitaient constituer entre eux une société anonyme, essentiellement pour faciliter l'entrée de nouveaux avocats associés, ainsi que la sortie éventuelle de certains d'entre eux; la forme d'organisation choisie devait aussi rendre plus flexible la quote-part de chacun dans le cabinet; enfin, la réglementation détaillée du droit de la société anonyme était présentée par les requérants comme un facteur de sécurité juridique dans les relations entre associés¹¹³. Dans ce cas, les actionnaires de la société à constituer étaient exclusivement des personnes inscrites en qualité d'avocats dans un registre cantonal. Les statuts prévoyaient une clause d'agrément au sens de laquelle les actions de la société ne pouvaient être transférées qu'à des personnes inscrites en qualité d'avocats dans un registre cantonal. Des dispositions de même effet se trouvaient dans une convention d'ac-

l'exigence de l'indépendance est une condition formelle pour exercer la profession, Tribunal administratif, Genève, 23 juillet 2003, ATA/567/2003, c. 7.

¹⁰⁷ ATF 130 II 87, c. 3, 92 s., RDAF 2005 I 519.

¹⁰⁸ Parmi celles auxquelles nous n'avons pas eu accès, citons la décision tessinoise du 31 mai 2007 et la décision zougnoise du 13 juin 2007, apparemment toutes deux favorables au principe de la société de capitaux, citées par LEMBO (n. 10), 369.

¹⁰⁹ www.bgfa.ch/scripts/getfile?id=949, dernière consultation le 31 mars 2010.

¹¹⁰ Il est à noter qu'au moins une telle société existait dans le canton de Vaud, depuis fort longtemps, dont le but était (et est toujours) le suivant: «Exécution de toute prestation de secrétariat pour avocats; mise à disposition des locaux, le personnel de secrétariat, le mobilier, la bureautique et tout le matériel nécessaire à cette infrastructure administrative; exécution de toutes sortes de travaux de rédaction, décomptes, photocopies, imprimés, photocopies, traductions et autres semblables qui lui sont confiés.»

¹¹¹ En faveur d'une telle interprétation littérale, DE VRIES REILINGH/HOHENAUER (n. 74), 692.

¹¹² Nous n'avons pas connaissance d'autres décisions, prises de position ou avis de doctrine exigeant que le nom du cabinet soit composé de celui de tous les associés, même si d'aucuns le jugent souhaitable, GIANINI (n. 68), 484. 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.

¹¹³ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, état de fait, let. A.

tionnaires pour les cas de transfert dans le cadre du régime matrimonial, d'une succession ou de mesures d'exécution forcée. Les statuts de la société disposaient que les actionnaires pouvaient se faire représenter à l'assemblée générale. S'agissant du conseil d'administration, n'y étaient éligibles, à teneur des statuts, que des actionnaires (et donc des personnes inscrites en qualité d'avocats dans un registre cantonal). Tous les avocats employés de la société n'étaient pas appelés à siéger au conseil d'administration. Les statuts prévoyaient que tout ou partie de la gestion de la société pouvait être déléguée à des tiers conformément au règlement d'organisation; il n'avait toutefois pas été fait usage de cette possibilité et il n'existait donc pas de règlement d'organisation; par ailleurs, la convention d'actionnaires prévoyait l'obligation, en cas de délégation de la gestion, de l'opérer, en premier lieu, en faveur d'un membre du conseil d'administration (et donc une personne inscrite en qualité d'avocat dans un registre cantonal). A teneur des statuts, la liquidation de la société était de la responsabilité des personnes jusque-là membres du conseil d'administration (soit de personnes inscrites en qualité d'avocat dans un registre cantonal).

A juste titre, la commission rappelle que la question ne se pose que pour les personnes qui souhaitent exercer une activité dans le cadre du monopole de la représentation de parties en justice (art. 6 al. 1 LLCA)¹¹⁴, en plus d'autres activités plus ou moins caractéristiques de la profession d'avocat (conseils juridiques, services économiques, mandats d'administrateurs, etc.), qui peuvent en soi aussi être exercées sans inscription au registre cantonal, voire par d'autres professionnels¹¹⁵. Les réflexions de l'autorité obwaldienne reposent sur le constat, en soi exact, que seules des personnes physiques peuvent être inscrites au registre cantonal des avocats¹¹⁶.

b. La question de la liberté d'organisation

La décision examine d'abord si la loi garantit aux avocats une liberté d'organisation. Elle relève à cet égard que l'association entre avocats était traditionnellement analysée comme une société simple, la jurisprudence plus récente ayant admis l'existence entre avocats d'une société en nom collectif, tenue de se faire inscrire au registre du commerce, lorsque le but économique prédomine sur les rapports personnels avec la clientèle, en ce sens qu'une rentabilité maximale est recherchée, qu'une attention particulière est apportée aux questions d'organisation, aux problèmes de financement, à une publicité

efficace, etc.¹¹⁷ L'autorité constate que, la motion Anton Cottier relative à la forme d'organisation juridique pour les professions libérales n'a pas encore été traitée¹¹⁸ et que la loi sur la libre circulation des avocats n'apporte pas de réponse à ce sujet¹¹⁹.

c. L'indépendance de l'avocat

Considérant que la question centrale à cet égard est celle de l'indépendance de l'avocat, l'autorité lui consacre de longs développements. Selon elle, les débats aux Chambres fédérales ne permettent plus de considérer sans restriction, comme le disait encore le message du Conseil fédéral, que le législateur ait expressément voulu «ne pas bloquer une possible évolution», notamment en relation avec «l'organisation des études d'avocats, par exemple, sous forme de sociétés anonymes»¹²⁰; la question de l'indépendance aurait été au cœur des débats parlementaires et se serait cristallisée dans l'interdiction de principe, pour un avocat entendant exercer une activité dans le cadre du monopole, d'être employé par une personne qui ne serait elle-même pas inscrite dans un registre cantonal (art. 8 al. 1 let. d LLCA)¹²¹. Comme une personne morale ne peut être inscrite au registre des avocats, il en découlerait nécessairement une restriction à la liberté des avocats de s'organiser en société de capitaux: conformément à la jurisprudence fédérale postérieure à l'entrée en vigueur de la loi sur la libre circulation des avocats¹²², l'avocat employé d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée serait présumé ne pas être indépendant¹²³. Cette présomption étant réfragable, il y aurait lieu d'admettre que les avocats sont libres de s'organiser en société de capitaux dans la mesure où ils peuvent établir que leur indépendance est garantie¹²⁴.

Selon l'autorité obwaldienne, tel serait le cas, sous l'angle institutionnel ou structurel, si la société est durablement contrôlée par des personnes inscrites en qualité d'avocats dans un registre cantonal¹²⁵. A cet égard, des exigences s'imposeraient aussi bien en relation avec le *cercle des actionnaires* et l'assemblée générale qu'avec la

¹¹⁴ Cf. ATF 130 II 87, c. 3, RDAF 2005 I 519.

¹¹⁵ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 1.2.

¹¹⁶ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 2.1. 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.

¹¹⁷ ATF 124 III 363, c. 2.b, JdT 1999 I 402, SJ 1999 I 38. Pour les critères de distinction entre une simple communauté de frais généraux et une structure plus intégrée, voir également (aux fins de l'assujettissement à la TVA) Tribunal fédéral, 29 juin 2004, 2A.520/2003, Archives 2009, 250.

¹¹⁸ Motion 99.3656 déposée au Conseil des Etats le 22 décembre 1999, toujours en suspens.

¹¹⁹ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 2.1.

¹²⁰ En ce sens FF 1999, 5354.

¹²¹ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.2.

¹²² ATF 130 II 87, RDAF 2005 I 519, précité.

¹²³ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.4.

¹²⁴ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.4.

¹²⁵ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.5.

composition du conseil d'administration. Sous réserve de la possibilité pour les actionnaires de se faire représenter à l'assemblée générale, qui n'a pas été admise, l'autorité de surveillance du canton d'Obwald a considéré que l'indépendance était donnée, dès lors que les actionnaires et les administrateurs étaient tous des avocats inscrits dans un registre cantonal et au vu des dispositions figurant dans les statuts et la convention d'actionnaires¹²⁶.

La décision examine ensuite si les conditions d'un exercice indépendant de la profession d'avocat sont données, sous l'angle de l'art. 12 let. b et c LLCA, en particulier au vu du fait que le conseil d'administration, en tant qu'organe chargé de la haute direction de la société, est en mesure de donner des instructions aux employés de la société et qu'en l'espèce, certains avocats employés ne seraient pas membres du conseil d'administration. A cet égard, l'autorité de surveillance du canton d'Obwald considère que l'exercice indépendant de la profession d'avocat est inconciliable avec une surveillance exercée par les personnes chargées de la gestion de la société, fussent-elles inscrites dans un registre cantonal en qualité d'avocats. Tout en reconnaissant qu'il n'est pas nécessaire que tous les avocats employés soient membres du conseil d'administration de la société, la commission des avocats du canton d'Obwald a exigé qu'un mécanisme, apparemment statutaire ou réglementaire (mais dont la nature exacte n'est pas précisée), soit mis en place pour assurer que les intérêts de la société, qui s'expriment par les membres du conseil d'administration dans la mesure où ces derniers en sont chargés (art. 55 CC), n'entrent pas en conflit avec ceux des clients et que le *pouvoir des membres du conseil d'administration de donner des instructions aux avocats employés* soit limité dans cette mesure¹²⁷.

En relation avec cet élément, mais dans un autre passage de sa décision, la commission des avocats du canton d'Obwald considère que le *but de la société* doit se référer à la fourniture de services juridiques «dans le respect de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats». Il s'agirait par là d'éviter que la société d'avocats ne coure le risque de poursuivre un but illicite. Cela fixerait aussi aux organes sociaux le cadre de la formation régulière de la volonté sociale et de la représentation de la société (art. 718a al. 1 CO) et permettrait d'ancrer l'obligation des organes sociaux, notamment du conseil d'administration, de s'abstenir d'interférer (d'une manière qui entrerait en conflit avec les intérêts des clients) dans l'exécution d'un mandat par les avocats employés. Par le biais de la publicité assurée à l'inscription au registre du

commerce, les intéressés, notamment les clients potentiels, seraient ainsi parfaitement informés¹²⁸.

La décision fait encore le point sur ce qu'il y a lieu d'entendre par *exercice de l'activité professionnelle* «en son propre nom» et «sous sa propre responsabilité» (art. 12 let. b LLCA). Après avoir rappelé que le droit fédéral épuise la matière¹²⁹ et qu'il n'y a plus de place pour des réglementations particulières de droit cantonal à cet égard, la commission a considéré que ces exigences empêchent l'avocat de *procéder devant les tribunaux* au nom de la société qui l'emploie et engagerait, pour son activité, sa propre responsabilité *disciplinaire*. Le fait que la procuration destinée aux autorités judiciaires soit établie au nom d'une ou plusieurs personnes physiques inscrites en qualité d'avocats dans un registre cantonal n'empêcherait en revanche pas le mandat d'être conclu entre la société d'avocats et le client: l'identité du cocontractant en droit civil et le régime de responsabilité civile (contractuelle) pour mauvaise exécution du mandat n'apparaissent ainsi pas déterminantes aux yeux de l'autorité de surveillance obwaldienne¹³⁰.

La possibilité d'inclure, dans le but de la société, la *faculté d'acquérir ou d'aliéner des immeubles* a été écartée: il n'est pas question pour une société d'avocats d'avoir pour objet des transactions immobilières et la précision litigieuse n'est pas nécessaire aux fins de l'acquisition d'immeubles par la société destinés aux infrastructures nécessaires à l'exercice de ses activités¹³¹.

Enfin, la possibilité, ancrée dans les statuts, de *déléguer tout ou partie de la gestion de la société à des tiers conformément à un règlement d'organisation* a aussi été refusée, malgré les dispositions de la convention d'actionnaires à ce sujet, au motif qu'il ne serait pas concevable qu'un tiers puisse prendre connaissance, en vertu de l'art. 715a al. 1 CO, d'informations relatives aux mandats confiés à la société, sans être lui-même astreint au secret professionnel prévu par l'art. 321 CP¹³².

¹²⁶ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.5.1 (sur le cercle des actionnaires et l'assemblée générale) et 3.5.2 (sur la composition du conseil d'administration).

¹²⁷ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.6.1.

¹²⁸ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.6.3.

¹²⁹ ATF 131 I 223, c. 3.4. Voir également Tribunal fédéral, 31 mars 2010, arrêt 5A_163/2009, c. 2.1; BIANCHI DELLA PORTA (n. 6), n° 59 ad art. 2 LMI.

¹³⁰ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.6.2. Curieusement, l'autorité semble toutefois partir du principe que le mandat conclu entre le client et la société est ensuite transféré («übertragen») aux avocats chargés du mandat par l'employeur; à notre avis, il paraît plus cohérent d'entendre que la société mandataire délègue à certains de ses employés l'exécution du service requis, sans qu'il y ait substitution de parties au rapport contractuel noué avec le client.

¹³¹ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.6.3.

¹³² Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 3.7.

d. Le secret professionnel

L'autorité de surveillance du canton d'Obwald a considéré que l'exercice de la profession d'avocat en société anonyme ne posait pas de problèmes particuliers et qu'elle était en principe garantie par la soumission à celui-ci des avocats employés et de leurs auxiliaires (art. 13 LLCA et 321 CP), ainsi que par la clause statutaire confiant aux membres du conseil d'administration (des avocats inscrits dans un registre cantonal) la responsabilité de la liquidation. Il a en outre été retenu que l'organe de révision¹³³, s'il n'est pas un auxiliaire des avocats tenus au secret professionnel (en raison de sa qualité d'organe de la société)¹³⁴, 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)¹³⁵.

e. Le régime de responsabilité

La commission des avocats du canton d'Obwald parvient à la conclusion que la loi sur la libre circulation des avocats n'a pas entendu exiger que les avocats soient nécessairement responsables à titre personnel, de manière illimitée et sur tous leurs biens, pour les dommages causés dans le cadre de leur activité professionnelle, pour les montants non couverts par l'assurance responsabilité civile à laquelle les avocats sont tenus (art. 12 let. f LLCA). En fonction de la situation financière de l'avocat, une telle responsabilité personnelle illimitée 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 (art. 725 CO). L'important pour le client n'est 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 est laissée indécise¹³⁶.

Enfin, l'autorité de surveillance note qu'en cas de faillite de la société, d'éventuels actes de défaut de biens seraient

délivrés contre celle-ci, de sorte que les avocats concernés seraient susceptibles de maintenir leur inscription au registre cantonal à titre personnel (ou comme employés d'une nouvelle société), puisqu'aucun acte de défaut de biens n'aurait formellement été délivré contre eux (art. 8 al. 1 let. c LLCA). Il s'agirait là d'une inégalité de traitement difficilement justifiable avec les avocats non organisés sous la forme d'une société de capitaux. La commission considère toutefois que cela ne fait pas obstacle à l'admission de l'exercice de la profession d'avocat en société anonyme, mais que, 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 au registre cantonal¹³⁷.

f. Le cas de la société à responsabilité limitée

Dans une décision ultérieure, la commission des avocats du canton d'Obwald a admis qu'une avocate pratiquant seule puisse exercer son activité par le biais d'une société à responsabilité limitée, les conditions étant les mêmes que pour une société anonyme¹³⁸. Dans le cas d'espèce, les clauses limitant le sociétariat à des personnes inscrites dans un registre cantonal en qualité d'avocats et excluant la représentation par des tiers non associés étaient toutes ancrées dans les statuts¹³⁹.

2.3 Zurich (5 octobre 2006)

a. Etat de fait et considérations générales

Par rapport à l'espèce obwaldienne, l'affaire ayant donné lieu à la première décision zurichoise, présente des aspects similaires, mais aussi un certain nombre de caractéristiques différentes. Les actionnaires de la société anonyme étaient majoritairement des avocats inscrits au registre cantonal zurichois, mais incluaient aussi des avocats inscrits au registre d'un autre canton, des personnes sans brevet d'avocat (européen) ainsi que des personnes titulaires d'un brevet d'avocat suisse, mais exerçant leur activité à une adresse commerciale à l'étranger. Les actionnaires avaient le projet de former entre eux une société simple détenant les actions en main commune. Une convention d'actionnaires devait les lier, assurant que les actions ne puissent pas passer en mains de tiers sans l'accord de trois quarts des actionnaires et que deux tiers au moins des associés soient des avocats inscrits dans un registre cantonal. Une clause d'agrément figurait aussi dans les statuts de la société. Ceux-ci prévoyaient en outre que la majorité des

¹³³ Il est à noter que la société en question a depuis renoncé à toute révision, conformément à l'art. 727a al. 2 CO, FOSC n° 118, du 20 juin 2008, 11.

¹³⁴ STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, n° 8 ad art. 321 CP, in: Trechsel (éd.), Schweizerisches Strafrechtbuch. Praxiskommentar, Zurich/Saint-Gall 2008. 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.

¹³⁵ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 5. Sur cette question, voir également LEMBO (n. 10), 381 s.

¹³⁶ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 6.2.

¹³⁷ Anwaltskommission, Obwald, 29 mai 2006, OWVVG XVII, n° 13, c. 6.3. GIANINI (n. 68), 477, paraît quant à lui, sans doute à juste titre, s'accommoder de cette situation.

¹³⁸ Anwaltskommission, Obwald, 2 octobre 2008, AKO 08/005, c. 9. Cf. également SCHWARZ (n. 12), 233.

¹³⁹ Anwaltskommission, Obwald, 2 octobre 2008, AKO 08/005, c. 11.

membres du conseil d'administration devaient être des avocats inscrits dans un registre cantonal. Le règlement d'organisation prévoyait que le conseil d'administration ne pouvait valablement délibérer que si la majorité de ses membres inscrits dans un registre d'avocats étaient présents, les décisions étant alors prises à la majorité simple. Toujours à teneur du règlement d'organisation, seuls des avocats inscrits dans un registre cantonal pourraient être responsables d'un mandat et donner des directives aux personnes chargées de tout ou partie de son exécution. Enfin, un règlement interne prévoyait des lignes directrices en matière d'acceptation ou de refus de mandats, et des principes destinés à garantir la qualité des services fournis aux clients. En matière d'acceptation de mandats typiques de l'activité monopolistique de l'avocat, la liberté de décision des associés est garantie, pour autant que soient évités les mandats de nature à compromettre la réputation de l'étude ainsi que les conflits d'intérêts, et que soient privilégiés les mandats financièrement rentables. Pour les affaires ne relevant pas du monopole de la représentation en justice, l'accord du conseil d'administration était en revanche requis. Les principes destinés à garantir la qualité des services fournis au client visaient notamment à assurer que les heures de travail nécessaires pourraient bien être facturées, une obligation d'annonce au conseil d'administration étant stipulée pour le cas où des pertes supérieures à 20'000 fr. seraient accumulées dans un dossier.

Au nombre des avantages des sociétés de capitaux, l'autorité zurichoise souligne notamment que la société anonyme est une forme permettant aux avocats de mieux s'adapter à la demande de services juridiques d'une difficulté toujours croissante, dans un environnement de plus en plus complexe et un climat de forte concurrence, favorise l'adoption de nouvelles méthodes de management et permet de limiter la responsabilité de l'avocat¹⁴⁰.

b. L'indépendance de l'avocat

Une grande partie des considérants sont consacrés à la question de l'indépendance des avocats organisés en société anonyme. Le point de départ de la réflexion de la commission zurichoise est à cet égard le même que celui de l'autorité obwaldienne: à teneur de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, un avocat ne peut être l'employé que d'une autre personne inscrite en qualité d'avocat au registre cantonal; or seules des personnes physiques peuvent être inscrites au registre cantonal; une interprétation grammaticale de la loi impose donc de considérer qu'un avocat ne peut pas être engagé par une société anonyme¹⁴¹. Une telle interprétation ne refléterait toutefois pas nécessai-

rement l'intention du législateur: même si le Conseil national a écarté¹⁴² la proposition du Conseil des Etats d'ancrer la liberté d'organisation dans la loi¹⁴³, il ne faudrait pas en déduire qu'il a entendu apporter une restriction à ce principe¹⁴⁴.

En écho aux réflexions de l'autorité obwaldienne sur l'intérêt de la société, auquel veillent les personnes chargées de l'administration, qui pourraient ainsi être tentées de s'ingérer dans la gestion des mandats, il est intéressant de noter que la commission de surveillance des avocats du canton de Zurich adopte un point de vue différent: une société anonyme d'avocats est au service des avocats qui la composent. A ce titre, les avocats employés par la société poursuivent eux aussi le but d'atteindre un rendement financier, tout en exécutant de manière fidèle et diligente les mandats qui leur sont confiés. Dès lors qu'employés et employeurs poursuivent ce même but économique, il ne semble à première vue pas que l'indépendance puisse être compromise¹⁴⁵. La relation de subordination entre l'avocat employé et la société ne constituerait en elle-même pas un risque pour l'exercice indépendant de la profession: en particulier, les études organisées sous forme de sociétés en nom collectif engage des avocats. Le risque n'est donc pas lié à la forme d'organisation de l'étude. Au contraire, quelle que soit la structure choisie, le risque réside dans la présence d'une influence étrangère réalisée par des personnes non inscrites au registre et dont l'indépendance est sujette à caution. S'il est assuré qu'une société anonyme soit, de manière durable, maîtrisée à tous les niveaux décisionnels par des personnes inscrites en qualité d'avocats dans un registre cantonal, non seulement ne compromet-elle pas l'indépendance des personnes qui exercent la profession en son sein, mais elle constitue bien plus un moyen d'éviter le danger d'une influence externe¹⁴⁶.

Si, jusque là, la décision zurichoise est plus ou moins conforme à celle de l'autorité de surveillance du canton d'Obwald, la mise en œuvre concrète des critères retenus varie de manière assez sensible. C'est ainsi qu'il n'est pratiquement accordé aucune importance à la formulation du but de la société¹⁴⁷. La commission constate en outre que, dans de nombreux cabinets, des activités sont exercées qui s'écartent de celles qui sont traditionnellement typiques de la profession d'avocat (affaires bancaires, immobilières, mandats de courtagé, de fi-

¹⁴² BO 2000 N 41 ss.

¹⁴³ BO 1999 E 1170 s.

¹⁴⁴ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. III.5.3.

¹⁴⁵ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. III.8.2.1.

¹⁴⁶ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. 8.2.2 et 8.3.

¹⁴⁷ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. IV.2.1.

¹⁴⁰ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. III.2.4.

¹⁴¹ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. III.4.

ducie et d'administrateur) et que des spécialistes de ces divers domaines peuvent être impliqués (en qualité de collaborateurs ou d'associés), pour autant qu'un rapport étroit continue d'exister avec la profession d'avocat¹⁴⁸. Il est donc important de veiller à ce que les buts accessoires s'inscrivent dans le cadre du but principal¹⁴⁹. Sur cette base, plutôt que de considérer, comme l'avait fait son homologue obwaldienne, que la clause statutaire autorisant la société à acquérir, détenir ou aliéner des immeubles devait être supprimée, l'autorité zurichoise a simplement considéré qu'il y avait lieu d'y ajouter la précision que le commerce de biens immobiliers devait être limité aux locaux destinés à servir d'infrastructure aux activités de la société¹⁵⁰.

En outre, les devoirs professionnels décrits par la loi sur la libre circulation des avocats s'appliquant directement aux avocats inscrits dans un registre cantonal, indépendamment du fait que ceux-ci soient employés d'une société anonyme, la commission de surveillance du canton de Zurich a renoncé à exiger la mention, dans les statuts, de la conformité de l'activité exercée à la loi sur la libre circulation des avocats¹⁵¹.

Encouragée dans cette voie par les circonstances du cas d'espèce, la décision zurichoise ouvre la porte à des partenariats étendus à des économistes, des fiduciaires ou des experts fiscaux, par exemple (*Multidisciplinary Partnerships*)¹⁵². Il n'en reste pas moins nécessaire que la maîtrise de la société soit durablement assurée à des personnes inscrites en qualité d'avocats dans un registre cantonal. Pour cela, il faut que de telles personnes disposent d'une majorité de voix à l'assemblée générale et au conseil d'administration; il est nécessaire en outre que toutes les décisions ne puissent être prises, à tous les niveaux, que lorsque la majorité réunie inclut davantage de voix provenant d'avocats inscrits que de personnes non-inscrites¹⁵³. Cette double exigence s'impose au sein de l'assemblée générale¹⁵⁴ et du conseil d'administration¹⁵⁵: à cet égard, les dispositions statutaires et

règlementaires évoquées ci-dessus ont été jugées insuffisantes. Pour assurer la domination d'avocats inscrits sur l'assemblée générale, il serait aussi possible de limiter conventionnellement la part de tiers actionnaires à 25 % au maximum et de stipuler dans les statuts que les décisions ordinaires (art. 703 CO) requièrent la majorité absolue des voix attribuées à toutes les actions: à supposer que tous les actionnaires non inscrits votent en faveur d'une résolution, l'obtention de la majorité requise serait impossible s'il ne se trouvait pas, parmi les actionnaires, au moins autant d'avocats inscrits, plus un, pour l'appuyer également. Il serait ainsi garanti que les décisions de l'assemblée générale ne puissent être prises que moyennant l'appui d'un nombre supérieur d'avocats inscrits que d'actionnaires tiers.

Il est par ailleurs exigé que le président du conseil d'administration, en raison de sa position de pouvoir particulière, soit un avocat inscrit dans un registre cantonal¹⁵⁶.

L'autorité zurichoise s'est montrée plus libérale que celle du canton d'Obwald en matière de délégation de la gestion: si la direction des opérations de la société ne peut être déléguée qu'à un membre du conseil d'administration inscrit en qualité d'avocat dans un registre cantonal, la responsabilité de l'infrastructure, de la comptabilité, du service des ressources humaines, de la formation et de la formation continue, etc. peut être déléguée à un tiers¹⁵⁷.

Enfin, comme son homologue de Suisse centrale, la commission de surveillance des avocats du canton de Zurich a constaté que les avocats employés étaient dans une certaine mesure dépendants des décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration, notamment en relation avec la stratégie d'acceptation ou de refus de certains mandats. Cette problématique, existant d'ailleurs aussi dans les structures organisées en sociétés de personnes, n'exclurait toutefois pas l'indépendance. Légalement tenus de se conformer aux règles professionnelles, les avocats n'auraient pas l'obligation de suivre des instructions qui seraient contraires auxdites règles. Sans imposer l'adoption de règles statutaires ou réglementaires fixant des limites aux instructions susceptibles d'être données par les organes sociaux pour

¹⁴⁸ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. IV.2.2.

¹⁴⁹ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. IV.2.3.

¹⁵⁰ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. V.2.3.

¹⁵¹ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. IV.2.4.

¹⁵² Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. IV.3.1.

¹⁵³ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. IV.3.2.

¹⁵⁴ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. IV.3.3.1 et 3.3.2.

¹⁵⁵ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. IV.3.4. Une minorité de la commission était d'avis qu'en droit positif, une société d'avocats ne pourrait avoir pour actionnaires et pour administrateurs que des personnes inscrites en qualité d'avocats dans un registre cantonal, eu égard au fait qu'à teneur de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, un avocat ne peut être employé que par une personne inscrite en

qualité d'avocat dans un registre cantonal: cette disposition ne devrait peut-être pas être interprétée de façon strictement littérale, comme la commission l'a par ailleurs retenu, mais il ne devrait pas non plus en être fait une interprétation par trop souple, Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. IV.5.

¹⁵⁶ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. IV.3.6.

¹⁵⁷ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BIZR 105 (2006), n° 71, c. IV.3.5.

l'exécution des mandats professionnels, la commission a néanmoins considéré que cela serait recommandable¹⁵⁸.

En relation avec ce qui précède, les lignes directrices sur l'acceptation et le refus de mandats n'ont pas été considérées comme prêtant le flanc à la critique, dès lors que, dans le cadre du monopole, l'obligation d'accepter des mandats d'office (par hypothèse non rentables) s'impose aux avocats de par la loi¹⁵⁹. Les règles relatives notamment à la qualité du travail, ont quant à elles été considérées comme judicieuses¹⁶⁰. Le fait enfin que la supervision d'un mandat soit toujours assurée par un avocat inscrit dans un registre cantonal et que seul celui-ci disposerait du pouvoir de donner des instructions en relation avec l'exécution de celui-ci a été jugé compatible avec le principe d'indépendance¹⁶¹.

L'autorité de surveillance zurichoise a considéré que, si l'indépendance institutionnelle au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA est garantie, les avocats sont en mesure de respecter les obligations que la loi leur impose à titre personnel, en particulier celle d'éviter les conflits d'intérêts (art. 12 let. b LLCA)¹⁶², ou celle d'agir en son nom personnel et sous sa propre responsabilité¹⁶³: à ce dernier égard, le fait que la relation de mandat soit nouée entre le client et la société ne porte pas atteinte au lien de confiance entre le client et l'avocat, n'est pas de nature à modifier le comportement du client et n'altère en rien la relation personnelle entre l'avocat et le client¹⁶⁴. Comme il n'existe pas de parallélisme nécessaire entre le mandat et la procuration, l'organisation sous forme de société anonyme n'empêche pas l'avocat d'apparaître en justice en son propre nom¹⁶⁵. L'avocat demeure aussi personnellement soumis au pouvoir disciplinaire des autorités de surveillance, même s'il est l'employé d'une société anonyme d'avocats¹⁶⁶; l'exigence d'exécution du mandat «sous sa propre responsabilité» (art. 12 let. b LLCA) ne vise que cela et ne concerne en particulier pas la responsabilité civile de l'avocat¹⁶⁷.

c. Le secret professionnel

Sur ce point, les considérations de l'autorité zurichoise rejoignent presque entièrement celles de son homologue du canton d'Obwald¹⁶⁸.

d. Le régime de responsabilité

La décision zurichoise met l'accent sur le fait que l'organisation du cabinet d'avocats en société de capitaux a pour conséquence que la relation contractuelle avec les clients est nouée avec la société, non avec l'avocat, et que c'est ainsi, sauf cas particuliers, la société qui s'expose à être condamnée à des dommages-intérêts¹⁶⁹. Cette responsabilité civile doit être couverte par une police d'assurance (art. 12 let. f LLCA), qui s'étend aussi bien à l'activité de la société qu'à celle des avocats œuvrant en son sein, ce qui ne pose pas de problèmes particuliers¹⁷⁰. Le fait que la société anonyme soit responsable de ses organes et des dommages causés par ses travailleurs est plutôt vu comme un facteur d'amélioration de la situation des lésés éventuels¹⁷¹.

2.4 Berne (27 février 2007)

Dans une brève communication de principe, la Chambre des avocats du canton de Berne a purement et simplement fait siennes les considérations de la commission de surveillance des avocats du canton de Zurich, du 5 octobre 2006.

2.5 Bâle-Ville (14 juin 2007)

La commission de surveillance des avocats du canton de Bâle-Ville a quant à elle considéré que l'exercice de la profession d'avocat en société anonyme ne soulève en tout cas aucune difficulté si seuls des avocats inscrits y sont intéressés. A cet égard, elle s'est intégralement référée aux considérants de la décision obwaldienne du 29 mai 2006, en précisant toutefois un point pour le cas du décès d'un actionnaire. Afin de s'assurer que ses héritiers (qui ne seront pas nécessairement des avocats inscrits) ne puissent pas avoir d'influence sur la société, un mécanisme pourrait être envisagé dans lequel le droit de vote lié aux actions du défunt serait suspendu tant que celles-ci ne sont pas en mains d'un avocat inscrit.

La question de savoir si des tiers peuvent être actionnaires d'une société d'avocats a été jugée problématique, en tout cas si lesdits actionnaires sont des personnes physiques n'exerçant pas dans le cabinet concerné une

¹⁵⁸ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. IV.4.

¹⁵⁹ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. IV.7.2 et IV.7.3.

¹⁶⁰ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. IV.7.4.

¹⁶¹ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. IV.7.5.

¹⁶² Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. VI.3.

¹⁶³ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. VI.4.2.

¹⁶⁴ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. VI.5.2.

¹⁶⁵ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. VI.5.3.

¹⁶⁶ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. VI.6.1.

¹⁶⁷ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. VI.6.2 et VI.6.3.

¹⁶⁸ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. VI.8.

¹⁶⁹ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. VI.7.2.1.

¹⁷⁰ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. VI.7.2.2.

¹⁷¹ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte, Zurich, 5 octobre 2006, BLZR 105 (2006), n° 71, c. VI.7.3 in fine.

profession proche de celle de l'avocat (par exemple des experts fiscaux), ou des personnes morales. Elle n'a pas été tranchée sur le principe, la commission se réservant toutefois expressément de refuser des demandes en ce sens, sur la base d'un examen concret des circonstances du cas d'espèce.

La commission a ensuite rappelé que l'organisation sous la forme d'une société anonyme constituait, pour des avocats déjà inscrits, une modification des indications le concernant, sujette à communication à l'autorité de surveillance, au sens de l'art. 12 let. j LLCA, à l'appui de laquelle il y aurait lieu de joindre les statuts, les règlements et les contrats correspondants, de même que la preuve d'une couverture d'assurance couvrant adéquate l'activité professionnelle des avocats employés, au vu de l'existence d'une société de capitaux (art. 12 let. f LLCA).

2.6 Genève

a. L'arrêt de principe (11 mars 2008)

A Genève, saisie d'une requête émanant des associés genevois du cabinet ayant fait l'objet de la décision zurichoise du 5 octobre 2006, la commission du barreau avait, dans une décision du 4 juin 2007, appliqué l'art. 10 al. 2 de la loi genevoise du 26 avril 2002 sur la profession d'avocat (LPAv-GE; RSG E 6 10)¹⁷², aux termes de laquelle l'association d'avocats ne peut revêtir la forme d'une société de capitaux, jugeant cette disposition conforme au droit fédéral comme concrétisation du principe d'indépendance prévu par la loi sur la libre circulation des avocats. Saisi d'un recours contre cette décision, le Tribunal administratif du canton de Genève l'a annulée par arrêt du 11 mars 2008, considérant que le législateur fédéral avait épuisé sa compétence en édictant les articles 8 et 12 LLCA, les cantons ne pouvant dès lors plus imposer de règles supplémentaires quant à l'indépendance des avocats¹⁷³. Il a considéré que l'art. 10 al. 2 LPAv-GE entravait de manière inadmissible le principe voulu par le législateur fédéral, tant dans la loi sur le marché intérieur que dans celle sur la libre circulation des avocats, selon lequel l'accès d'agents économiques actifs sur le même marché pertinent devait être possible aux mêmes conditions sur tout le territoire de la Confédération: il ne serait pas concevable que des avocats inscrits au registre cantonal genevois, désireux de s'organiser sous la forme d'une société de capitaux,

soient contraints soit d'y renoncer, soit de rejoindre une étude ainsi structurée, mais domiciliée dans un autre canton¹⁷⁴.

S'agissant de la condition d'indépendance, le Tribunal administratif du canton de Genève (qui statuait, rappelons-le, sur le cas de la même société anonyme qui avait fait l'objet de la décision de principe zurichoise), a fait siens les considérants de la décision zurichoise¹⁷⁵, avec la précision toutefois, en relation avec l'un des avocats titulaires d'un brevet suisse, mais exerçant son activité à une adresse commerciale à l'étranger, que celui-ci ne pouvait être admis comme actionnaire que dans la mesure où il se soumet aux mêmes règles professionnelles et déontologiques que les avocats exerçant dans l'Etat d'accueil et ce pour l'ensemble des activités qu'il exerce sur le territoire de celui-ci¹⁷⁶.

b. Les structures de droit étranger (29 avril 2008)

Dans un arrêt ultérieur, rendu sur recours contre une décision de la commission du barreau, le Tribunal administratif du canton de Genève a eu l'occasion de considérer qu'un avocat inscrit au tableau ne pouvait pas être l'associé d'un *Limited Liability Partnership* de droit anglais¹⁷⁷. Le motif n'était pas lié à la nature de la société (il s'agissait d'ailleurs d'une société de personnes, non d'une société de capitaux) ni au fait que l'avocat associé d'un LLP ne serait par hypothèse plus en mesure de respecter les obligations d'indépendance contenue dans les art. 8 al. 1 let. d et 12 let. b LLCA. Dès lors que tous les associés sauf un exerçaient la profession d'avocat en Suisse, il n'a pas été considéré contraire au principe de la liberté économique de faire primer l'intérêt public au caractère effectif de la surveillance incombant à l'autorité cantonale (plus aisée si la structure est régie par le droit suisse), ainsi que celui des justiciables à entrer en relation avec une forme commerciale reconnue en droit suisse, sur l'intérêt privé des avocats concernés à s'organiser sous une forme sociale de droit étranger qu'ils jugeaient la plus adaptée à l'organisation de leurs rapports internes¹⁷⁸.

c. La société unipersonnelle, le recours à des structures préexistantes et les exigences en matière de raison sociale (12 janvier 2010)

Début 2009, la commission genevoise du barreau a interdit à un avocat le recours à la forme de la société anonyme au motif que cela ne serait autorisé que pour une association entre plusieurs avocats, et non pour l'exercice de la profession par une seule personne. Dans

¹⁷² Cette règle qui, au moment où l'arrêt ici examiné a été rendu, disposait qu'une association d'avocats ne peut revêtir la forme d'une société de capitaux, a depuis été modifiée, pour prendre la teneur suivante: «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» (loi du 25 juin 2009, entrée en vigueur le 25 août 2009).

¹⁷³ Tribunal administratif, Genève, 11 mars 2008, ATA/111/2008, c. 4.c.

¹⁷⁴ Tribunal administratif, Genève, 11 mars 2008, ATA/111/2008, c. 4.c.

¹⁷⁵ Tribunal administratif, Genève, 11 mars 2008, ATA/111/2008, c. 6.

¹⁷⁶ Tribunal administratif, Genève, 11 mars 2008, ATA/111/2008, c. 5.

¹⁷⁷ Tribunal administratif, Genève, 29 avril 2008, ATA/201/2008.

¹⁷⁸ Tribunal administratif, Genève, 11 mars 2008, ATA/111/2008, c. 8.

ce contexte, la mention «& Cie» dans la raison sociale apparaissait en outre trompeuse. A enfin été considéré comme décisif en l'espèce le fait que la structure n'avait pas été créée pour l'occasion mais résultait de la fusion de diverses entités ayant eu, par le passé, d'autres activités, sous diverses raisons sociales, quand bien même les statuts en avaient été adaptés pour refléter toutes les exigences de l'arrêt de principe du Tribunal administratif, du 11 mars 2008.

Sur recours de l'avocat intéressé, le Tribunal administratif du canton de Genève a considéré que le fait qu'une société anonyme ait un actionnaire et un administrateur unique ne porte pas atteinte à la *ratio legis* des principes que doivent respecter les avocats exerçant leur profession sous la forme d'une société de capitaux.

Les exigences rappelées par le Tribunal administratif dans les arrêts examinés ci-dessus visent à assurer l'indépendance des avocats, exigée aux art. 8 al. 1 let. d et 12 let. b LLCA. Il serait à cet égard évident que lorsqu'une société de capitaux a, pour actionnaire et administrateur unique, un avocat inscrit au registre, la qualité de l'indépendance n'apparaît pas être atteinte, mais au contraire renforcée par rapport aux études constituées en sociétés de capitaux dont une partie de l'actionnariat voire des administrateurs, ne serait pas inscrite dans ce registre. La motivation qui pousse un avocat inscrit au registre à choisir pour son organisation la forme d'une société de capitaux n'aurait par ailleurs aucune pertinence, tant l'appréciation à faire à cet égard apparaît subjective¹⁷⁹.

Une attestation ayant été fournie, aux termes de laquelle les provisions pour risques et charges étaient couvertes par des avoirs liquides en banque, la société n'avait pas de crédit hypothécaire, les dettes en rapport avec la détention d'un immeuble avaient été remboursées plusieurs années auparavant, et l'actif net de la société représentait plus de 200'000 fr., le Tribunal administratif a considéré que rien ne s'opposait à la reprise de structures préexistantes fusionnées entre elles, dès lors que les statuts en étaient actuellement conformes aux principes retenus dans l'arrêt du 11 mars 2008¹⁸⁰.

La présence de la mention «& Cie» dans la raison sociale, dans le cas d'un avocat exerçant seul, a en revanche été jugée trompeuse au regard de l'art. 944 al. 1 CO et de la directive de l'OFRC du 1^{er} avril 2009 concernant l'examen des raisons de commerce et des noms. Dans la mesure où l'avocat concerné avait accepté d'y renoncer, cela n'a pas fait obstacle à l'admission de son recours¹⁸¹.

2.7 Argovie (28 mars 2008)

Dans sa communication de principe, la commission des avocats du canton d'Argovie a considéré que l'organisation des cabinets d'avocats sous la forme de la société anonyme était possible en principe. Elle a rappelé que, même dans ce cas, seules les personnes physiques autorisées à exercer la profession d'avocat étaient inscrites au registre, à l'exclusion de la société anonyme elle-même. Sur la question de l'indépendance, les considérations sont exactement celles de l'autorité zurichoise.

2.8 Saint-Gall (13 mai 2008)

La chambre des avocats du canton de Saint-Gall, tout en reconnaissant que la société anonyme ou la société à responsabilité limitée correspondent pour les avocats à un besoin économique, considère néanmoins que le droit positif ne permet pas à ceux-ci de s'organiser sous la forme d'une société de capitaux¹⁸².

Celle-ci est considérée comme incompatible avec la lettre de la loi pour le motif déjà retenu par les autorités du canton de Bâle-Campagne: un avocat entendant pratiquer dans le cadre du monopole ne peut pas être employé par une personne qui n'est pas elle-même inscrite en qualité d'avocat dans un registre cantonal; or une société anonyme ne peut pas en tant que telle être inscrite au registre cantonal des avocats; un avocat ne peut donc pas être employé par une société anonyme pour son activité soumise à autorisation¹⁸³.

Contrairement à l'opinion exprimée par d'autres autorités de surveillance, celle du canton de Saint-Gall considère que l'exercice de la profession d'avocat serait en outre incompatible avec l'intention du législateur, ce qui pourrait être déduit du refus de celui-ci d'ancrer dans la loi le principe de la libre organisation¹⁸⁴. En relation avec cette question, le Conseil national aurait clairement exprimé l'inadéquation des sociétés de capitaux pour l'exercice de la profession d'avocat en raison de l'inexistence d'un mécanisme efficace pour contrôler les rapports de participation; la question ne pourrait être réglée que dans le cadre du traitement, ultérieur, de la motion Cottier¹⁸⁵. Sur ce point, les autorités saint-galloises¹⁸⁶ donnent aux mêmes passages des travaux préparatoires un sens différent de celui qu'avait retenu la commission des avocats obwaldienne.

¹⁷⁹ Tribunal administratif, Genève, 12 janvier 2010, ATA/14/2019, c. 3.a.

¹⁸⁰ Tribunal administratif, Genève, 12 janvier 2010, ATA/14/2019, c. 3.b.

¹⁸¹ Tribunal administratif, Genève, 12 janvier 2010, ATA/14/2019, c. 3.c.

¹⁸² Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, AW.2008.11-AWK, c. 1.

¹⁸³ Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, AW.2008.11-AWK, c. 2.

¹⁸⁴ BO 2000 N 44.

¹⁸⁵ Voir par exemple l'opinion exprimée, en allemand, par le conseiller national Cina, BO 2000 N 42.

¹⁸⁶ Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, AW.2008.11-AWK, c. 3.

La nécessité d'une réglementation précise au niveau fédéral, en l'absence de laquelle il ne serait pas possible d'admettre l'exercice de la profession d'avocat en société de capitaux, serait aussi rendue évidente par des divergences de point de vue entre les diverses autorités cantonales compétentes, de celles qui admettent un sociétariat ouvert dans une certaine mesure à des personnes non inscrites en qualité d'avocats dans un registre cantonal, à celles qui ne tolèrent que les pures sociétés d'avocats. Ces différentes solutions seraient inacceptables, en ce sens qu'elles compromettraient la libre circulation des avocats: un avocat employé d'une société dont le siège est sis dans un canton admettant les sociétés mixtes pourrait-il être admis à pratiquer dans un canton où seule serait acceptée une société dont les parts sociales seraient exclusivement détenues par des avocats? Quid de l'inscription d'une succursale d'une société mixte dans les cantons plus restrictifs? Y aurait-il lieu, contre l'avocat employé d'une société mixte procédant dans un canton plus restrictif, à des procédures disciplinaires? Seule une intervention du législateur fédéral pourrait résoudre ces questions¹⁸⁷.

Par ailleurs, la chambre des avocats du canton de Saint-Gall considère que l'art. 12 let. b LLCA (exercice de la profession en son propre nom et sous sa propre responsabilité) impose l'existence d'une relation de mandat directe entre l'avocat et son client¹⁸⁸, comme un régime de responsabilité civile de l'avocat sur tous ses biens¹⁸⁹. L'admission des sociétés de capitaux permettrait en outre 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-ci¹⁹⁰. Enfin, le secret professionnel ne pourrait être garanti à l'égard du réviseur, le secret auquel celui-ci est astreint n'étant pas soumis aux mêmes règles que celui de l'avocat (notamment en relation avec le maintien de la maîtrise du secret même après que l'avocat en a été délié, art. 13 al. 1, seconde phrase, LLCA)¹⁹¹.

2.9 Vaud (27 octobre 2008)

Dans une décision prise sur la base d'une requête concrète, la chambre des avocats du canton de Vaud a

considéré, après examen de la jurisprudence précitée, que la constitution d'une étude d'avocats sous la forme d'une société anonyme ne viole pas, en tant que telle, les dispositions instaurées par la loi sur la libre circulation des avocats, en particulier l'exigence d'indépendance de l'avocat¹⁹².

Sur les buts de la société, l'autorité vaudoise est du même point de vue que la commission de surveillance du canton de Zurich: il n'est pas nécessaire de se référer expressément à la loi sur la libre circulation des avocats dans la rédaction de celui-ci; les buts accessoires doivent rester en relation avec le but principal, qui réside nécessairement dans l'exploitation d'une étude qui permette d'exercer en commun la profession d'avocat¹⁹³.

En relation avec le cercle des actionnaires, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité zurichoise, la chambre des avocats du canton de Vaud relève, que le fait que les actionnaires qui ne sont pas des avocats inscrits dans un registre ne représentent pas plus d'un quart des voix ne permet pas de résoudre toutes les questions inhérentes au respect de la loi sur la libre circulation des avocats¹⁹⁴. Elle exige par conséquent une disposition statutaire stipulant que seuls des avocats inscrits dans un registre cantonal peuvent être actionnaires de la société (en relation avec une règle prévoyant qu'un actionnaire ne peut être représenté au sein de l'assemblée générale que par un autre actionnaire). A cet égard, elle relève un certain nombre de points intéressants:

- même si les membres du conseil d'administration sont tous des avocats inscrits et si les actionnaires ne participent pas directement à la gestion de la société anonyme, le respect du secret professionnel par des actionnaires non inscrits dans un registre cantonal mais participant aux décisions de l'assemblée générale poserait des difficultés;
- un problème de dépendance économique existerait dans la mesure où des avocats doivent exercer leur activité pour le profit de personnes qui ne sont pas inscrites dans un registre cantonal; notamment en cas de difficultés financières, il y aurait lieu de craindre que, pour contenter des actionnaires même minoritaires mais, par hypothèse, nécessaires au financement des activités sociales, une influence contraire au principe d'indépendance soit prise notamment sur la politique d'acceptation des mandats;
- des alliances entre certains actionnaires inscrits et des actionnaires non inscrits permettraient éven-

¹⁸⁷ Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, AW.2008.11-AWK, c. 4. Sur le rôle de la loi sur le marché intérieur dans ce contexte, voir BIANCHI DELLA PORTA (n. 6), nos 58 et, surtout, 61 ad art. 2 LMI.

¹⁸⁸ Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, AW.2008.11-AWK, c. 5.a.

¹⁸⁹ Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, AW.2008.11-AWK, c. 5.b.

¹⁹⁰ Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, AW.2008.11-AWK, c. 5.b.

¹⁹¹ Anwaltskammer, Saint-Gall, 13 mai 2008, AW.2008.11-AWK, c. 5.c.

¹⁹² Chambre des avocats, Vaud, 27 octobre 2008, affaire 7/08, c. II.d. Dans le même sens, Chambre des avocats, Vaud, 19 novembre 2008, affaire 8/2008.

¹⁹³ Chambre des avocats, Vaud, 27 octobre 2008, affaire 7/08, c. III.A.

¹⁹⁴ Chambre des avocats, Vaud, 27 octobre 2008, affaire 7/08, c. III.B.c.

tuellement de mettre en minorité les autres actionnaires inscrits;

- des actionnaires, même minoritaires, peuvent avoir du pouvoir, notamment en relation avec l'instauration d'un contrôle spécial (art. 697a et 697b CO).

Pour l'autorité vaudoise, peu importe que le conseil d'administration, qui exerce la haute direction de la société et se trouve avec l'assemblée générale dans un rapport de parité et non de subordination¹⁹⁵, soit composé exclusivement d'avocats inscrits dans un registre cantonal; il serait nécessaire d'éviter que des tiers non inscrits dans un registre cantonal puissent participer aux décisions primordiales de l'assemblée générale¹⁹⁶.

A l'égard de la compétence du conseil d'administration de définir les règles fondamentales destinées à maintenir la réputation irréprochable de l'étude, éviter les conflits d'intérêts et assurer la viabilité économique des activités de la société, de fixer une politique concertée d'acceptation de mandats ou des lignes directrices en matière de facturation, la chambre des avocats a constaté que, l'assemblée générale et le conseil d'administration ne pouvant être composés que d'avocats inscrits dans un registre cantonal, les principes d'indépendance et de respect du secret professionnel étaient garantis, eu égard aussi au fait que tout pouvoir d'instruction ou de décision quant à la conduite et à l'exécution concrète des mandats confiés aux avocats actionnaires était exclu par les documents produits¹⁹⁷.

Sur le respect des règles professionnelles, les considérations de la chambre des avocats du canton de Vaud ne se distinguent pas fondamentalement de celle des autorités de surveillance des autres cantons qui admettent le principe de l'exercice de la profession en société de capitaux. Un point mérite toutefois d'être relevé: en relation avec l'art. 12 let. b LLCA, il semble clair pour la chambre des avocats, sans que cela ait besoin d'être précisé expressément dans les statuts, que la responsabilité personnelle de l'avocat demeure, que celui-ci soit employé d'une société anonyme ou pas; il reste *en outre* soumis au pouvoir disciplinaire de l'autorité de surveillance dont il dépend¹⁹⁸. Cela pourrait laisser entendre que l'autorité vaudoise part du principe que la responsabilité civile personnelle de l'avocat demeure et, peut-être, que le mandat lie personnellement l'avocat à son client, en tout

cas dans le cadre des affaires relevant du monopole de la représentation professionnelle de parties en justice.

2.10 Lucerne (3 novembre 2008)

L'autorité lucernoise de surveillance des avocats s'est penchée sur le «modèle zurichois» qu'avait adopté une étude locale. Pour l'essentiel, celui-ci a été approuvé sans considérations fondamentales nouvelles¹⁹⁹. Sur deux points toutefois, des modifications ont été requises.

Le requérant (actionnaire unique de la structure au moment de la requête) avait choisi, pour assurer la maîtrise d'avocats inscrits dans un registre cantonal suisse sur les décisions de l'assemblée générale, de prévoir que le pourcentage de tiers actionnaires ne pourrait excéder 25 % et que, à défaut de dispositions légales ou statutaires contraires, les décisions seraient prises à la majorité absolue des voix attribuées à toutes les actions. Pour les décisions visées par l'art. 704 al. 1 CO, pour l'élection des membres et du président du conseil d'administration ainsi que pour certaines décisions relevant de la loi sur la fusion, les statuts fixent la majorité requise aux deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et à la majorité absolue des valeurs nominales de toutes les actions. Pour l'élection des membres et du président du conseil d'administration, la majorité requise serait réduite à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées, pour le cas où une composition fonctionnelle des organes ne pourrait pas être assurée autrement. De plus, la représentation d'un actionnaire inscrit en qualité d'avocat dans un registre cantonal par un avocat inscrit à l'étranger était exclue; la représentation par un actionnaire dépourvu du brevet d'avocat restait possible. Ces deux éléments rendraient déjà la situation peu claire et même illogique à certains égards, pour le cas de l'entrée future de tiers au capital. En outre, les statuts n'exigeaient pas qu'une décision de l'assemblée générale ne puisse être prise qu'à une majorité réunissant plus de voix exprimées par des avocats inscrits dans un registre cantonal que par des tiers. Cela ouvrirait la porte, dans certains cas, à une perte du contrôle requis par des avocats, notamment en cas de décès de l'actionnaire unique, ou, après élargissement du cercle des actionnaires, au cas où un important actionnaire inscrit dans un registre cantonal renoncerait à ladite inscription ou décéderait, sans que la société ou les autres actionnaires inscrits dans un registre cantonal ne soient financièrement en mesure de racheter sa participation aux conditions de l'art. 685b al. 4 CO. Le seul «modèle zurichois» praticable serait donc celui dans lequel les statuts précisent expressément qu'une décision de l'assemblée générale ne peut venir à chef que si la majorité exprimée réunit l'accord de plus d'actionnaires inscrits dans un registre can-

¹⁹⁵ PETER/CAVADINI (n. 33), n° 2 ad art. 698 CO. Sur cette question, voir également OLIVIER BASTIAN, Délégation de compétences et répartition des tâches au sein du conseil d'administration. Rôles du conseil d'administration, de ses comités et de l'assemblée générale, thèse, Lausanne 2010, 7 ss.

¹⁹⁶ Chambre des avocats, Vaud, 27 octobre 2008, affaire 7/08, c. III.B.c.

¹⁹⁷ Chambre des avocats, Vaud, 27 octobre 2008, affaire 7/08, c. III.C.

¹⁹⁸ Chambre des avocats, Vaud, 27 octobre 2008, affaire 7/08, c. III.D.a.

¹⁹⁹ Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte, Lucerne, 3 novembre 2008, RSJ 105 (2009), 342 ss.

tonal que d'autres actionnaires (le calcul de vérification étant opéré par tête)²⁰⁰.

En outre, a été jugé insuffisant l'ancrage dans le règlement d'organisation de la règle selon laquelle les décisions du conseil d'administration ne peuvent être prises qu'à une majorité réunissant plus de voix exprimées par des avocats inscrits dans un registre cantonal que par d'autres administrateurs. En effet, le règlement d'organisation peut facilement être modifié par le conseil d'administration lui-même. La nullité de décisions prises en violation du règlement serait en outre controversée. Une disposition statutaire en ce sens a donc été exigée.

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

Sur un point au moins, il faut donner raison à l'autorité de surveillance saint-galloise: 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 insatisfaisantes²⁰¹. 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.

3.1 Nécessité d'une révision législative?

Une révision législative n'est pas nécessaire pour lever l'insécurité juridique qu'évoque l'autorité saint-galloise dans sa prise de position de principe: une décision du Tribunal fédéral permettrait d'assurer l'harmonisation souhaitable²⁰².

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 Cottier n'aura pas été concrétisée par un texte. Si le législateur a en effet renoncé à introduire dans la loi sur la libre circulation des avocats une clause générale autorisant toute forme d'organisation, 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 garanti²⁰³.

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 fait²⁰⁴. A cet égard, Maître Chapotard est un aussi mauvais modèle que Miles Massey²⁰⁵.

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 chasser²⁰⁶. 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 heureuse²⁰⁷, mise à la disposition de ses membres par la Fédération suisse des avocats²⁰⁸.

En réalité, la pluridisciplinarité est sans rapport avec l'exercice de la profession d'avocat en société de capitaux²⁰⁹: une telle société peut en effet être détenue et

²⁰⁰ Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte, Lucerne, 3 novembre 2008, RSJ 105 (2009), 342 ss, c. 11.1, 343 s.

²⁰¹ DE VRIES REILINGH/HOHENAUER (n. 74), 692 et 702.

²⁰² DE VRIES REILINGH/HOHENAUER (n. 74), 702.

²⁰³ Voir l'opinion exprimée par le conseiller national Alexander J. Baumann, BO 2000 N 43.

²⁰⁴ 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.

²⁰⁵ Sur le «conflit des anciens et des modernes» et les différentes représentations de la profession d'avocat, voir en particulier MEIER/REISER (n. 77), nos 33 ss ad art. 8 LLCA.

²⁰⁶ Cf. également BENOÎT CHAPPUIS, *La pratique du Barreau au sein d'une personne morale – réflexions de lège ferenda sous l'angle de l'indépendance de l'avocat*, Revue de l'avocat 2003, 263.

²⁰⁷ Voir ci-dessus ch. II.2.3.

²⁰⁸ 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».

²⁰⁹ 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, 226), non pas en ce sens qu'elle en constituerait un vice inhérent, mais bien en ceci qu'elle est un

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 cantonal²¹⁰: 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'appliqueront²¹¹.

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 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 souhaitant s'organiser en société de capitaux ne sont pas tenus d'obtenir une autorisation préalable de l'autorité de surveillance correspondante²¹², 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'étude²¹³, indication qui figure au registre cantonal des avocats (art. 5 al. 2 let. d LLCA). Toute exigence contraire serait incompatible avec l'art. 27 Cst²¹⁴.

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 avocats), 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 LLCA²¹⁵. A notre avis, il

corps étranger nuisible à la bonne compréhension du critère d'indépendance appliqué aux sociétés de capitaux d'avocats.

²¹⁰ Cf. supra, ch. 2.10, à propos de la préoccupation correspondante exprimée par l'autorité de surveillance du canton de Lucerne.

²¹¹ Voir à ce sujet, par exemple, CHRISTIAN M. REISER, La suppléance de l'avocat empêché, Revue de l'avocat 2009, 386 ss.

²¹² 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.

²¹³ Voir ci-dessus ch. II.2.1.

²¹⁴ En ce sens, même dans sa nouvelle teneur du 25 juin 2009 (voir n. 170), l'art. 10 al. 2 LPav-GE nous paraît contraire au droit fédéral.

²¹⁵ STAHELIN/OETIKER (n. 75), n° 37 ad art. 8 LLCA.

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'indépendance²¹⁶.

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 constitue une tâche intransmissible et inaliénable du conseil d'administration (art. 716a CO)²¹⁷. 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 associés, en relation avec le droit de ceux-ci à l'obtention de certains renseignements²¹⁸. 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»²¹⁹. 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 n'en soit irrémédiablement compromis. Il en irait en revanche autrement d'un pur investisseur financier²²⁰.

²¹⁸ Sur cette question, voir aussi GIANINI (n. 68), 480.

²¹⁹ CHRISTIAN FAVRE/MARC PELLET/PATRICK STODTMANN, Code pénal annoté, 2^{ème} éd., Lausanne 2004, n. 1.19 ad art. 321 CP. Voir aussi TRECHSEL/VEST (n. 132), n° 13 ad art. 321 CP, 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.

²²⁰ 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.

²¹⁶ BOHNET/MARTENET (n. 76), n° 2369, 964.

²¹⁷ MANFRED KÜNG, Anwaltskörperschaft und Unabhängigkeit, Revue de l'avocat 2008, 284.

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 sociale²²¹: au-delà de ces mécanismes de droit des sociétés, c'est finalement une question d'apparence²²². 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 société²²³. Dans cette optique, une approche purement mathématique du nombre d'associés tiers éventuellement admissibles est donc nécessairement insuffisante²²⁴. C'est ainsi que le «modèle zurichois», dans 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»²²⁵. 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»²²⁶ 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 indue 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 professions, 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 non²²⁷. 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 2006²²⁸ a pour but «la fourniture de services d'avocat et de notaire, conformément 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 cantonales²²⁹, 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 barreau²³⁰. 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»²³¹. L'autorité de surveillance du canton de la succursale, nouveau domicile professionnel principal de l'un des avocats de la société, procèdera à un «examen simplifié se fondant sur l'existence préalable d'une inscription dans [le] registre cantonal [du canton du siège principal]»²³²; en particulier, elle ne pourra tirer aucune conclusion de l'association avec un ou plusieurs notaires dans le canton du

²²¹ Cf. STAEHELIN/OETIKER (n. 75), n° 44 ad art. 8 LLCA.

²²² STAEHELIN/OETIKER (n. 75), n° 33 ad art. 8 LLCA.

²²³ Chambre des avocats, Vaud, 27 octobre 2008, affaire 7/08, c. III.B.c.

²²⁴ De la même manière, l'idée du capital-participation, évoquée par BOHNET/MARTENET (n. 76), 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 considérée comme constitutive pour les avocats de la société d'une dépendance financière inacceptable (à ce sujet, voir supra, cit. en n. 91 et 92).

²²⁵ BOHNET/MARTENET (n. 76), n° 2379 ss, 969.

²²⁶ BOHNET/MARTENET (n. 76), n° 2389, 973 s.

²²⁷ BOHNET/MARTENET (n. 76), n° 2376, 968.

²²⁸ 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.

²²⁹ GIANINI (n. 68), 474.

²³⁰ Sur la question de la succursale, voir BOHNET/MARTENET (n. 76), n° 2404, 981; BIANCHI DELLA PORTA (n. 6), n° 61 ad art. 2 LMI.

²³¹ JEANNERET/REISER (n. 114), n° 27 ad art. 6 LLCA.

²³² JEANNERET/REISER (n. 114), n° 27 ad art. 6 LLCA.

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.

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 CO²³³), 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 CO²³⁴)?

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 société²³⁵. 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 CP²³⁶, 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^{237, 238}. 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 professionnel²³⁹, 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 capitaux²⁴⁰. 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'administration²⁴¹. Cela est possible dans la société anonyme (art. 716b CO) et dans la société à responsabilité limitée²⁴².

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 inscrits.

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 exclue²⁴³. 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

²³³ Dans sa teneur du 16 décembre 2005, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008.

²³⁴ CHRISTOPHE BUCHWALDER, n° 11 ad art. 809 CO, in: Tercier/Amstutz (éds), Commentaire romand. Code des obligations II, Bâle 2008.

²³⁵ BOHNET/MARTENET (n. 76), n° 2390, 974.

²³⁶ BOHNET/MARTENET (n. 76), n° 2390, p. 974, et cit. en n. 214.

²³⁷ Cf. GIANINI (n. 68), 480.

²³⁸ 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.

²³⁹ Ci-dessus ch. IV.3.3.b.

²⁴⁰ GIANINI (n. 68), 484 ss.

²⁴¹ BOHNET/MARTENET (n. 10), n° 2393 ss, 976 s.

²⁴² BUCHWALDER (n. 231), 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.

²⁴³ Cf. LEMBO (n. 10), 377; SCHWARZ (n. 12), 234.

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 alliances, 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 avocats²⁴⁴). En pareil cas, il 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 anonyme²⁴⁵ et, surtout, dans celui de la responsabilité limitée²⁴⁶) 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 les angles 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 Cst²⁴⁷.

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 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 (commode 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 indue 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 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 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.

²⁴⁴ 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 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.

²⁴⁵ 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).

²⁴⁶ 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).

²⁴⁷ Cf. LEMBO (N. 10), 374.

En particulier, 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 comparaît 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)²⁴⁸. 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 applicables²⁴⁹. 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 civile²⁵⁰.

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-ci²⁵¹. 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 société, qui répondra en principe de la mauvaise exécution d'un mandat par un avocat employé²⁵². 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 avocats²⁵³.

Les règles sur le secret professionnel s'appliquent à l'avocat quelle que soit la forme sous laquelle il a choisi d'exercer sa profession. 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 prévienne expressément ou non, 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

²⁴⁸ ATF 124 III 363, c. 2.d, JdT 1999 I 402, SJ 1999 I 38.

²⁴⁹ LEMBO (n. 10), 380 s.

²⁵⁰ GIANINI (n. 68), 475 s.

²⁵¹ A ce sujet, voir les très justes développements de l'autorité de surveillance du canton d'Obwald, rappelés supra ch. IV.2.2.e.

²⁵² Du PASQUIER/FISCHER (n. 13), 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. 74), 693.

²⁵³ Voir ci-dessus ch. II.3.2; BOHNET/MARTENET (n. 10), n° 2423, 989.

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 l'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 associés 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.
