

# **Le contrat d'association**

## **au regard de la loi fédérale sur**

### **la libre circulation des avocats (LLCA)**

par

Olivier RIESEN\*

avocat inscrit au registre cantonal de Genève

BUGNION BALLANSAT EHRLER

[www.bbelaw.ch](http://www.bbelaw.ch)

Genève

Plan

#### I. Remarques introductives

1. Mission et rôle de l'avocat
2. Evolution de la profession d'avocat
3. Exercice seul ou à plusieurs ?
4. But commun

#### II. Degrés de collaboration

1. Etudes d'avocats avec partage de frais généraux
2. Etudes d'avocats avec partage du résultat

#### III. Clauses typiques

1. But et étendue de la coopération
2. Modalités d'organisation
3. Administration et gestion de l'étude
4. Prise de décision
5. Conflit d'intérêts
6. Assurance RC professionnelle
7. Bail et garantie de loyer
8. Secret professionnel
9. Indépendance
10. Entrée, sortie et exclusion d'un associé

#### IV. Conclusion

\*L'auteur tient à remercier son associée, Me Jeanne TERRACINA, avocate et ancien membre du Conseil de l'Ordre des Avocats de Genève, ainsi que M. Christian BORY, juriste d'entreprise, pour l'aide précieuse apportée dans la réalisation de cette contribution.

## Avant-propos

La complexité croissante des affaires et des litiges, l'accroissement des réglementations applicables, l'internationalisation du droit et des situations de fait<sup>1</sup> de même que l'augmentation de la productivité et la volonté de diminuer les frais conduisent les avocats à se regrouper. D'un partage des locaux à une structure intégrée, les solutions sont multiples et variées. Les diverses formes d'organisation d'une étude d'avocats, ainsi que les modalités conventionnelles et les conséquences juridiques que cela implique sont examinées du plus simple au plus complexe dans la présente contribution.

### I. Remarques introductives

#### 1. Mission et rôle de l'avocat

L'avocat est un praticien du droit qui exerce une profession indépendante soumise à autorisation, réglementée et surveillée par l'Etat tout en étant autorégulée, qui consiste en l'offre de services juridiques et qui se voit réserver dans une large mesure, l'exclusivité de la représentation en justice<sup>2</sup>. L'avocat exerce la représentation en justice devant les autorités judiciaires et administratives et garantit ainsi l'accès à la justice pour les justiciables qui lui confient la défense de leurs intérêts<sup>3</sup>. Dans ce contexte, son activité consiste à conduire des procédures pour y défendre les intérêts de ses clients, personnes physiques ou morales. L'avocat s'acquitte également d'une fonction de conseil juridique, notamment lorsqu'il s'agit de fournir des avis de droit, de rédiger des contrats ou des accords avec des tiers.

#### 2. Evolution de la profession d'avocat

La profession d'avocat a beaucoup évolué au cours de ces dernières années. Son exercice s'est transformé pour s'accommoder et suivre l'évolution de la société et de l'économie. Contraints d'offrir des services qui répondent aux besoins du marché, les avocats n'ont guère eu d'autre choix que de repenser la manière d'exercer leur profession.

Parallèlement à cette transformation, le cadre légal régissant la profession d'avocat a lui aussi passablement évolué en s'adaptant aux mutations du marché et de la société civile. Ainsi, l'adoption le 23 juin 2000 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (ci-après «LLCA») marque une étape importante dans ce processus. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi le 1er février 2002, la profession d'avocat s'exerce dorénavant dans un cadre réglementaire déterminé pour la première fois sur le plan fédéral. Outre le fait de garantir le principe tant attendu de la libre circulation, sur le plan national, des avocats qui exercent effectivement la représentation en justice, la LLCA définit les droits et obligations majeurs liés à la pratique du droit en Suisse. Les principes fondamentaux applicables à cette pratique ainsi que les exigences minimales en matière d'autorisation de pratiquer y sont ancrés. Ceci dit, la LLCA ne vise pas à réglementer tous les aspects de la profession d'avocat. En unifiant au niveau fédéral les règles professionnelles que tout avocat doit observer en Suisse, la LLCA permet non seulement d'éviter des problèmes de concours entre règles professionnelles cantonales, mais elle opère également une distinction claire entre règles

---

<sup>1</sup> SJ 1999 I p. 39

<sup>2</sup> BOHNET F./MARTENET V., Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 6-7

<sup>3</sup> GROSS J.-P., Cabinet d'avocat, firme ou société de services ? in : Revue de l'avocat 6-7/2002, p. 8

professionnelles (étatiques) et règles déontologiques (Standesregeln)<sup>4</sup>. Il en résulte que d'importants aspects liés à l'exercice de la profession d'avocat sont encore régis par le droit cantonal.

Bien que la LLCA ne contienne pas à proprement parler de dispositions réglementant et déterminant les formes d'organisation d'une étude d'avocats, les règles professionnelles contenues dans la LLCA imposent aux avocats des restrictions quant à leur liberté de s'organiser.

En d'autres termes, il faut en particulier déterminer si les exigences principales édictées par les règles professionnelles de la LLCA, notamment relatives au principe de l'indépendance, à l'interdiction de tout conflit d'intérêts et au respect du secret professionnel exigé de l'avocat ont une influence sur les formes d'organisation d'une étude et la structure de collaboration choisie pour l'exercice en commun de la profession d'avocat. Au même titre, la forme d'organisation et la structure d'exercice retenues influencent le régime de responsabilité de l'avocat, tant à l'égard des tiers que de ses associés éventuels<sup>5</sup>.

Dans les développements qui suivent, nous nous efforcerons de décrire les différentes formes d'organisation d'étude d'avocats et structures d'exercice que peuvent utiliser des avocats lorsqu'ils s'associent, ceci dans les limites tracées par la LLCA, les droits cantonaux régissant la profession d'avocat et les normes du droit privé fédéral. Pour ce qui touche au contrat d'association, les dispositions du Code des obligations (ci-après «CO») relatives aux contrats de société et aux sociétés de capitaux sont en effet largement applicables en la matière.

### **3. Exercice seul ou à plusieurs ?**

Avant toute chose, la question du choix de la structure d'exercice (seul ou à plusieurs) se pose à l'avocat. La figure de l'avocat exerçant sa profession de manière individuelle a longtemps constitué la règle. Aujourd'hui, bien qu'étant libres de pratiquer leur profession seuls, les avocats sont de moins en moins nombreux à le faire. En effet, ils s'adressent à des justiciables et des clients dont les besoins en conseils juridiques sont de plus en plus pointus et spécifiques.

Souvent, le client ne s'adresse pas uniquement à un avocat pour lui confier la défense de ses intérêts en justice mais attend de ce dernier une assistance juridique plus étendue. L'avocat a ainsi été conduit à étendre ses activités essentielles d'origine et à élargir son rayon d'action à d'autres domaines. A titre d'exemples, on relèvera que l'avocat pourra être appelé à exercer des activités de fiduciaire, de gestion de fortune, de conseil d'entreprise, de fusions et acquisitions, etc. Ainsi, il n'est pas rare que l'avocat se fasse assister par des auxiliaires (assistants, paralegals) dans l'exercice de son activité ou recourt à l'aide de spécialistes (expert-comptables, fiscalistes, conseillers en entreprise, etc.).

L'avocat qui fait le choix de pratiquer seul cherchera en plus à s'entourer d'un ou de plusieurs collaboratrices ou collaborateurs afin d'être en mesure de répondre aux attentes

---

<sup>4</sup> Message du Conseil fédéral du 28 avril 1999 relatif à la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, FF 1999, p. 5355

<sup>5</sup> BOHNET F./MARTENET V. (note 2), p. 923

accrues de la clientèle. Dans cette démarche, il devra toutefois observer les prescriptions de l'art. 8 let. d LLCA. Cette norme, outre le fait d'exiger que l'avocat soit en mesure de pratiquer en toute indépendance (cf. point III.9), précise que celui qui veut s'inscrire au barreau ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal. La restriction imposée par cette disposition au titre des conditions personnelles s'impose à l'avocat qui emploie un autre avocat afin de l'épauler dans son activité de représentation en justice.

Pour gagner encore en disponibilité, en efficacité et en ressources, l'avocat peut s'associer avec des confrères pour l'exercice de sa profession. Les formes d'organisation d'études d'avocats et les structures d'exercice sont multiples et couvrent des réalités souvent bien différentes. Elles vont de la pure association avec partage de frais entre deux praticiens à l'étude d'avocats pluridisciplinaire organisée sous la forme d'une société de capitaux dont le but est la recherche d'une rentabilité optimale et le partage des résultats.

Si, traditionnellement, les avocats s'associaient au sein d'une société simple (art. 530 ss CO) et fixaient dans un contrat d'association l'étendue du partage des frais d'exploitation et la hauteur des contributions aux coûts communs, on voit apparaître de plus en plus la constitution de sociétés, soit de personnes, soit de capitaux dans lesquelles les modalités de la collaboration ainsi que les droits et obligations de chaque associé à l'égard de ses coassociés résultent d'un contrat de société ou d'une convention d'actionnaires.

#### **4. But commun**

Un des éléments constitutifs d'un cabinet d'avocats est l'existence d'un but commun poursuivi par les associés. Le but commun est en quelque sorte l'élément moteur qui pousse les avocats à unir leurs efforts afin que chacun puisse tirer profit du résultat concret recherché par l'activité commune. On parle alors *d'animus ou d'affectio societatis*, soit la volonté de mettre en commun des biens, ressources ou activités en vue d'atteindre un objectif déterminé, d'exercer une influence sur les décisions et de partager non seulement les risques et les profits, mais surtout la substance même de l'entreprise<sup>6</sup>. En vertu de l'autonomie privée (art. 19 al. 1 CO), les avocats sont libres de fixer comme ils l'entendent le but qu'ils souhaitent atteindre<sup>7</sup>.

Le but commun sera déterminé en fonction du degré d'exercice collectif souhaité par les avocats. La collaboration entre avocats se fait-elle dans le but de partager les frais liés à l'exploitation du cabinet, tout en maintenant une relation individuelle avec les clients et par conséquent en laissant la gestion des mandats sous la responsabilité individuelle de chaque avocat ? Ou le but économique de la collaboration prédomine-t-il sur les rapports personnels avec la clientèle, en ce sens que l'exploitation en la forme commerciale de l'activité d'avocats est l'objectif ultime et où l'acquisition commune d'une clientèle et la gestion commune des mandats prennent le dessus ?

---

<sup>6</sup> ATF 99 II 303, p. 305

<sup>7</sup> SJ 2002 I 618, p. 620

## **II. Degrés de collaboration**

En fonction du degré de collaboration envisagé entre les associés et leur volonté ou non de poursuivre en commun un but économique, on peut répartir les études d'avocats en deux catégories distinctes. A savoir :

- les études d'avocats avec partage des frais généraux;
- les études d'avocats avec partage du résultat.

### **1. Etudes d'avocats avec partage des frais généraux**

Selon le degré de contribution aux coûts communs envisagé et le niveau de visibilité recherché par les avocats sur le plan externe, on peut distinguer deux types d'études dans cette première catégorie. Il s'agit des cabinets d'avocats avec partage des frais généraux visible uniquement sur le plan interne ou partiellement visible sur le plan externe.

#### **a) Etudes d'avocats avec partage des frais généraux visible uniquement sur le plan interne**

On parle de « pures » associations internes lorsque les avocats s'associent dans le but de contribuer en commun aux frais généraux de fonctionnement de l'étude (interne Unkostengemeinschaft)<sup>8</sup>. L'ampleur (partiel ou total) du partage des frais généraux et ses modalités dépendent de la volonté des associés. Ainsi, par exemple, les avocats ne supporteront ensemble que les coûts engendrés par la location des locaux et l'utilisation d'une salle de conférence, mais leur accord peut avoir une portée plus étendue et également englober le partage des coûts d'infrastructure et/ou d'investissement du cabinet.

Dans ce type d'association, la volonté de coopération des avocats n'existe que sur le plan interne. Elle est exclue à dessein sur le plan externe et l'élément communautaire n'est pas apparent (immédiatement) pour des tiers extérieurs. Les associés conduisent chacun les affaires qui leurs sont confiées en leur nom et pour leur propre compte. Sur le plan externe, l'étude n'apparaît pas sous une dénomination particulière et commune. Chaque avocat exerce et gère ses dossiers sous sa propre responsabilité, dispose de son propre papier à en-tête et est assujéti à titre individuel à la TVA. Dans ce cas, la pratique individuelle de l'avocat s'articule principalement autour des activités traditionnelles de l'avocat, à savoir la représentation en justice et son corollaire, la conduite de procès, le conseil juridique et enfin la fourniture d'avis de droit. Une collaboration ponctuelle entre un ou plusieurs avocats sur une affaire n'est évidemment pas exclue, mais elle fait l'objet d'un accord spécifique entre les partenaires.

---

<sup>8</sup> BOHNET F./MARTENET V. (note 2), p. 932, GROSS J.-P. (note 3), p. 9

## **b) Etude d'avocats avec partage des frais généraux partiellement visible sur le plan externe**

Ce type d'études d'avocats se caractérise par l'utilisation d'un nom et d'un papier à en-tête commun dans le but d'augmenter la visibilité de l'activité sur le plan externe. On parle alors également d'association de frais généraux avec dénomination commune (Bürogemeinschaft ; Kanzleigemeinschaft ; comunione di cancelleria)<sup>9</sup>. Les avocats coopèrent afin de rationaliser les frais généraux inhérents à l'exploitation d'une étude d'avocats tout en se faisant connaître comme un cabinet d'avocats, en vue d'augmenter la visibilité sur le marché. Les avocats n'ont pas pour but l'exercice en commun de la profession sur le plan financier, mais son exercice individuel dans une structure partagée<sup>10</sup>. Chaque avocat gère lui-même sa clientèle sous sa propre responsabilité et encaisse individuellement ses honoraires.

S'agissant plus particulièrement de la dénomination de l'étude, le choix se porte alors soit sur le nom de l'ensemble des associés ou sur celui de certains d'entre eux, soit encore sur un nom de fantaisie.

Concernant les frais généraux de l'étude, tels que les loyers, les salaires du personnel, les biens d'équipement et les dépenses pour les frais de bureau, ils sont partagés entre les membres du cabinet dans leur totalité ou partiellement dans des proportions diverses ou à parts égales.

## **2. Etude d'avocats avec partage du résultat**

A l'opposé, lorsque l'*animus societatis* consiste à créer une unité, tant sur le plan interne qu'externe, qui ne se limite pas seulement au partage des frais d'exploitation de l'étude, mais tend à la recherche d'une profitabilité commune, nous sommes alors en présence d'une communauté d'intérêts, aussi appelée étude intégrée (Anwaltsgemeinschaft ; comunione di avvocati)<sup>11</sup>.

En pareil cas, les coûts de fonctionnement de l'étude sont supportés dans leur totalité par la communauté formée par les associés. En revanche, les honoraires générés par les avocats travaillant pour l'étude sont réunis dans un « pot commun » avant d'être ensuite partagés entre les associés selon une clé de distribution déterminée par le contrat de société ou une convention d'actionnaires. La répartition se fait en fonction de critères tels que l'ancienneté, le chiffre d'affaires réalisé, l'acquisition de clientèle, le nombre d'heures de travail facturées aux clients, etc.

Dans ce type de structure, caractérisée par un degré d'organisation élevé, l'activité s'exerce généralement en la forme commerciale. Le Tribunal fédéral a retenu, depuis un certain temps déjà, que l'exploitation d'une entreprise commerciale peut aussi être admise dans l'exercice des professions dites « libérales »<sup>12</sup>. C'est le cas lorsque la recherche de rentabilité

---

<sup>9</sup> FELLMANN W., Rechtsformen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten, in: Revue de l'avocat 10/2003, p. 341 et BOHNET F./MARTENET V. (note 2), p. 933

<sup>10</sup> BOHNET F./MARTENET V. (note 2), p. 933

<sup>11</sup> BOHNET F./MARTENET V. (note 2), p. 934; FELLMANN W. (note 9), p. 341

<sup>12</sup> SJ 1999 I p. 38 et ss

prend plus d'importance que la relation personnelle avec le client, en particulier quand pour atteindre une rentabilité la plus élevée possible, une attention particulière est accordée à l'organisation, aux problèmes de financement et aux questions de planification relatives à l'étude<sup>13</sup>.

### **III. Clauses typiques**

Comme nous l'avons vu précédemment (cf. point I.3.), de plus en plus d'avocats s'associent afin d'exercer leur profession dans des structures communes, dont les degrés de collaboration et les formes d'organisation sont variables. Les formes d'organisation les plus courantes vont de la société simple aux sociétés de capitaux (SA/Sàrl) en passant par la société en nom collectif, la société simple restant cependant la forme d'association la plus fréquente.

L'*animus societatis* et la forme d'organisation choisie en fonction du degré de coopération souhaité, sont les éléments caractéristiques propres à chaque étude d'avocats. Ils résultent de la volonté des associés (art. 18 CO) et sont, en règle générale, matérialisés dans un contrat d'association ou un contrat de société, voire dans une convention d'actionnaires. Le contenu de l'accord varie en fonction du degré de collaboration retenu et du type d'étude d'avocats choisi par les parties (avec partage des frais généraux ou partage du résultat).

Nous nous attacherons à décrire, ci-après, dans les grandes lignes et de manière non exhaustive, les clauses essentielles et « communes » à de tels accords, en ayant à l'esprit le contrat d'association sous forme de société simple comme point de référence. Dans la mesure nécessaire, nous relèverons les solutions divergentes qui s'imposent aux associations d'avocats organisées sous la forme d'une société de capitaux en raison des exigences posées par la LLCA.

#### **1. But et étendue de la collaboration**

En premier lieu, il importe de définir au début du contrat quels sont les buts et les objectifs poursuivis par les partenaires contractuels ainsi que le degré de collaboration souhaité et la forme d'organisation adoptée. Ainsi, le contrat indiquera si la collaboration a pour seule vocation le partage des frais d'exploitation de l'étude (interne Unkostengemeinschaft) ou si elle tend à accroître la visibilité des associés sur le plan externe (Bürogemeinschaft), ou encore si la recherche d'une profitabilité commune caractérisée par l'exercice d'une activité en la forme commerciale est le but primaire des associés (Anwaltsgemeinschaft).

#### **2. Modalités d'organisation**

Les buts de la collaboration étant définis, il s'agit maintenant d'explicitier dans le contrat d'association les modalités d'organisation retenues par les associés. Même lorsque le degré de collaboration est ténu, il nous semble indiqué d'institutionnaliser des réunions d'associés (partners meetings) à échéance régulière. Leur fréquence sera déterminée en fonction des besoins et des nécessités de l'étude. A titre d'exemple, il semble utile de prévoir au minimum une réunion des associés lors de chaque bouclage annuel des comptes, ne serait-ce que pour évaluer l'évolution des frais généraux de fonctionnement du cabinet.

---

<sup>13</sup> BOHNET F./MARTENET V.(note 2), p. 935

### 3. Administration et gestion de l'étude

#### a) Dans la société simple

Selon les principes légaux en matière de société simple, tous les associés ont le droit d'administrer la société, à moins que le contrat ou une décision de la société ne l'ait conféré exclusivement soit à un ou plusieurs d'entre eux, soit à des tiers (art. 535 al. 1 et 2 CO). Lorsque le droit d'administration appartient à tous les associés ou à plusieurs d'entre eux (associés gérants), chacun d'eux peut agir sans le concours des autres. Un droit de veto est toutefois réservé à chacun des autres associés gérants qui pourront s'opposer à l'opération avant qu'elle ne soit consommée (art. 535 al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase CO). Dans les rapports avec les tiers, se sont les règles du droit commun sur la représentation des art. 32 et ss CO par renvoi de l'art. 543 al. 2 CO qui s'appliquent.

Les associés peuvent cependant déroger au système légal et convenir contractuellement de régler différemment les questions liées à l'administration et à la gestion de l'étude. Par exemple, il leur est possible de restreindre l'exercice du droit de veto à des domaines particuliers ou de l'exclure pour les opérations de gestion ordinaires. Les associés peuvent également déléguer les pouvoirs d'administration et de gestion de l'étude à l'un d'entre eux. Ce dernier aura alors la fonction d'associé gérant. Dans les rapports avec les tiers, l'associé gérant est présumé avoir le droit de représenter la société ou tous les associés envers les tiers (art. 543 al. 3 CO). La présomption du pouvoir de représentation d'un associé chargé d'administrer est irréfragable à l'égard des tiers de bonne foi<sup>14</sup>.

#### b) Dans une société de capitaux

Les statuts d'une SA peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers conformément au règlement d'organisation (art. 716b al. 1 CO). L'attribution des pouvoirs d'administration et les modalités de gestion étant alors déterminées par le règlement d'organisation. Toutefois, il nous semble indiqué de définir les règles applicables à l'administration et à la gestion de l'étude également dans la convention d'actionnaires. Souvent, la direction et la gestion du cabinet sera confiée à un seul associé (le managing partner) ou en fonction de l'organisation de l'étude à un ou plusieurs comité(s) d'associés. Au point I.2 ci-dessus, nous avons vu que les règles professionnelles contenues dans la LLCA imposent aux avocats le respect de règles strictes en matière d'organisation, afin de les protéger dans l'exercice de leur profession de tout risque d'influence émanant de personnes non inscrites dans un registre cantonal d'avocats ou de toute influence externe<sup>15</sup>.

Ainsi, pour répondre aux règles définies par la LLCA pour l'exercice de la profession d'avocat, en particulier aux exigences fixées à l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, à celles liées au respect du principe de l'indépendance de l'avocat (art. 12 let. b LLCA) et à la garantie du secret professionnel (art. 13 LLCA), la direction de l'étude ne peut être exercée que par des avocats inscrits dans un registre cantonal.

---

<sup>14</sup> SJ 1999 I 65, p. 69

<sup>15</sup> Voir, en particulier, la décision de la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich du 5 octobre 2006 et l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Genève du 11 mars 2008.

Cela étant, rien n'empêche de confier la gestion administrative de l'étude à une personne non inscrite dans un registre cantonal d'avocats. Il en résulte que la gestion de l'infrastructure, des ressources humaines, la tenue de la comptabilité ou la formation sont notamment des tâches qui pourront être déléguées à des personnes autres que des avocats inscrits<sup>16</sup>.

#### 4. Prise de décision

##### a) Dans la société simple

Pour la société simple, la loi prévoit que les décisions sociales sont prises du consentement de tous les associés (art. 534 al. 1 CO). La règle de l'unanimité n'est cependant pas impérative, sauf pour les cas où il y a péril en la demeure (art. 535 al. 3 CO *in fine*). Dans ce cas, la loi réserve une exception permettant à chaque associé d'agir rapidement sans avoir à rechercher l'accord préalable des autres associés. Mis à part ce cas de figure, les associés sont libres de retenir dans le contrat d'association des règles différentes. A titre d'exemple, on relèvera qu'ils pourront prévoir que les décisions seront prises à la majorité simple ou à une majorité qualifiée de deux tiers des associés. L'art. 534 al. 2 CO présume que la majorité se compte par tête. A nouveau, les associés sont libres de choisir une autre formule, tenant compte par exemple, de l'importance des parts détenues ou de l'ampleur des apports de chaque avocat.

##### b) Dans une société de capitaux

Dans la SA, le mécanisme de prise de décision à l'assemblée générale et au conseil d'administration devra tenir compte des exigences posées par la LLCA. La Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich, dans sa décision du 5 octobre 2006<sup>17</sup>, dont la solution a été reprise depuis lors par plusieurs autorités cantonales de surveillance, a retenu que les décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration ne peuvent être adoptées que lorsque la majorité ayant voté une décision est composée majoritairement d'avocats inscrits. En prenant appui sur la solution retenue et les principes dégagés par l'autorité zurichoise et afin de garantir le respect de la LLCA dans une étude organisée sous la forme d'une SA, les principes suivants s'imposent, en matière de prise de décision :

- aucune décision ne devrait être prise par une majorité de personnes non inscrites à un registre cantonal d'avocats ;
- les avocats inscrits devraient constituer la majorité des voix et détenir la majorité du capital-actions au sein de l'assemblée générale ;
- un quorum statutaire devrait être exigé pour que la majorité adoptant une décision soit composée majoritairement d'avocats inscrits ;
- au conseil d'administration, la majorité adoptant une décision devrait se composer majoritairement d'avocats inscrits et il devrait en aller de même pour les décisions prises par voie de circulation.

---

<sup>16</sup> BOHNET F./MARTENET V. (note 2), p. 976

<sup>17</sup> Décision de la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich du 5 octobre 2006

## **5. Conflit d'intérêts**

La LLCA impose, au titre des règles professionnelles, que l'avocat évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé (art. 12 let. c LLCA). Pour satisfaire à cette exigence, il nous paraît indiqué que la question des conflits d'intérêts soit traitée dans le contrat d'association, qui devrait prévoir un mécanisme permettant de vérifier en temps réel l'inexistence de tout conflit d'intérêts.

Ainsi, le contrat d'association peut prévoir qu'avant d'accepter tout nouveau mandat, chaque associé s'assure auprès de ses associés que l'acceptation d'une nouvelle affaire ne soulève pas de conflit d'intérêts dans un dossier ou avec un client existant. La consultation d'une base de donnée informatique, l'échange de courriers électroniques ou le recours à tout système fiable doit impérativement être mis en place afin de permettre à l'avocat de s'assurer de l'inexistence d'un éventuel conflit d'intérêts au sein de son étude.

Le contrat d'association peut encore prévoir un devoir d'information de chaque associé avant l'acceptation d'un mandat qualifié de « sensible ». Nous mentionnerons à titre d'exemple que le contrat d'association pourra prévoir que l'acceptation d'un mandat d'administrateur, l'exercice d'une fonction politique, de même que toute affaire pouvant présenter un danger pour la réputation de l'étude fera l'objet de l'approbation préalable du collège des associés.

## **6. Assurance RC professionnelle**

Selon l'art. 12 let. f LLCA, l'avocat doit être au bénéfice d'une assurance responsabilité civile professionnelle offrant une couverture adaptée à la nature et à l'étendue des risques liés à son activité. Bien que cette obligation s'impose de par la loi à l'avocat pratiquant seul, pour les études d'avocats se caractérisant par un degré de collaboration élevé (Bürogemeinschaft/Anwaltschaftsgemeinschaft), il est recommandé de traiter de la question de l'assurance RC professionnelle dans le contrat d'association. Les associés devront se demander s'ils entendent conclure une police d'assurance distincte pour chaque avocat travaillant au sein de l'étude ou s'ils veulent contracter une assurance RC professionnelle collective. Dans ce cas, ils devront déterminer le cercle des personnes couvertes, fixer l'étendue de la couverture requise et le type d'activités juridiques assurées. En pratique, plus le volume d'affaire et la taille du cabinet est grand, plus les études d'avocats organisées sous la forme d'une société de personnes ou de capitaux auront recours à une assurance RC professionnelle collective couvrant les risques financiers liés à une faute commise par les associés, les collaborateurs ou les auxiliaires dans l'exercice d'un mandat.

## **7. Bail et garantie de loyer**

Lorsque les avocats se regroupent dans une « pure » association interne dont le but primaire est de partager les frais généraux de fonctionnement de l'étude (interne Unkostengemeinschaft) ou dans une étude avec partage des frais généraux partiellement visible sur le plan externe (Bürogemeinschaft), il appartient au contrat d'association de définir clairement sur le plan interne l'étendue de la jouissance réservée à chacun des locaux pris à bail conjointement. En particulier, il s'agit d'indiquer précisément quelle partie des locaux est laissée à la libre disposition de chaque associé, de même qu'il convient de régler le droit d'utilisation des parties communes, celles-ci pouvant notamment consister en une salle de

conférence, une bibliothèque ou un local d'archives. En outre, sur le plan externe, les droits et obligations des associés vis-à-vis du bailleur, ainsi que les droits et les obligations des éventuels associés entrants ou sortants ainsi que le partage et le sort de la garantie de loyer en cas de sortie d'un associé ou de dissolution de l'association devront être réglés dans le contrat d'association.

## **8. Secret professionnel**

L'article 13 LLCA prescrit que l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession. Les conséquences pénales de la violation du secret professionnel sont quant à elles prévues à l'article 321 du Code pénal suisse (ci-après «CP»).

Bien entendu, le respect du secret professionnel s'impose également à l'avocat qui s'est associé à des confrères pour exercer sa profession dans une structure collective, que ce soit dans une étude d'avocats exploitée sous la forme d'une société simple, de personnes ou de capitaux.

S'agissant de la SA, le fait qu'un avocat exerce sa profession au sein d'une étude d'avocats dotée de la personnalité morale ne change en rien le fait qu'en vertu de la loi, il est lié par le secret professionnel. Dans ce contexte, il est à noter que la transmission d'information concernant la personne morale aux réviseurs ne constitue pas une violation du secret professionnel, ce d'autant plus qu'ils sont également soumis au secret professionnel. Au surplus, il est possible de recourir à des mesures pour garantir le secret professionnel, permettant notamment de ne pas divulguer l'identité des clients aux réviseurs de la SA. On songera aux mesures comparables utilisées en matière fiscale pour les études qui n'utilisent pas la méthode dite du solde. Selon la décision du 5 octobre 2006 de la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich, réviseurs et avocats sont sur un même pied d'égalité concernant l'art. 321 CP, de même, ils doivent respecter les mêmes devoirs de secret à l'égard d'un contrôleur spécial au sens de l'art. 697e CO.

## **9. Indépendance**

L'avocat doit être et rester indépendant dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire libre de tous liens pouvant l'exposer à quelque influence que ce soit de la part de tiers. A ce titre, l'avocat doit tout d'abord jouir d'une indépendance financière à l'égard de ses clients. Par conséquent, il lui est interdit d'être le débiteur ou le créancier de ses mandants. Ensuite, l'avocat doit être libre dans la façon de conduire ses mandats. Ainsi, il s'abstiendra de prendre et de recevoir des instructions de la part de tiers quant à la manière la plus appropriée d'agir dans l'exercice d'un mandat.

La LLCA aborde la question de l'indépendance de l'avocat sous deux angles. D'un côté, au titre des conditions personnelles, l'art. 8 al. 1 let. d LLCA prescrit que pour être inscrit au registre, un avocat doit être en mesure de pratiquer en toute indépendance; il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal. D'un autre côté, selon les règles professionnelles édictées par l'art. 12 LLCA, l'avocat est tenu d'exercer son activité professionnelle en toute indépendance, en son nom personnel et sous sa propre responsabilité. Dans le premier cas, la LLCA règle la question de l'indépendance du point de vue de l'inscription au registre, soit dans son aspect institutionnel, alors que dans le second cas, la LLCA vise l'indépendance dans l'exercice de la profession. Il est à noter qu'en

édicant les art. 8 et 12 LLCA, le législateur fédéral a épuisé sa compétence, les cantons ne pouvant dès lors plus imposer de règles supplémentaires quant à l'indépendance des avocats.

Pour les études d'avocats organisées sous la forme de la société simple, il est indiqué de rappeler dans le contrat d'association les règles et principes applicables aux associés en matière d'indépendance dans l'exercice de leur profession et ce sous les deux angles précédemment évoqués.

Pour l'avocat pratiquant au sein d'une personne morale, la situation se présente de manière plus complexe. Afin de garantir le respect de la condition d'indépendance, l'avocat doit démontrer qu'au vu de l'organisation de sa relation de travail, il n'existe aucun risque d'atteinte à son indépendance, respectivement à une pratique consciencieuse de sa profession et dans l'intérêt de ses clients. Il en résulte que pour les avocats employés par une étude d'avocats organisée sous la forme d'une société de capitaux, l'indépendance de l'avocat existe, s'il est garanti que cette étude est contrôlée de manière permanente par des avocats inscrits au registre des avocats. Dans ce sens, l'autorité de surveillance des avocats du canton de Zurich, dans sa décision précitée<sup>18</sup> a rappelé qu'il doit être garanti que la maîtrise de la société de capitaux demeure entre les mains d'avocats inscrits au registre des avocats, toute influence de personnes non-inscrites au registre des avocats, notamment lors de la conduite des mandats étant prohibée. A ce titre, elle recommande de fixer dans les statuts (en l'espèce, il s'agit d'une SA), ou par voie réglementaire, des limites aux instructions qui pourraient être données pour l'exécution des mandats professionnels<sup>19</sup>. Rien n'empêche de prévoir le même type de restrictions dans les statuts ou le règlement d'organisation d'une Sàrl.

## **10. Entrée, sortie et exclusion d'un associé**

Quelle que soit la forme d'exploitation choisie par les avocats, que ce soit dans une étude d'avocats exploitée en la forme d'une société simple, de personnes ou de capitaux, le nombre et la composition du collège des associés de l'étude n'est pas immuable. L'arrivée ou le départ d'un associé a des répercussions sur la vie et sur l'organisation d'une étude d'avocats qu'il convient de régler dans le contrat d'association.

a) Dans la société simple

i) Entrée d'un associé

Les conditions d'admission d'un nouvel associé seront en principe fixées dans le contrat d'association. Toute entrée d'un nouvel associé entraîne nécessairement une modification du contrat et suppose, à défaut d'une disposition contractuelle contraire, une décision unanime des associés existants. Au besoin, le nom de l'étude et les clauses touchant au mode d'organisation et d'administration, à la prise des décisions, au bail et à la garantie de loyer, etc. seront modifiées pour tenir compte de l'arrivée d'un nouvel associé au sein de l'étude.

---

<sup>18</sup> Décision de la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich du 5 octobre 2006

<sup>19</sup> BOHNET F./MARTENET V. (note 2), p. 977

ii) Sortie d'un associé

Un associé peut se retirer volontairement de l'association ou en être exclu. Dans les deux cas, il s'agit d'une résiliation du contrat d'association qui nécessite dans le silence du contrat l'accord de l'associé sortant et/ou de celui de tous les associés.

Le contrat d'association peut prévoir de restreindre les possibilités de départ d'un/des associé/s, par exemple, en imposant de longs délais de préavis. A ce titre, un délai de préavis de six mois semble être raisonnable. Il est également envisageable de prévoir des pénalités pour les associés sortants, voire même de les tenir subsidiairement responsables du paiement de certains frais fixes pour une durée qui excède celle du préavis de départ.

b) Dans une société de capitaux

Au vu des exigences posées par la LLCA et précisées par la jurisprudence, les associés ont intérêt à ce que les actions ou les parts sociales restent de manière durable entre les mains d'avocats inscrits au registre des avocats. Par exemple, dans une étude d'avocats organisée sous la forme d'une SA, les associés peuvent convenir que les actions de la SA seront détenues en main commune par tous les associés réunis au sein d'une société simple dont les modalités de fonctionnement seront fixées dans une convention d'actionnaires.

i) Entrée d'un associé

Il est recommandé de prévoir dans la convention d'actionnaire elle-même les règles applicables et les mécanismes d'adaptation nécessaires lorsqu'un nouvel associé fait son entrée dans la société. Il s'agira en particulier de déterminer les pouvoirs de décision attribués à l'associé entrant, de déterminer sa part au résultat et de traiter les questions touchant au mode d'organisation et d'administration (modifications des inscriptions au registre du commerce) liées à son arrivée.

ii) Sortie d'un associé

La convention d'actionnaires devra prévoir des règles permettant à un actionnaire de se retirer volontairement de la société. Dans ce cas, la convention d'actionnaires devra se pencher sur les conséquences liées à la sortie d'un associé, déterminer les modalités de départ et régler la question du transfert des actions.

En cas de départ forcé (exclusion ou décès) d'un associé, il est conseillé de prévoir dans la convention d'actionnaires des règles en matière de représentation des actions (art. 690 al. 1 CO) stipulant que la part des actions attribuées à chaque associé n'est pas transmissible, sauf avec leur accord unanime. Dans ce cas, la convention d'actionnaires devra également contenir une clause de continuation de la société malgré le décès d'un associé ou l'exclusion forcée de la part d'un associé.

Dans tous les cas, la sortie d'un associé, qu'elle soit volontaire ou involontaire, ne devra pas entraîner une modification du sociétariat au-delà des seuils de majorité fixés par la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich dans sa décision du 5 octobre 2006.

## IV. Conclusion

L'environnement économique et le cadre légal dans lequel les avocats sont aujourd'hui amenés à exercer leur profession a beaucoup évolué au cours de ces dernières années. Dans ces circonstances, les avocats n'ont guère eu d'autre choix que de repenser la manière d'exercer leur profession. Afin de répondre à des clients dont les besoins en conseils juridiques sont de plus en plus pointus et spécifiques, de gagner encore en disponibilité et en efficacité, les avocats n'hésitent plus à s'associer avec d'autres confrères pour exercer leur profession. Plusieurs degrés et niveaux de collaboration sont envisageables. D'un simple partage des locaux à une structure intégrée, les solutions sont multiples et variées. Si, traditionnellement, les avocats s'associaient au sein d'une société simple (art. 530ss CO), on voit apparaître de plus en plus des études d'avocats constituées en sociétés, soit de personnes, soit de capitaux. A ce titre, dans une décision rendue le 5 octobre 2006 faisant jurisprudence en la matière, la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich a accepté que des avocats puissent exercer leur activité professionnelle sous la forme d'une société anonyme.

Depuis lors, de plus en plus d'études d'avocats adoptent la forme d'organisation d'une société de capitaux dans le but de créer une unité, tant sur le plan interne qu'externe, qui ne se limite pas seulement au partage des frais d'exploitation de l'étude, mais tend en définitive à la recherche d'une profitabilité commune. L'avenir nous dira si le modèle d'étude d'avocats dite intégrée s'imposera majoritairement au sein de la profession au détriment de modèles plus traditionnels dont la vocation première est le partage des frais généraux de fonctionnement du cabinet. Dans ce contexte, il n'est pas exclu que la figure de l'avocat exerçant sa profession de manière individuelle vienne à disparaître de plus en plus.

\* \* \* \* \*