

Benoît Chappuis\*

# La pratique du barreau au sein d'une personne morale – Réflexions de lege ferenda sous l'angle de l'indépendance de l'avocat<sup>1</sup>

## I. Introduction

Si la figure de l'avocat exerçant sa profession de manière individuelle a longtemps constitué la règle, il n'est pas inutile de se demander si elle a résisté à l'épreuve du temps. En effet, certaines règles, dont nous nous plaignons à penser qu'elles sont intangibles et que nous admettons tels des axiomes, résultent peut-être plus de la conception que nous voulons avoir de nous-mêmes qu'elles ne découlent de contraintes juridiques<sup>2</sup>. Une remise en cause est alors possible et même souhaitable, ne serait-ce que pour nous assurer de la validité et des fondements des certitudes sur lesquelles nous nous reposons.

Une réflexion sur la structure juridique des études d'avocats s'impose aujourd'hui en raison de la libéralisation croissante des marchés des services. L'accord général sur le commerce des services de l'OMC (GATS) et la libre circulation des services au sein de l'Union Européenne («UE»)<sup>3</sup> favorisent la mobilité des prestataires de services, dont les avocats. La Suisse est elle aussi concernée par ce mouvement. Membre de l'OMC et partie aux accords bilatéraux récemment signés avec l'UE, elle va être exposée aux changements intervenant chez nos voisins européens notamment. Notre profession sera certainement appelée à remettre en cause certains de ses acquis au gré de cette confrontation.

D'autre part, le réexamen de la forme juridique des études d'avocats est aussi rendu nécessaire par l'évolution de la jurisprudence. Longtemps regardée comme ne s'appliquant pas aux professions libérales, la société en nom collectif est maintenant une réalité jurisprudentielle solidement acquise. La distinction simpliste entre ce qu'il est convenu d'appeler les grandes études et les petites études a perdu aujourd'hui une partie de son sens, notamment s'agissant de leur qualification juridique, puisque le plus récent arrêt rendu par l'*Obergericht* de Zurich, le 15 mai 2001 dans la cause n° LB000 068/U, a tenu pour société en nom collectif une étude de petite dimension.

Il n'est pas certain que cette évolution soit souhaitable ou favorable à la situation des avocats. Les règles drastiques de responsabilité (art. 567 al. 3 CO rendant la société responsable des actes illicites d'un associé) et l'absence de pérennité de la raison sociale (art. 947 CO) sont autant d'exemples d'inconvénients liés à cette forme juridique.

En cette matière, les différences culturelles et économiques de la Suisse conduiront probablement à des variations de conception. La vision du métier d'avocat et du cadre dans lequel

il doit s'exercer ne sera pas forcément la même en Suisse alémanique qu'en Suisse romande ou italienne. Elle variera entre les villes et les campagnes alors que le type des affaires qu'ils traitent conduira également les praticiens à jeter des regards divergents sur ces questions.

Cela étant, s'il est un point dont tout le monde s'accorde à dire qu'il est fondamental et indissociable de la profession d'avocat, c'est bien celui de l'indépendance. Cela est si vrai que la justification de la prohibition de la pratique du barreau dans le cadre d'une personne morale est classiquement mise en relation avec l'indépendance de l'avocat.

Le présent article tentera d'examiner s'il y a lieu d'admettre une telle incompatibilité.

A cette fin, il conviendra de définir la notion d'indépendance de l'avocat (*infra* II) avant de débattre du thème central qui, à mon sens, s'articule en deux volets:

- Un avocat peut-il être un employé d'une personne morale? Cette problématique a particulièrement retenu l'attention des tribunaux car en principe, un avocat ne peut pas être lié par un contrat de travail, celui-ci impliquant un lien de subordination entre l'employeur et le travailleur. Il en découlerait donc une entrave à l'indépendance (*infra* III).
- Les avocats peuvent-ils donner à leurs études la forme d'une société dotée de la personnalité juridique dont ils seraient les employés ou, dans la négative, est-il souhaitable qu'ils le puissent? (*infra* IV).

## II. De l'indépendance de l'avocat

Dans un récent arrêt<sup>4</sup>, le Tribunal fédéral a considéré que «le principe fondamental de l'indépendance est d'une importance capitale et mondialement reconnu».

J'ignore combien de fois dans sa jurisprudence notre Haute Cour a admis qu'un principe était «mondialement reconnu». Il est en tout cas certain qu'une telle consécration est absolument exceptionnelle en droit et est la manifestation claire de ce que le Tribunal fédéral, en accord avec la doctrine majoritaire, voit dans l'indépendance la caractéristique, sinon unique du moins essentielle, de notre métier.

L'indépendance parfaite est toutefois un mythe. Les origines des liens qui peuvent la mettre en péril, par la création de conflits d'intérêts par exemple, sont plus nombreuses que ce que les

\* Ancien bâtonnier, Genève.

exemples traditionnellement donnés par nos recueils déontologiques laisseraient penser. Nos convictions politiques, nos croyances religieuses, nos amitiés et relations sociales, nos obligations financières, par exemple, sont autant d'éléments susceptibles d'influencer notre liberté de jugement et notre indépendance dans la conduite du mandat dont nous avons la charge. L'avocat, comme tout homme, est influencé par son environnement. Il n'est pas absolument détaché du monde qui l'entoure et subit donc l'influence de facteurs extérieurs à son jugement propre. Même une personne seule agissant pour son propre compte peut avoir des intérêts divergents, en ce sens que la poursuite d'un certain objectif peut entrer en conflit avec celle d'un autre. En bref, une garantie d'indépendance parfaite ne peut être fournie au client; l'honnêteté de l'avocat et son éthique resteront toujours l'ultime rempart.

Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral, après avoir énoncé le caractère cardinal du principe de l'indépendance de l'avocat, a relevé qu'«il peut être aménagé de diverses manières selon les pays» et d'ajouter qu'à l'époque en tout cas, «les règles de chaque canton comport(a)ient des différences» (SJ 2001 I 383 consid. 4a).

L'indépendance certes donc, mais selon des modalités qui peuvent varier. La force et l'importance du principe n'ont pas pour corollaire une contrainte de forme et de contenu.

Des diverses manières d'appliquer le principe de l'indépendance, se dégagent quelques critères principaux. Ceux-ci se retrouvent souvent dans les codes de déontologie et énoncent que:

- l'avocat doit tout d'abord jouir d'une indépendance financière face à ses clients. Ce critère, rappelé également par le Tribunal fédéral, interdit à l'avocat d'être le débiteur ou le créancier de son client. Il s'agit à n'en point douter d'un point essentiel. Il sera vu qu'il n'est pas sans influence sur notre réflexion;
- l'avocat doit ensuite jouir de la liberté de conduire les mandats dans l'art et la manière qui lui semblent appropriés.

Le recours à ces deux critères de base a amené le Tribunal fédéral à mettre en exergue des situations prohibées pour un avocat:

- Le Tribunal fédéral a relevé d'entrée de cause que l'application de ces critères conduit à la conclusion que l'exercice de mandats pour le compte de l'employeur ou sous l'influence de celui-ci ne satisfait pas à cette exigence d'indépendance.

La liberté dont l'avocat doit jouir s'exerce en effet *erga omnes*, notamment à l'égard d'un employeur qui pourrait lui donner des instructions contraignantes propres au cadre hiérarchique du contrat de travail. Il y a donc une contradiction juridique entre la liberté d'action qui caractérise l'avocat et le lien de subordination existant entre l'employé et l'employeur, étant rappelé que cette contradiction est réputée admissible lorsque l'employeur est lui-même un avocat pratiquant le barreau, puisque les instructions qu'il donne à son employé doivent, par définition, être conformes à la déontologie à laquelle il est lui-même soumis.<sup>5</sup>

- Il n'est pas nécessaire qu'un véritable conflit d'intérêts surgisse; il suffit d'une mise en danger concrète pour qu'une dépendance incompatible avec le statut d'avocat soit avérée.

Ces premières considérations posent d'emblée les problèmes liés au statut d'employé pour un avocat.

### III. L'avocat employé d'une personne morale

Avant l'entrée en vigueur de la LLCA, régnait la diversité de nos législations cantonales. Il ne saurait être question de les passer en revue maintenant. Il suffira de rappeler ici que, tout au long des dernières décennies, le courant de doctrine largement majoritaire a toujours considéré que l'exercice de la profession d'avocat ne pouvait être le fait d'avocats salariés d'une personne morale. Un avocat est indépendant ou, à la rigueur, l'employé d'un autre avocat. La plupart des législations consacraient plus ou moins expressément ce principe.

Cette position n'est toutefois pas restée incontestée, à tel point même que ce principe n'a été incorporé que tardivement dans la LLCA lors du débat devant les Chambres fédérales. Selon le projet initial présenté par le Conseil fédéral<sup>6</sup>, il ne devait en principe pas être exclu que les avocats salariés puissent être inscrits au registre des avocats, aussi longtemps qu'aucun conflit ne naissait entre les intérêts des employeurs et ceux de la clientèle<sup>7</sup>. C'est donc qu'un courant – important – considérait que notre préoccupation d'aujourd'hui n'en était pas une et que l'avocat salarié devait, en principe, être considéré comme suffisamment indépendant pour pratiquer le barreau. Même si c'est finalement la vision traditionnelle qui s'est imposée, il nous faut garder à l'esprit que lors des débats parlementaires, certains députés ont même songé un temps à affirmer que le principe de la liberté de forme devait purement et simplement gouverner la création des études d'avocats.

Un cas d'analyse nous est fourni par l'arrêt déjà cité du Tribunal fédéral<sup>8</sup>, soit celui d'un avocat employé d'une société fiduciaire. Il ressort des considérants de cette décision que:

- (1) La personne morale, telle cette fiduciaire, est une entreprise à but lucratif avec ses différents domaines d'activité. Elle a donc des intérêts propres qu'elle est légitimement autorisée à poursuivre.
- (2) La personne morale a des liens contractuels et économiques avec de nombreux clients dans des domaines divers qui peuvent placer l'avocat employé dans une situation délicate en raison des conflits d'intérêts qui en résultent. L'exigence selon laquelle un avocat ne doit pas se trouver dans une relation de créancier ou de débiteur à l'égard de ses clients risque de ne pas être respectée, de façon indirecte, en raison des affaires commerciales dans lesquelles la personne morale pour laquelle il travaille est engagée.
- (3) Il y a un risque de contrariété entre les intérêts propres de la personne morale et ceux du client de l'avocat employé.
- (4) Les employés de la personne morale qui ne sont pas avocats<sup>9</sup> ne sont pas soumis aux mêmes règles déontologiques, dont l'application est ainsi mise en péril.
- (5) La problématique spécifique du secret professionnel renforce cette dernière conclusion.

- (6) La situation du secret professionnel est particulière dans l'ordre juridique suisse. On peut même dire qu'elle est exceptionnelle. Ce secret particulièrement fort, qui n'est pas une prérogative personnelle de l'avocat mais un droit de ses clients et un des fondements de notre système juridique, ne peut être mis en péril par sa dilution au sein de structures accueillant d'autres personnes que les stricts auxiliaires de l'avocat.
- (7) Il faut admettre l'existence de difficultés à garantir le secret à l'intérieur de l'entreprise et à l'extérieur dans les cas, notamment, où il y aurait une obligation de fournir des renseignements. On peut songer, par exemple, à des informations qui seraient dues à des actionnaires, à des autorités de surveillance ou autres organes de régulation auxquelles la personne morale pourrait être soumise en fonction de ses autres activités.

L'analyse de ces considérations du Tribunal fédéral montre que le plus problématique semble bien être la coexistence dans une même structure de différentes catégories de personnes soumises à des règles variables (des avocats et des non-avocats) et de différents domaines d'activité. On assiste donc plus à une mise en cause de la *multidisciplinarité* qu'à la critique de la structure juridique de la personne morale elle-même. C'est le fait d'être l'employé d'une société dont le but exclusif ne serait pas la pratique du métier d'avocat qui est tombé sous le coup de la décision des juges fédéraux. Le non-respect des règles déontologiques, la mise en danger du secret professionnel, le conflit entre les intérêts de la personne morale découlant de ses autres activités économiques et les intérêts du client de l'avocat étaient en effet des éléments qui étaient liés au seul fait de la pratique multidisciplinaire de la firme considérée.

Il n'est pas inintéressant de relever que c'est sur la base d'arguments similaires que la Cour de justice des communautés européennes a jugé, le 19 février 2002, compatible avec le droit européen le règlement édicté par les Ordres des avocats d'Amsterdam et Rotterdam interdisant à leurs membres d'exercer leur activité en collaboration intégrée avec des experts-comptables. La Cour a déclaré ceci:

*«Ces obligations déontologiques ont des implications non négligeables sur la structure du marché des services juridiques, et plus particulièrement sur les possibilités d'exercer conjointement la profession d'avocat et d'autres professions libérales actives sur ce marché.*

*Ainsi, elles imposent que l'avocat se trouve dans une situation d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, des autres opérateurs et des tiers, dont il convient qu'il ne subisse jamais l'influence. Il doit offrir, à cet égard, la garantie que toutes les initiatives qu'il prend dans un dossier le sont en considération de l'intérêt exclusif du client.*

*La profession des experts-comptables n'est, en revanche, pas soumise, en général et plus particulièrement aux Pays-Bas, à des exigences déontologiques comparables» (Arrêt, p. I-1689, ch. 101-103).*

En revanche, la plupart de ces arguments ne semblent pas mettre en lumière une incompatibilité absolue et de principe entre

la forme de la personne morale et l'exercice indépendant de la profession d'avocat.

Si l'avocat recourant avait été l'employé d'une société anonyme dont les actionnaires et les employés auraient été exclusivement des avocats et dont les activités auraient été exclusivement celles relevant de la pratique du barreau, le Tribunal fédéral aurait-il pu tenir le même raisonnement? En tout cas pas de la même manière et on peut sérieusement se demander si, posée en ces seuls termes, la question n'aurait pas été tranchée en faveur de l'avocat qui aurait démontré que le secret était sauvegardé, les règles déontologiques respectées et les conflits d'intérêts évités.

Poser cette question revient à se demander si les études d'avocats peuvent être constituées sous forme de sociétés dotées de la personnalité juridique, dont les avocats seraient les employés.

#### IV. La personne morale comme cadre de l'exercice de la profession d'avocat

Certains auteurs – et non des moindres (tels Nobel<sup>10</sup> ou Poledna<sup>11</sup> par exemple) – voient des possibilités d'une telle pratique, moyennant des conditions cadres.

Cette thèse est d'ailleurs à ce point actuelle et considérée comme admissible qu'elle a tout d'abord prévalu dans la première version de la LLCA qui a été soumise au parlement.

Il faut également se souvenir, et le point est d'importance, que la Commission de la concurrence a clairement pris position, dans la procédure de consultation relative à la LLCA, en faveur de la liberté aux avocats salariés de s'inscrire au registre des avocats. La Commission de la concurrence disait ne pas voir les motifs qui justifiaient que l'on traitât différemment les uns et les autres. Cette position était certes peu nuancée et non exempte d'un certain dogmatisme prônant une déréglementation en toute circonstance. Ladite Commission n'avait précisément pas vu les impératifs liés à l'indépendance de l'avocat et, contrairement à la Cour de justice des communautés européennes, a mésestimé ainsi les risques liés à la création de grands conglomerats de prestations de services auxquels sa position aurait inéluctablement conduit. Il n'en demeure pas moins que telle était encore récemment l'opinion d'une autorité fédérale de l'importance de la Commission de la concurrence dont nous savons l'influence que son ancien président, le professeur Pierre Tercier, a pu avoir sur nos règles déontologiques.

La question qui subsiste à mes yeux et qui n'a pas été abordée par le Tribunal fédéral dans son arrêt, l'occasion ne lui en ayant pas été donnée, est celle du capital social et de son appartenance. A qui la personne morale appartient-elle?

Même à considérer une personne morale ne déployant des activités que dans le strict domaine des prestations d'avocat et échappant de la sorte à la condamnation de la multidisciplinarité, il faudrait en effet s'interroger sur l'identité des propriétaires de cette société et leurs liens avec les avocats y exerçant leur profession.

On conçoit facilement que si les avocats sont eux-mêmes les seuls actionnaires, leur indépendance n'est pas en péril. Il en va à l'évidence différemment si les actionnaires sont des tiers investisseurs gardant le contrôle économique de la société. On peut imaginer sans difficulté des banques, des assurances, des fiduciaires créant ainsi des études qu'elles contrôlèrent sans même que leur mainmise ne soit forcément connue à l'extérieur. On voit bien qu'une telle situation serait inacceptable du fait de la perte totale ou partielle de l'indépendance des avocats travaillant dans un tel cadre.

## V. Conclusions

Le caractère fondamental de l'indépendance de l'avocat n'est plus à démontrer. Il me paraît que ce principe ne s'oppose pas, dans l'absolu, à l'adoption par les études d'avocats de la forme juridique de la personne morale.

En effet, les critiques formulées à l'encontre de la pratique du barreau dans un tel cadre semblent plutôt viser les situations où l'avocat exerce sa profession dans un contexte multidisciplinaire. Or même une fois la multidisciplinarité écartée, l'adoption de la forme de la société dotée de la personnalité juridique ne peut être faite sans réserves.

On peut retenir que les risques liés à une pratique multidisciplinaire, ainsi que ceux liés à l'appartenance du capital social, font que le recours sans limitation à la structure de la personne morale n'est pas adapté à la pratique du barreau dans une conception qui doit être défendue, soit celle de la pratique indépendante.

En revanche, on ne voit pas les motifs qui militeraient contre une pratique sous la forme d'une personne morale si des conditions cadres étaient adoptées. A mes yeux, elles devraient être les suivantes:

- (a) Seuls les avocats actifs et pratiquant devraient en être les gérants.
- (b) Seuls les avocats actifs dans la société devraient en être les propriétaires ou les associés, de façon à éviter que des «investisseurs» ne soient présents dans la société avec le risque, selon leur importance, de faire perdre leur indépendance aux avocats actifs.
- (c) La société ne devrait être ouverte qu'aux seuls avocats. En d'autres termes, il ne devrait pas y avoir de cohabitation de différentes catégories de personnes. A l'instar de la décision européenne précitée, la prohibition de la multidisciplinarité devrait être affirmée.
- (d) Il me paraît que la société en tant que telle devrait pouvoir assumer les mandats des clients et représenter les parties devant les tribunaux, un avocat responsable étant désigné et devant formellement apparaître à l'instar de ce qui existe en matière de révision bancaire par exemple de sorte que le régime des responsabilités soit clairement défini, en particulier pour le client.

Une telle évolution aurait à mes yeux les avantages suivants:

- Elle répondrait à une réalité de la pratique qui voit de plus en plus se développer des études, pas forcément de grande taille, qui exercent sous la forme de véritables entités, cela en décalage partiel avec leurs structures juridiques.
- Elle aiderait à régler les rapports juridiques entre les associés eux-mêmes d'une part et entre l'étude et les clients d'autre part.
- Elle permettrait notamment d'établir un régime de responsabilité externe et interne plus clairement défini quant au cercle des personnes concernées et quant à l'étendue de cette responsabilité d'autre part.
- L'ampleur des responsabilités assumées dans bon nombre de mandats et la question de leur couverture d'assurance rend une telle redéfinition nécessaire.
- Elle permettrait une pratique univoque en Suisse sans s'en remettre à des règles cantonales ou déontologiques, éventuellement divergentes, notamment en matière de multidisciplinarité.
- La désignation d'un avocat responsable de chaque mandat maintiendrait le lien personnel absolument nécessaire entre l'avocat et le client.

L'adaptation de notre profession à l'évolution de la société et aux transformations qui nous entourent est nécessaire. Il n'est pas question d'en imposer une vision unique, ne serait-ce qu'en raison des diversités culturelles et économiques de notre pays.

Nous devons néanmoins être assurés de pouvoir exercer notre métier dans le respect du principe de l'indépendance. Il appartient à la loi de veiller à ce que les conditions de cette indépendance soient garanties et respectées. Nos instances ordinaires cantonales et fédérales pourraient également y contribuer en recherchant un dénominateur commun de façon à donner à notre métier un cadre adapté à ses besoins.

- 
- 1 Cet article est inspiré d'une conférence donnée à l'occasion de la Journée des bâtonniers 2003 de la Fédération suisse des avocats, le 1<sup>er</sup> avril 2003 à Berne.
  - 2 Cf., par ex., FRANZ WERRO, Les conflits d'intérêts de l'avocat, in: *Droit suisse des avocats*, Ed. Stämpfli, Berne 1998, p. 239 en ce qui concerne l'interdiction du *pactum de quota litis*.
  - 3 Voir, en particulier, la Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998, Journal officiel n° L 077 du 14/03/1998.
  - 4 ATF du 8 janvier 2001, cause n° 2P.187/2000 in SJ 2001 I 381.
  - 5 Voir également l'exception de l'art. 8 al. 2 de la LLCA concernant les avocats employés par des organisations reconnues d'utilité publique.
  - 6 Message du 28 avril 1999, FF 1999 5331.
  - 7 FF 1999 5369, N. 233.22.
  - 8 ATF du 8 janvier 2001, cause n° 2P.187/2000 in SJ 2001 I 381.
  - 9 Ou qui ne sont pas ses auxiliaires (secrétaires, etc.) au sens de l'art. 321 CP dans le cadre de sa pratique d'avocat.
  - 10 PETER NOBEL, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwälten: Organisationsfreiheit für Anwälte! in: *Festschrift SAV: Schweizerisches Anwaltsrecht*, Hrsg. Walter Fehlmann, Claire Huguenin Jacobs, Tomas Poledna, Jörg Schwarz, Ed. Stämpfli, Berne 1998.
  - 11 TOMAS POLEDNA, Anwaltsmonopol und Zulassung zum Anwaltsberuf – Streiflichter in vier Thesen, in: *Festschrift SAV: Schweizerisches Anwaltsrecht*, Hrsg. Walter Fehlmann, Claire Huguenin Jacobs, Tomas Poledna, Jörg Schwarz, Ed. Stämpfli, Berne 1998.