

La profession d'avocat

Tome II

La pratique du métier :

De la gestion d'une étude et

la conduite des mandats

à la responsabilité de l'avocat

Benoît Chappuis

Avocat

Professeur titulaire aux Universités de Genève et Fribourg

Table des matières

Abréviations	XVII
Bibliographie	XXIII
Publications générales	XXIII
Publications sur le droit de l'avocat	XXX
Introduction	1
I. La gestion et la conduite d'une étude	5
A. Le rôle des principales obligations légales de l'avocat dans la gestion d'une étude	5
1. L'obligation de soin et de diligence	6
2. L'indépendance	8
a) L'indépendance financière et les emprunts de l'avocat	8
(i) <i>La nécessité de l'emprunt</i>	8
(ii) <i>La question de l'indépendance structurelle</i>	9
(iii) <i>La question de l'indépendance en tant que règle professionnelle</i>	10
b) L'indépendance juridique	11
c) L'influence de l'exigence d'indépendance sur le problème particulier des locaux	12
(i) <i>Les exigences de base</i>	12
(ii) <i>Le partage des locaux avec des tiers non-avocats</i>	12
3. Le secret professionnel	13
a) Généralités sur le devoir de préservation du secret	13

b)	L'organisation des locaux et le respect du secret	14
	(i) <i>Les qualités générales des locaux</i>	14
	(ii) <i>La réception des clients</i>	14
c)	La confidentialité de la correspondance et des télécommunications	15
	(i) <i>Généralités</i>	15
	(ii) <i>La correspondance postale</i>	16
	(iii) <i>Les télécopies et les emails</i>	16
	(iv) <i>Les communications téléphoniques</i>	18
d)	Les moyens informatiques et le respect de la confidentialité	19
	(i) <i>La surveillance du service informatique</i>	19
	(ii) <i>L'outsourcing en matière informatique</i>	20
	(iii) <i>Les mesures de prudence à prendre par les avocats</i>	20
	(iv) <i>Smartphones et tablettes</i>	21
	(v) <i>Le remote access, les réseaux sociaux et le cloud computing</i>	22
	(vi) <i>Les photocopieurs et imprimantes</i>	24
e)	L'organisation et la tenue des dossiers	24
	(i) <i>Les principes généraux</i>	24
	(ii) <i>Les dossiers d'avocat soumis au secret professionnel</i>	26
	(iii) <i>Les dossiers d'avocat non soumis au secret professionnel</i>	27
	(iv) <i>L'archivage et la destruction des dossiers</i>	28
f)	Les règles en matière d'outsourcing et de contrats passés avec des tiers	29
g)	La facturation face au secret professionnel	31
h)	Les règles concernant le personnel de l'étude	33
4.	La prohibition des conflits d'intérêts	33
	a) <i>Le principe</i>	33

b)	Le système de gestion des conflits d'intérêts	34
c)	Les difficultés pratiques de la détection des conflits d'intérêts	35
B.	La structure de l'étude	38
1.	La forme juridique de l'étude	38
a)	L'exercice individuel	38
b)	La société simple	39
(i)	<i>Les principes de base</i>	<i>39</i>
(ii)	<i>Les conséquences d'une appellation commune</i>	<i>39</i>
(a)	<i>La pratique de l'appellation commune</i>	<i>39</i>
(b)	<i>L'apparence juridique</i>	<i>40</i>
(c)	<i>La notion de raison sociale et ses conséquences juridiques</i>	<i>41</i>
(d)	<i>L'appellation commune et ses conséquences sur les conflits d'intérêts</i>	<i>41</i>
c)	La société en nom collectif	41
(i)	<i>L'exigence de l'activité commerciale</i>	<i>41</i>
(ii)	<i>L'organisation moderne des études et ses conséquences juridiques</i>	<i>42</i>
(iii)	<i>Le régime de responsabilité des associés</i>	<i>43</i>
(iv)	<i>L'existence de mandats individuels des associés</i>	<i>44</i>
(v)	<i>L'opportunité du recours à la forme de la société en nom collectif</i>	<i>44</i>
d)	La personne morale	44
2.	Le mode interne de partage entre associés	46
a)	Le partage interne des frais	47
b)	L'étude intégrée	47
C.	La gestion de l'étude	47
1.	Le concept de gestion d'une étude	47
2.	La gestion financière	49

a)	Le financement de l'étude	49
b)	La facturation	49
	(i) <i>Les honoraires</i>	50
	(ii) <i>La demande de provision</i>	51
	(a) <i>Le principe de la provision</i>	51
	(b) <i>Le rapport entre la provision et le montant des honoraires</i>	51
	(c) <i>Les difficultés pratiques liées à la demande de provision</i>	52
	(d) <i>Le traitement comptable de la provision</i>	52
	(iii) <i>La facturation régulière</i>	53
	(iv) <i>La facturation détaillée</i>	54
	(v) <i>Le recouvrement des honoraires</i>	55
c)	La comptabilité et la révision des comptes	56
	(i) <i>Généralités</i>	56
	(ii) <i>La réforme du droit comptable</i>	56
	(a) <i>Les buts de la réforme</i>	56
	(b) <i>La comptabilité ordinaire</i>	57
	(c) <i>La comptabilité restreinte</i>	57
	(d) <i>L'application des nouvelles règles aux études d'avocat</i>	58
	(e) <i>Le droit transitoire</i>	59
	(iii) <i>Le mode de comptabilisation : l'encaissement ou la facturation</i>	60
	(iv) <i>La révision des comptes</i>	60
	(a) <i>Les exigences légales</i>	60
	(b) <i>La révision en tant qu'élément de la gestion des risques</i>	61
	(c) <i>La révision des comptes face au secret professionnel</i>	61
d)	La gestion des liquidités	62
	(i) <i>Les principes généraux</i>	62

	(a)	<i>Le budget des liquidités</i>	63
	(b)	<i>Le délai de paiement des honoraires</i>	64
	(c)	<i>L'impact des impôts et des assurances sociales</i>	65
	(d)	<i>Le rôle des crédits bancaires</i>	65
	(ii)	<i>Le compte de provisions</i>	66
	(iii)	<i>Les conséquences de la ségrégation des avoirs des clients</i>	67
3.		La fiscalité et les assurances	68
	a)	La fiscalité	68
		(i) <i>L'impôt sur le revenu</i>	68
		(ii) <i>La TVA</i>	69
		(a) <i>L'assujettissement des prestations d'avocat</i>	69
		(b) <i>L'imposition des provisions</i>	70
		(c) <i>Le non assujettissement des prestations effectuées à l'étranger</i>	70
		(d) <i>L'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la LTVA</i>	71
		(e) <i>La question du secret professionnel</i>	71
	b)	Les assurances sociales	72
		(i) <i>Les assurances obligatoires</i>	72
		(a) <i>Les assurances sociales couvrant l'avocat</i>	72
		(b) <i>Les assurances sociales couvrant le personnel</i>	73
		(ii) <i>Les assurances sociales facultatives</i>	73
	c)	L'assurance responsabilité civile	75
		(i) <i>La couverture obligatoire des activités typiques</i> ...	75
		(ii) <i>Les activités assimilées aux activités typiques</i> ...	75
		(iii) <i>La couverture des activités atypiques</i>	76
		(iv) <i>Les activités mixtes</i>	77
		(v) <i>La couverture des prétentions découlant d'actes illicites</i>	78
		(vi) <i>La couverture des activités à l'étranger</i>	79
		(vii) <i>La période couverte</i>	80

D.	Le marketing et la publicité	81
1.	Les principes régissant la publicité et leur application pratique	81
2.	Les moyens de publicité	83
a)	Les annuaires professionnels	83
b)	Le site internet de l'étude	84
	(i) <i>La nécessité d'un site internet</i>	84
	(ii) <i>Les informations personnelles contenues sur le site</i>	84
	(iii) <i>La description des services rendus par l'étude</i>	85
	(iv) <i>La mise en avant de la gouvernance d'entreprise et de la compliance</i>	85
	(v) <i>La mise en avant des activités pro bono</i>	86
	(vi) <i>La mention d'affaires traitées par l'étude</i>	86
c)	Les brochures	86
d)	Les <i>mailings</i>	87
e)	L'organisation ou la participation à des événements ou des conférences	87
3.	Les coûts de la publicité	88
E.	La gestion des risques	89
1.	Le respect de la loi : les tâches de <i>compliance</i>	89
a)	Le principe de <i>compliance</i> en général	89
b)	La <i>compliance</i> dans les études d'avocat	90
c)	Les bénéfices résultant de la <i>compliance</i>	90
2.	Les risques de réputation	91
a)	Les risques liés aux conflits d'intérêts et à leur gestion	91
b)	Les risques liés à la clientèle	92
	(i) <i>Les principes de base</i>	92
	(a) <i>La distinction entre les risques juridiques et les risques d'image</i>	92
	(b) <i>Les règles régissant l'acceptation des nouveaux mandats</i>	93

	(ii)	<i>La distinction entre les activités judiciaires et les activités de conseil</i>	94
	(iii)	<i>Les mesures de prudence en cas de doutes</i>	95
c)		Les risques d'exposition médiatique	96
d)		Les risques liés à la gestion du personnel et à la protection de ce dernier	98
3.		Les risques de responsabilité ou de conflit contractuel ..	100
	a)	Généralités	100
	b)	Le maintien de la qualité des services rendus aux clients en tant que facteur de limitation des risques	101
	(i)	<i>Les mesures générales pour le maintien de la qualité des services</i>	101
	(ii)	<i>La fonction de la formation continue comme facteur de limitation des risques</i>	102
	(iii)	<i>Les enjeux de la spécialisation</i>	105
	(a)	<i>La situation sur le marché des services juridiques</i>	105
	(b)	<i>La situation légale et les programmes de formation</i>	107
	c)	Le suivi de la couverture d'assurance	108
	d)	Le contrat de mandat conclu avec le client	109
	(i)	<i>La nécessité d'une relation juridique claire</i> .	109
	(ii)	<i>Le droit applicable et le for</i>	110
	(a)	<i>La désignation légale de la loi applicable</i>	110
	(b)	<i>Le choix des parties et ses limites</i>	111
	(c)	<i>L'élection de droit pour les prétentions dérivant d'actes illicites</i>	112
	(d)	<i>Les risques liés à la désignation du droit étranger</i>	113
	(e)	<i>La clause d'élection de for</i>	114
	(f)	<i>La question de la qualification</i>	115
	(iii)	<i>La désignation des avocats appelés à exécuter le mandat</i>	115
	(iv)	<i>Les honoraires</i>	116

(a)	<i>L'accord passé avec le client</i>	116
(b)	<i>L'accord sur honoraires passé avec une assurance ou une société de financement de procès</i>	117
(v)	<i>Les communications électroniques</i>	120
(vi)	<i>Les clauses contractuelles de limitation de responsabilité</i>	120
e)	La forme juridique de l'étude en tant que limitation des risques	121
4.	Les risques de blanchiment	122
5.	Les autres risques	123
a)	Les risques d'accident ou de catastrophe et les <i>business continuity plans</i>	123
(i)	<i>La mise en place des mesures adéquates</i>	123
(ii)	<i>L'influence des catastrophes et des risques naturels sur la responsabilité de l'avocat</i>	125
b)	Les risques criminels contre l'avocat et son étude	127

II. La responsabilité de l'avocat 129

A. La responsabilité contractuelle 129

1.	Généralités sur la relation contractuelle entre l'avocat et son client	130
a)	La qualification du contrat	130
(i)	<i>Le contrat de mandat</i>	130
(ii)	<i>Le contrat d'entreprise : les legal opinions</i>	130
2.	Le mode d'exécution du contrat	132
a)	Le principe de l'exécution personnelle	132
b)	Le recours à un auxiliaire	133
c)	Le recours à un substitut	134
(i)	<i>La notion de substitut</i>	134
(ii)	<i>La substitution autorisée : l'intérêt du mandant</i>	135
.	Les principales obligations contractuelles de l'avocat	137

a)	Les obligations de fidélité et de diligence	137
(i)	<i>L'obligation de fidélité</i>	138
(ii)	<i>L'obligation de diligence</i>	138
(a)	<i>Les critères objectifs de détermination de l'obligation de diligence</i>	138
(b)	<i>Les accords contractuels sur l'étendue de la diligence due</i>	140
(c)	<i>Le cas particulier de l'avocat spécialiste</i>	142
b)	Le devoir d'information	144
(i)	<i>Le devoir d'information général sur l'affaire</i>	145
(ii)	<i>Le devoir d'information sur les risques</i>	145
(iii)	<i>Le devoir d'information sur les frais</i>	147
(vi)	<i>Le devoir d'information sur les honoraires</i>	149
c)	Le respect du secret professionnel	149
B.	Les principes essentiels de la responsabilité contractuelle du mandataire	149
1.	Les principes institués par l'art. 398 al. 1 CO	149
2.	La responsabilité pour faute	150
3.	La responsabilité pour les auxiliaires (art. 101 CO)	151
4.	La responsabilité en cas de substitution (art. 399 CO) ...	154
a)	Les conditions et l'étendue de la responsabilité	154
b)	Le choix du substitut et les conventions de commission d'apport d'affaires	155
C.	La violation du contrat	156
1.	Les différentes formes d'inexécution du mandat	156
a)	L'inexécution et l'exécution défectueuse	156
b)	La violation d'obligations principales et d'obligations accessoires	156
2.	Les principales violations du mandat d'avocat	157
a)	La violation de l'obligation de diligence	157

(i)	<i>L'établissement inexact de l'état de fait et l'absence de vérification des indications données par le client</i>	157
(ii)	<i>La méconnaissance de principes juridiques</i>	158
(a)	<i>Les règles de droit claires</i>	158
(b)	<i>La question de la jurisprudence non publiée</i>	159
(c)	<i>Les questions juridiques indéterminées</i>	163
(d)	<i>La question du droit étranger</i>	165
(iii)	<i>L'inobservation des instructions du client</i>	166
(a)	<i>La notion d'instruction</i>	166
(b)	<i>La validité des instructions</i>	167
(c)	<i>Les conséquences de l'inobservation des instructions</i>	169
(d)	<i>Le cas particulier des instructions au sein de la personne morale</i>	170
(iv)	<i>Le conseil inapproprié</i>	171
(v)	<i>L'exécution défectueuse en matière judiciaire</i>	172
(a)	<i>La désignation erronée des parties</i>	172
(b)	<i>La désignation erronée de l'objet du litige</i>	174
(c)	<i>Les défauts de l'argumentation et de sa présentation</i>	175
(d)	<i>Le défaut d'allégation ou de contestation des allégués</i>	176
(vi)	<i>L'inobservation d'un délai</i>	178
(a)	<i>Les délais de prescription et de péremption</i>	178
(b)	<i>Les délais d'action fixés par le droit de fond</i>	179
(c)	<i>Les délais de procédure</i>	181
(vii)	<i>L'inaction</i>	182
(viii)	<i>L'inaction de l'avocat en cas d'acceptation tacite du mandat selon l'art. 395 CO</i>	184
(a)	<i>Le principe de l'art. 395 CO</i>	184
(b)	<i>L'application de l'art. 395 CO aux contacts téléphoniques</i>	185

(c)	<i>L'application de l'art. 395 CO aux contacts par email</i>	186
(d)	<i>La portée pratique de l'art. 395 CO : le traitement des mesures urgentes</i>	187
(ix)	<i>La résiliation en temps inopportun</i>	188
(x)	<i>La violation du secret professionnel</i>	190
b)	Le dommage	191
(i)	<i>Généralités sur la notion de dommage selon la théorie de la différence</i>	191
(a)	<i>L'acception économique du dommage et la non-réparation du dommage affectif</i>	191
(b)	<i>La théorie de la différence et le patrimoine hypothétique de référence</i>	192
(ii)	<i>Les différents dommages provoqués par une erreur de l'avocat</i>	193
(a)	<i>La prétention perdue par le client</i>	193
(b)	<i>La condamnation du client</i>	194
(c)	<i>Les attentes déçues</i>	194
(d)	<i>Les conséquences fiscales de la violation du mandat</i>	195
(e)	<i>La question des sanctions et amendes frappant le client</i>	195
c)	Le lien de causalité	197
(i)	<i>Le principe de causalité dans les dommages causés par commission</i>	197
(ii)	<i>Les particularités du lien de causalité en cas d'omission</i>	198
(a)	<i>La causalité hypothétique</i>	198
(b)	<i>La perte d'une chance</i>	200
(c)	<i>Le comportement de substitution licite</i>	201
d)	L'étendue de l'indemnisation : l'art. 99 al. 2 CO et le travail <i>pro bono</i>	202
D.	Les responsabilités extracontractuelles	203

1.	La responsabilité délictuelle	203
	a) Les renseignements inexacts	203
	b) Les actes de blanchiment	204
	(i) <i>L'art. 305bis CP</i>	204
	(ii) <i>L'art. 305ter CP</i>	205
2.	La responsabilité fondée sur la confiance : le cas des <i>third party opinions</i>	206
E.	La limitation contractuelle de la responsabilité	208
1.	Les règles du CO	208
	a) Le principe de base	208
	b) Les limites de l'art. 100 al. 1 CO	209
	c) La question de l'art. 100 al. 2 CO : une industrie concedée par l'autorité	211
2.	Les règles de la LLCA et leurs conséquences	213
	a) Les règles applicables	213
	b) Les sanctions disciplinaires	213
3.	La question de la validité de la convention de limitation de la responsabilité	214
4.	La pratique des avocats	215

Conclusion	217
-------------------------	------------