

[2 | 2018]

ANWALTS

REVUE

DE L'AVOCAT

PHILIPPE CURRAT

Les enquêtes de la défense devant
les juridictions pénales internationales SEITE / PAGE 55

FABIAN TEICHMANN

Onlinedurchsuchungen –
Eine Option für die Schweiz? SEITE / PAGE 73



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	51
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	53
<hr/>	
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Philippe Currat Les enquêtes de la défense devant les juridictions pénales internationales	55
Fabian Teichmann Onlinedurchsuchungen – Eine Option für die Schweiz?	73
<hr/>	
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Henry Peter Les avocats et la philanthropie	79
<hr/>	
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	87
<hr/>	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	93

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
21. Jahrgang 2018 / 21^e année 2018
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband/
Fédération Suisse des Avocats

Chefredaktion / Rédacteur en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bollwerk21.ch

**Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition**
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Flávio Trepado, MLaw (FTr)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage
9193 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich/Annuel:
CHF 200.-, EUR 250.- (Print und Online);
CHF 162.-, EUR 162.- (Online)
Studenten/ Etudiants: CHF 100.-
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 27.-, EUR 27.-
Mitglieder des SAV gratis/
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright
©Titel <<AnwaltsRevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

LES AVOCATS ET LA PHILANTHROPIE

HENRY PETER

Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève et
Directeur du Geneva Centre for Philanthropy (www.unige.ch/philanthropie)¹

Mots-clés: philanthropie, avocats, pro bono, responsabilité sociale des entreprises

La philanthropie joue un rôle d'une importance croissante dans l'exercice de la profession d'avocat. D'une part en raison du fait que c'est une discipline dont la pertinence et la complexité sont en constante augmentation, tant du point de vue de la clientèle privée que des entreprises. Il convient d'y inclure la question de la responsabilité sociale des entreprises, qui est une forme désormais incontournable d'altruisme. Le «conseil en philanthropie» est donc une nouvelle opportunité pour les avocats. Il est d'autre part attendu de ces derniers et de leurs études qu'ils offrent des services pro bono. Etant elles-mêmes des entreprises, toujours plus globales, les études doivent par ailleurs non seulement se conformer aux exigences en matière de responsabilité sociétale, mais également veiller à éviter et, le cas échéant, à neutraliser les risques réputationnels qui, les réseaux sociaux aidant, peuvent les affecter au cas où elles devaient se livrer à des activités reprochables. Un comportement philanthropique est, cela étant, non seulement attendu des études, mais également un véhicule de crédibilité et de reconnaissance, dont l'impact sur l'image peut être très favorable.

I. Introduction

La philanthropie, définie comme *voluntary giving for the public good*², est en mutation. Les philanthropes tendent à sortir de l'ombre et à afficher leurs engagements. La philanthropie contemporaine joue toujours plus fréquemment un rôle-clef face aux enjeux de notre société. Pour un grand nombre d'entreprises, la philanthropie revêt une dimension stratégique.

Longtemps considérée comme étrangère au monde juridique, la philanthropie est en train de s'imposer comme un concept ne pouvant plus être ignoré par les avocats. Outre de nouvelles opportunités en termes de conseils, les attentes de notre société induisent par ailleurs la profession à se questionner sur la manière dont elle est exercée. La portée de ce constat est accentuée par le rôle des études dans la société, dont découle une responsabilité sociétale. Il est dès lors opportun de s'interroger sur les rapports entre la philanthropie et l'avocature.

Il est en d'autres termes utile, intéressant et même nécessaire pour les avocats d'être informés et formés pour deux raisons: tout d'abord afin de pouvoir adéquatement conseiller leurs clients dans un domaine toujours plus essentiel (infra III). Et parce que, par idéal ou en tout cas dans leur intérêt bien compris, les études d'avocats sont désormais elles-mêmes appelées à intégrer une approche philanthropique dans leur comportement (infra IV). C'est dans cet ordre que nous approfondirons les deux aspects, après une mise en contexte (infra II).

II. Mise en contexte

1. En général

Qu'elle soit exercée sous forme d'actions directes ou au travers de fondations, la philanthropie contemporaine s'efforce toujours plus de «trouver des solutions durables aux problèmes sociaux en s'attaquant aux causes profondes³». Tendante à abandonner des pratiques quelque peu archaïques, «today's new philanthropists are trying to apply the secrets behind that money-making success to their giving⁴». Les entreprises également intègrent toujours plus fréquemment une dimension philanthropique dans leurs actions, si bien que la philanthropie s'est progressivement imposée comme un acteur à part entière de la vie socio-économique. Il est ainsi possible d'affirmer

- 1 L'auteur tient à remercier monsieur Ivan Huguet, diplômé de la Faculté de droit de l'Université de Genève, ainsi que monsieur Guillaume Jacquemet, doctorant auprès de la même faculté, pour leur aide précieuse pour la rédaction de la présente contribution.
- 2 Définition inspirée par l'ouvrage de ROBERT L. PAYTON: «Philanthropy: Voluntary Action for the Public Good», New York: American Council on Education/Macmillan Pub. Co.; London: Collier Macmillan Publishers (1988), citée également par Prof. THEO SCHUYT, Président d'ERNOP, VU University of Amsterdam.
- 3 OLIVIER ZUNZ, La philanthropie en Amérique: Argent privé, affaires d'État, Fayard, 2012, p. 21.
- 4 BISHOP/GREEN, Philanthrocapitalism: How Giving Can Save the World, New York, Bloomsbury Press. (2008), p. 3.

que la philanthropie est aujourd'hui «*the practice of organized and systematic giving to improve the quality of human life through the promotion of welfare and social change*»⁵.

Bien que les dons effectués par des particuliers et l'activité des fondations restent les formes traditionnelles d'expression de la générosité, ces derniers ne représentent plus qu'une partie des initiatives philanthropiques. On assiste à l'émergence d'un élan nouveau – ou plutôt de renouveau. Les développements technologiques contribuent à cette évolution. On peut à ce propos citer le *crowdfunding*⁶ ainsi que la mise à disposition de fonds en utilisant les téléphones portables, techniques jusqu'ici inexistantes et qui permettent de multiplier la puissance et l'immédiateté des actions. D'autres développements sont le fruit d'une nouvelle sensibilité des entrepreneurs et des attentes des investisseurs, qui se manifeste notamment par la prise de conscience de la responsabilité sociale des entreprises, une forme de manifestation de la philanthropie venant corriger les excès du capitalisme.

On peut probablement affirmer qu'à plusieurs égards on est confronté à un changement de paradigme, qui se traduit notamment par une évolution du rôle du secteur privé au sein de notre société, et face à l'État en particulier. Longtemps considéré comme «*seul support des progrès sociaux*»⁷, l'État voit en effet son monopole de l'action sociale s'atténuer face au rôle grandissant des milieux économiques non étatiques⁸. Les rôles du public et du privé sont toutefois salutairement complémentaires, car souvent seule l'agilité du secteur privé peut faire face à la complexité et à la dimension des enjeux. En définitive, l'action philanthropique privée est en train de s'imposer comme un vecteur significatif de progrès social.

S'il est vrai que les États-Unis se sont imposés au fil des siècles comme référence en matière de philanthropie, l'Europe et désormais l'Afrique, la Chine, l'Inde de même que l'Amérique latine ne sont plus en reste. L'OCDE livrera début 2018 des chiffres très significatifs⁹. Il est vrai que les sommes en jeu restent inférieures en Europe, ce qui, à ne pas en douter, s'explique par une culture philanthropique historiquement plus ancrée dans la société étatsunienne, en raison notamment de la présence plus effacée de l'État sur le nouveau continent.

On assiste par ailleurs depuis plusieurs années à une sophistication des acteurs de la philanthropie. Qu'elle soit l'œuvre d'entrepreneurs de la *Silicon Valley* ou de «*quadragénaires altruistes*»¹⁰, le philanthrope moderne ne se contente plus de bonnes actions, mais entend maximiser – et mesurer – son impact. Ainsi, être philanthrope au 21^e siècle n'est plus simplement faire don de son temps ou de son argent; c'est également lever efficacement des fonds, les gérer et choisir la structure et le management adéquats afin d'optimiser le succès des démarches entreprises. Ces nouvelles aspirations conduisent naturellement à la professionnalisation des milieux philanthropiques, car la poursuite d'une «*efficacité philanthropique*» requiert un savoir-faire particulier, tant sur le plan stratégique que pratique et juridique.

2. En Suisse, romande en particulier

La Suisse joue un rôle significatif dans le domaine de la philanthropie. On y recensait en 2016 13 172 fondations d'utilité publique dont la fortune cumulée était estimée à 70 milliards de francs suisses¹¹. Si ces chiffres mettent en évidence la vitalité de la philanthropie suisse, ils sont d'autant plus intéressants qu'ils ne prennent en compte que les fondations reconnues d'utilité publique, excluant toute autre structure ou initiative ayant pourtant des activités de même nature¹². Ces chiffres sont en croissance constante depuis deux décennies.

Les cantons romands connaissent depuis 2011 une nette augmentation de leur activité dans ce domaine¹³. Fin 2016, on y dénombrait un total de 3 438 fondations réunissant un capital estimé à 13,4 milliards de francs suisses, ce qui, à l'échelle nationale, fait de la Suisse romande la région la plus fortement dotée de fondations par rapport à sa population¹⁴. Champion romand aux côtés du canton de Vaud, Genève a connu ces dernières années une très forte croissance du secteur pour devenir, à l'heure actuelle, le canton romand présentant la plus haute densité de fondations¹⁵.

3. Le Geneva Centre for Philanthropy

Ce dynamisme et ces nécessités ont conduit l'Université de Genève à créer en septembre 2017 un centre de recherche et d'enseignement consacré à la philanthropie. Issu d'un partenariat entre l'Université de Genève et diverses fondations de renom¹⁶, ce centre, directement rattaché au Rectorat, a pour mission d'aborder de manière pluridisciplinaire les aspects tant fondamentaux que pratiques de la matière; il vise à agir «*comme catalyseur en garantissant les convergences interdisciplinaires que nécessite une philanthropie efficiente et stratégique*»¹⁷. La raison d'être de ce nouveau centre est ainsi de créer un lieu de réflexion, de recherche et de conceptualisation ayant trait à la philanthropie, à la signification de ce terme, à ses acteurs, à ses buts et permettant d'en favoriser la

5 <http://www.historyofgiving.org/introduction/>.

6 Le financement participatif.

7 PIERRE ROSANVALLON, La crise de l'État providence, Éditions du Seuil, 1984, p. 1.

8 Comité d'aide au développement OCDE, Fondations philanthropiques et coopération pour le développement, Volume 4 n° 3, p. 11; CÉCILE SANGARÉ/TOMAS HOS, Results of the OECD data survey as of 3.10.2017.

9 OECD 2018 Report on Global Private Philanthropy for Development.

10 Terminologie empruntée à SERGE GUERTCHAKOFF dans son article «Le cercle des quadras altruistes s'agrandit» paru le 9.2.2017 dans le magazine Bilan.

11 https://dafne-online.eu/country_profile/switzerland/; Rapport sur les fondations en Suisse 2017, CEPS Forschung und Praxis, Vol. 17, p. 4.

12 *Idem*, p. 4.

13 *Idem*, p. 28.

14 *Idem*, p. 29.

15 *Idem*, p. 28; Genève compte ainsi une densité de l'ordre de 24,2 fondations par 10 000 habitants.

16 Pour ne citer qu'elles, les fondations Edmond de Rothschild et Lombard Odier soutiennent stratégiquement cette initiative.

17 Communiqué de presse du 28.9.2017.

poursuite. Cette approche, en quelque sorte tridimensionnelle (hauteur de la perspective académique, largeur de la vision plurifacultaire et profondeur de l'analyse), est probablement l'élément différenciateur de cette initiative dans un domaine où ce qui est rapporté est parfois essentiellement descriptif et où l'action, souvent par manque de ressources, ne concède pas suffisamment de temps à la réflexion fondamentale. Certaines des formations offertes sous l'égide du Centre peuvent intéresser les avocats. On peut à cet égard en particulier mentionner (i) le cours intensif en gestion des fondations donatrices organisé en association avec le CEPS et Swiss Philanthropy Foundation¹⁸) et (ii) le CAS en *Grantmaking* proposé par la Faculté d'économie et management de l'UNIGE¹⁹.

III. Les avocats comme conseillers de la philanthropie

1. Le conseil à la clientèle

Il n'est pas inavouable d'observer que la philanthropie est aujourd'hui une *business line*, une opportunité pour les études d'avocats²⁰. L'époque où les conseils se limitaient en la matière à des questions liées aux simples donations et à leurs aspects fiscaux est révolue. Les demandes et les besoins sont de plus en plus sophistiqués. Pour y répondre, l'avocat-conseil doit être capable d'en maîtriser tous les tenants et aboutissants. Afin de comprendre et de structurer un projet philanthropique, il est préalablement essentiel de saisir le profil du donateur: quelles sont ses motivations? Quelle sont ses aspirations? Quelles sont les compétences du philanthrope potentiel? Jusqu'à quel point et avec quel horizon temporel est-il prêt à s'engager? Ces points étant clarifiés, il convient de sélectionner la forme juridique la plus appropriée. Le véhicule souvent privilégié est la fondation, mais il n'est pas le seul disponible et il doit, quoi qu'il en soit, être adapté aux circonstances.

Contrairement à d'autres législations, le droit suisse de la fondation offre une certaine souplesse, notamment quant à la gouvernance et aux buts qu'il est possible de poursuivre. Les règles prévues par le code civil suisse sont extrêmement sommaires; la loi n'impose ainsi que deux organes seulement: un organe suprême (art. 83a CC) et, sauf dispense, un organe de révision (art. 83b CC). Pour le surplus, le Code est silencieux et il appartient aux fondateurs d'organiser, dans l'acte constitutif, le mode d'administration de la fondation (art. 83 CC). Le traitement, en particulier fiscal, des fondations varie par ailleurs souvent considérablement d'un canton à l'autre²¹. C'est donc uniquement après avoir précisément circonscrit les souhaits et les moyens de son client que l'avocat-conseil sera en mesure de suggérer une solution, en général sur-mesure, propre à réaliser le projet.

En raison des coûts de fonctionnement, qui peuvent être relativement élevés, et des contraintes administratives qui peuvent être lourdes, il convient parfois de se poser la question de savoir si la fondation est véritablement le véhicule approprié. D'autres solutions peuvent être envisa-

gées. Un simple legs ou une donation peuvent s'avérer être la solution opportune. Une autre option, de plus en plus pratiquée, consiste à recourir aux services d'une fondation dite «abritante». On peut en citer en Suisse les trois exemples suivants: Fondation Philanthropia, Limmat Stiftung et Swiss Philanthropy Foundation²². Un fonds dédié est dans ce cas créé au sein d'une fondation préexistante, ce qui permet au donateur de s'affranchir des contraintes administratives (notamment comptables et juridiques) auxquelles sont soumises les fondations autonomes. Il renonce à une partie de ses prérogatives, mais cette mutualisation peut s'avérer être la solution la plus efficiente. D'autres formes, parfois insoupçonnées, sont également envisageables. C'est le cas de la société anonyme ou de la société à responsabilité limitée, notamment lorsqu'un projet commercial est à la base de l'initiative philanthropique considérée. On oublie souvent à cet propos que l'art. 620 al. 2 CO prévoit expressément que les sociétés anonymes ne poursuivent pas nécessairement un but lucratif.

Quelle que soit la solution retenue, l'avocat-conseil doit bénéficier d'une expertise solide et connaître et maîtriser les problématiques complexes et pluridisciplinaires soulevées par la plupart des projets philanthropiques. L'avocat joue en d'autres termes un rôle particulièrement important dans ce contexte.

2. Philanthropie et entreprise

Mais le champ des conseils que l'avocat peut être appelé à prodiguer ne se limite pas à ceux évoqués jusqu'ici. Transposée à l'entreprise, l'activité philanthropique se décline sous différentes formes. Il a été dit qu'elle constituait désormais l'une des quatre responsabilités de toute entreprise, outre sa responsabilité économique, sa responsabilité légale et sa responsabilité éthique. Ceci a été illustré par le schéma suivant²³:



¹⁸ www.swissphilanthropy.ch/formation.

¹⁹ <https://www.unige.ch/formcont/casgrantmaking>.

²⁰ Certaines études sont déjà actives dans ce secteur, ainsi Lenz&Staehelein: <http://www.lenzstaehelein.com/practices-sectors/sectors/foundations-and-philanthropy/> et Bottge&Associés: <http://www.bottge.ch/delphine-bottge/>.

²¹ Voir à ce propos notamment GIEDRE LIDEIKYTE HUBER, *Philanthropy and taxation: Swiss legal framework and reform perspectives*, in *Expert-Focus*, 2018/3.

²² Voir www.fondations-abritantes.ch.

²³ CARROLL, ARCHIE B. *The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders*. *Business Horizons*, 34 (2001), pp. 39 à 48.

L'évolution des sensibilités des investisseurs, des dirigeants et, plus généralement, de l'opinion publique conduit toujours plus souvent l'entreprise à s'interroger sur le rôle qu'elle joue au sein de la société civile, et donc des intérêts qu'elle est appelée à poursuivre. On parle à ce titre de responsabilité sociale – ou sociétale – de l'entreprise, en anglais *corporate social responsibility* (CSR). Cette nouvelle perception de la responsabilité de l'entrepreneur et des investisseurs «ajoute à la traditionnelle maximisation des profits une responsabilité d'ordre social, éthique et environnemental des entreprises²⁴». Il a été dit que l'on assiste à cet égard à une «responsibility revolution²⁵». Celle-ci s'accompagne de retombées positives pour la société civile, car l'impact des engagements CSR entrepris par les sociétés privées est souvent considérable. On peut ainsi dire que la CSR est en quelque sorte une forme sophistiquée de philanthropie, dans la mesure où elle vise à améliorer le bien-être social des communautés concernées par les activités de l'entreprise.

Contrairement à ce que pensent certains, on n'est pas, dans ce cadre, confronté à un vide juridique: les bonnes pratiques font désormais l'objet d'une normativité dont la densité est complexe et croissante²⁶. L'avocat amené à conseiller une entreprise ne saurait l'ignorer. Le fait qu'il soit désormais assez unanimement considéré que les entreprises ont une responsabilité sociétale génère par ailleurs des attentes à leur endroit. Ces attentes requièrent que toute entreprise s'y conforme et adapte en conséquence sa gouvernance. Cela signifie également que le fait de décevoir ces attentes entraîne des risques qui peuvent être significatifs. L'avocat doit être prêt à conseiller ses clients à ces divers propos également.

Du point de vue de l'organisation de la société, les conseils porteront notamment sur la structure et le fonctionnement du conseil d'administration, en suggérant par exemple la création d'un *corporate social responsibility committee*²⁷. On recommandera par ailleurs la rédaction d'un code de conduite de l'entreprise. En exprimant, parfois publiquement, sa vision et sa mission en matière philanthropique, un tel document a valeur de *commitment* autant sur le plan interne qu'externe à l'entreprise, à l'aune duquel celle-ci sera au demeurant jugée²⁸. La pratique a rapidement évolué et les codes répondent aujourd'hui à des standards; ils abordent non seulement des questions d'intégrité et d'éthique (corruption, concurrence, etc.), mais aussi des considérations sociales (conditions de travail, respect des droits humains, etc.) et environnementales (protection de l'environnement, promotion du développement durable, etc.)²⁹. Il est en ce sens conseillable de se référer à la pratique développée par les sociétés elles-mêmes qui désormais constituent – ou reflètent – des *benchmarks*³⁰. Cela dit et malgré l'émergence d'une *best practice*, le principe du *one size fits all* ne saurait s'appliquer, chaque entreprise devant adapter la forme et le contenu de son code aux enjeux et aux valeurs qui lui sont propres³¹.

Il convient par ailleurs de neutraliser les risques pouvant découler pour l'entreprise d'une mauvaise maîtrise

de ses obligations sociétales et des impacts négatifs qui peuvent en découler non seulement sur sa réputation³², mais aussi sur sa responsabilité civile³³. L'avocat recommandera en conséquence la mise en place d'un système de *risk mapping* et de processus d'élimination ou en tout cas de réduction des risques les plus significatifs en termes de probabilité d'occurrence ou d'impact d'occurrence³⁴.

Loin d'être exhaustives, ces quelques considérations permettent de comprendre l'ampleur et l'importance des besoins et dès lors, ici aussi, des activités potentielles des juristes internes ou externes aux entreprises. Comme l'a relevé le Council of Bars and Law Societies of Europe, la CSR revêt donc de nombreuses *advising opportunities*³⁵.

IV. Les études d'avocats comme acteurs de la philanthropie

En raison de leur dimension nationale, parfois internationale, voire globale, les études d'avocats constituent des entreprises à part entière. Elles jouissent donc d'une image de marque et sont tributaires aussi des expectatives de l'opinion publique à leur égard. Elles ne peuvent en conséquence ignorer leur propre responsabilité socié-

24 IVAN HUGUET, Le reporting extra-financier selon la Global Reporting Initiative, Une analyse à l'épreuve du greenwashing, Expert Focus, 6-7/2016, p. 489 ss.

25 JOHN CORKER, Pro bono and Corporate social responsibility, The law society of New South Wales, p. 2.

26 HENRY PETER/GIULIA NERI-CASTRACANE, Einfluss und Wirkungen von Corporate Social Responsibility auf den Finanzplatz, in: Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Dike (2018), Zurich/St. Gall, pp. 135 ss, en particulier 142 à 152.

27 HENRY PETER/GUILLAUME JACQUEMET, Corporate Social Responsibility: analyse des rapports 2013 des dix plus grandes sociétés du SMI, in L'Expert-Comptable Suisse, 2014/11, p. 1028 (PETER/JACQUEMET 2014).

28 Ibidem, p. 1029.

29 GUILLAUME JACQUEMET, Corporate Social Governance: La CSR comme instrument volontaire de protection et de promotion des intérêts «stakeholders», in: Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles vs. libéralisme économique: quo vadis?, CUSO, 2016, pp. 323 à 344, p. 335 (JACQUEMET 2016).

30 Sur le contenu des codes de conduite: Ibidem, p. 1029 à 1033.

31 Ibidem, p. 1030.

32 Ibidem, p. 1036; HENRY PETER/GUILLAUME JACQUEMET, Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance: quelles corrélations?, in RSDA 3/2015, p. 184.

33 PETER/NERI-CASTRACANE, Einfluss und Wirkungen von Corporate Social Responsibility auf den Finanzplatz, in: Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Dike (2018), Zurich/St. Gall, pp. 135 ss, 158/159.

34 Sur la question spécifique des risques liés à la CSR, voir KYTLE BETH et RUGGIE JOHN GERARD, Corporate Social Responsibility as Risk Management: A Model for Multinationals, Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 10, Cambridge MA, John F. Kennedy School of Government, Harvard University (2005); voir également BOUGHENANE WILLIAM, Le Risk Management comme outil de la CSR, Risques inhérents à ce qui est socialement attendu des entreprises, Expert Focus 2016/6-7, pp. 483 à 488.

35 Council of Bars and Law Societies of Europe, Corporate social responsibility and the role of the Legal profession, update n° 1, 2005, p. 10.

Entretien avec Laetitia Gill, Directrice exécutive du Centre en philanthropie

Nous avons appris la création du Centre en philanthropie au sein de l'Université de Genève, pouvez-vous nous en dire plus?

Le Centre en philanthropie/Geneva Centre for Philanthropy a été créé par le Rectorat l'UNIGE en septembre dernier, au cœur de la Genève internationale. En effet, Genève, forte de son historique tradition humanitaire, de l'ancrage des nombreuses fondations et organisations internationales, joue un rôle essentiel pour le secteur de la philanthropie.

Le Centre est issu d'un partenariat public-privé, il a pour objectif d'encourager la recherche et la formation universitaire en matière de philanthropie et d'assurer le transfert des connaissances pour répondre aux besoins des praticiens et de la Cité. Il se veut l'interface entre la recherche et la pratique.

Les partenaires, aux côtés de l'Université de Genève, sont des fondations majeures qui jouissent également d'une forte notoriété internationale: les Fondations Edmond de Rothschild, la Fondation Lombard Odier ainsi qu'une fondation privée genevoise.

Ces fondations ont compris la nécessité d'un éclairage académique. La philanthropie touche à des questions – souvent liées – de droit, de management, de finance, d'économie, de sociologie, de psychologie et de neurosciences, sans oublier les aspects fondamentaux de valeurs et d'éthique. Au regard de la complexité des enjeux, les problématiques doivent en effet être traitées de manière interdisciplinaire et il convient d'y intégrer l'expérience des praticiens.

Quelles sont les activités du Centre?

Dès la rentrée universitaire de septembre 2018, le Centre proposera différents programmes d'enseignement, notamment un CAS (Certificate of Advanced Studies), des séminaires ou des formations sur mesure. Il encourage la recherche fondamentale et appliquée ainsi que les publi-

cations. Une première chaire, en Philanthropie Comportementale, sera également lancée.

En parallèle, le Centre organise différents types d'événements rassemblant experts académiques et praticiens autour de différentes thématiques et dans une optique pluridisciplinaire.

Cette approche est essentielle; elle nous permet de bénéficier du réseau et de l'expérience des fondations partenaires. Celles-ci apprécient l'excellence de notre institution. Ce regard croisé est perçu comme une réelle valeur ajoutée du Centre.

Quel lien entre le Centre en philanthropie et les avocats?

La philanthropie est un sujet à propos duquel tout actuel ou futur avocat doit être préparé.

Le rôle des avocats et notaires est en effet très important dans ce domaine, car plus le projet philanthropique est anticipé, plus les avantages sont importants pour le donateur et pour l'organisme bénéficiaire, et plus l'impact est fort pour l'intérêt général.

Dans la perspective du service à leurs clients, les avocats gagnent à être formés sur des sujets tels que les formes juridiques spécifiques (ex: les fondations actionnaires, organisations hybrides, etc.), la gouvernance, les modalités et conditions de dons, la fiscalité, les types d'investissement et de financement de projets philanthropiques (ex: *impact bonds*).

À cet effet, des cours sont notamment prévus en Faculté d'économie et de management et en Faculté de droit.

Pour les conseillers juridiques, le Centre s'associe avec le CEPS et Swiss Philanthropy Foundation pour organiser un cours intensif en gestion des fondations donatrices. Ce séminaire est prévu pour septembre 2018.

Plus d'informations: www.unige.ch/philanthropie.

tale, ni les risques – et les opportunités – qui y sont liés³⁶. Ce rôle et cette responsabilité se traduisent traditionnellement par la défense des personnes défavorisées. Cette activité, dite «*pro bono*», est certes louable, et même souhaitable, mais elle ne constitue qu'une des facettes du rôle social que les avocats et les études sont aujourd'hui appelés à jouer.

1. Activités *pro bono*

Il est possible de définir les activités *pro bono* comme étant celles «*of a firm undertaken without expectation of a fee and consisting of the delivery of legal services by attorney*³⁷». En raison des coûts de la justice, souvent élevés, ces dernières connaissent un fort développement³⁸, au point de s'être imposées, dans nombreux pays, comme un

aspect incontournable de la profession d'avocat. Aux États-Unis, un nombre important d'études d'avocats font désormais du *pro bono* une pierre angulaire de leurs activités. Ainsi, le nombre moyen d'heures *pro bono* effec-

³⁶ Sur les opportunités liées à la CSR, voir PORTER & KRAMER, *Strategy & Society: The Link Between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*, Harvard Business Review (2006), p. 8.

³⁷ Cette définition du *pro bono* est celle utilisée par «The American Lawyer» dans le cadre de son classement «A-List», voir à ce propos Orrick's Pro Bono Policies, p. 2, www.law.com.

³⁸ L'expression «*pro bono*» tire son origine de la locution latine «*pro bono publico*» qui signifie «*pour le bien public*».

tuées par les avocats des «*top 100 US firms*» s'élevait à 65 heures par année en 2016, ce qui correspond à un total de l'ordre de 4 500 000 heures par année pour l'ensemble de la profession³⁹. L'ampleur du phénomène était inférieure en Europe⁴⁰, continent où la moyenne annuelle entre 2014 et 2016 est d'environ 15 heures par avocat⁴¹. Bien qu'invitant à la réflexion, ce constat peut s'expliquer par deux raisons. D'abord parce que le mouvement est encore émergent en Europe⁴². Ensuite parce que de nombreux pays européens connaissent l'institution de l'assistance juridique qui, en offrant aux personnes dans le besoin la possibilité d'être assistées aux frais de l'État, se substitue fonctionnellement au *pro bono*, sans pour autant en revêtir tous les attributs⁴³.

Au-delà des idéaux, on observera, pour les sceptiques, que si le *pro bono* ne procure par définition aucun avantage financier direct, il comporte une indéniable dimension réputationnelle pouvant générer de «*significant commercial returns*⁴⁴» pour l'avocat et son étude, outre pour la profession dans son ensemble. Loin d'occulter la noblesse de l'acte, cette composante immatérielle ne saurait être ignorée⁴⁵. Le *pro bono* est par ailleurs un atout permettant d'attirer des avocats talentueux qui, plus que jamais, sont à la recherche d'employeurs éthiquement responsables et disposant d'une sensibilité sociétale. Plus généralement, on peut d'ailleurs relever que l'engagement est susceptible d'apporter beaucoup à celui qui s'implique; on parle parfois de «donner et recevoir», plus méritoire au demeurant qu'une démarche visant à «donner pour recevoir». Les activités *pro bono* sont enfin également un moyen d'explorer de nouveaux horizons, par exemple lorsqu'une étude assiste gratuitement des ONG. Au regard de ces nombreuses retombées positives, le *pro bono* doit ainsi être considéré comme un vecteur d'opportunités et non comme un sacrifice, ce qu'un nombre croissant d'études ont compris.

C'est la raison pour laquelle les activités *pro bono* sont toujours plus fréquemment pratiquées, aussi bien par les grandes que les petites structures. Comptabilisant plus de «*25 offices worldwide*⁴⁶», l'étude d'avocats Orrick, Herington & Sutcliffe LLP fait par exemple partie des *leaders* mondiaux en la matière. Orrick poursuit depuis de nombreuses années un programme *pro bono* d'envergure. Dans les faits, Orrick «*currently represents more than 600 individual and nonprofit clients on a pro bono basis and partners with more than 100 legal services organizations to serve these clients*⁴⁷». Orrick déclare avoir poursuivi en 2016 des activités *pro bono* «*ranging from transactional work for nonprofits, to individual representation, to impact litigation, to assisting impact investors*⁴⁸».

De nombreuses études suisses démontrent également une réelle sensibilité *pro bono* et le manifestent dans leurs activités. Ainsi, disposant de bureaux à Genève, Zurich et Doha, l'étude Lalive a une longue tradition d'engagement social⁴⁹. Elle prête notamment ses services juridiques bénévoles à Amnesty International, WeRobotics, une ONG visant à accélérer et mesurer l'impact de l'aide humanitaire, ainsi qu'à Penal Reform International, une or-

ganisation non gouvernementale indépendante qui développe et promeut des réponses justes, effectives et proportionnelles aux problèmes de justice pénale à travers le monde. L'étude Junod & Associés montre quant à elle que le *pro bono* n'est pas une question de taille. Bien qu'elle compte un nombre plus restreint d'avocats, cette étude de la place genevoise s'efforce d'offrir aux personnes dans le besoin une aide de qualité, préférant la dimension humaine aux intérêts financiers. Ces exemples permettent d'affirmer que la philanthropie n'est, dans la profession d'avocat, pas une question de ressources, mais d'état d'esprit et de volonté.

2. Au-delà du *pro bono*, la CSR des études d'avocats

En Suisse comme ailleurs, la profession d'avocat évolue rapidement pour devenir «*de plus en plus commercialisée*⁵⁰». La profession se structure, les avocats s'associent, ils s'organisent et choisissent des formes juridiques jusque-là réservées aux entreprises⁵¹. Conséquence de cette mutation, les études d'avocats se doivent, comme toute autre entreprise, de s'interroger sur leur responsabilité sociétale. La *corporate social responsibility* des études concerne «*the responsibility of the entity to society, a corporate, rather than individual professional, aspiration*⁵²». Un nombre grandissant de sociétés d'avocats reconnaissent ainsi aujourd'hui «*the role that CSR plays in reputation building, recruitment and retention, and client relationships*⁵³». Puisque les études sont désormais des entreprises, c'est le lieu de rappeler que «*la considération dont jouit une société est désormais directement corrélée à son comportement en matière de CSR*⁵⁴».

39 The 2017 survey of pro bono hours, <http://www.chambers-associate.com/law-firms/pro-bono-hours>.

40 Là où un avocat américain consacre plus de 70 heures à des activités *pro bono*, un avocat «européen» n'y consacre, en moyenne sur les trois dernières années, que 14 heures.

41 LAMIN KHADAR, The growth of pro bono in Europe, PILnet: The global network for public interest law, p. 26.

42 *Idem*, p. 7.

43 LAURE-HÉLÈNE LAISSUE/HÉLOÏSE RORDORF, Le pro bono et les avocats genevois», *Anwalts Revue de l'avocat* 4/2015, p. 151.

44 AMY HEADING, Global Pro Bono, the Duty of, and Opportunities for, the International Private Legal Sector to Contribute to Rule of Law, Development, Access to Justice and Human Rights in the Developing World, 2013, travail de master, The Fletcher School, Tufts University, p. 55.

45 LAURE-HÉLÈNE LAISSUE/HÉLOÏSE RORDORF, Le pro bono et les avocats genevois», *Anwalts Revue de l'avocat* 4/2015, p. 155.

46 www.orrick.com.

47 Orrick's pro bono program p. 1.

48 *Idem*.

49 <http://www.lalive.ch/fr/csr/index.php>.

50 BEAT VON RECHENBERG, Sociétés d'avocats – où va-t-on?, *Anwalts Revue de l'avocat* 9/2010, p. 427.

51 MANUEL BIANCHI DELLA PORTA/BLAISE LAMBELET, Études d'avocats et gouvernance (partie II), *Anwalts Revue de l'avocat* 2014, p. 471.

52 *Idem*.

53 JOHN CORKER, Pro bono and Corporate social responsibility, The law society of New South Wales, p. 1.

54 PETER/JACQUEMET 2014, p. 1033.

D'un point de vue stratégique, les *managing-partners* des études doivent s'en soucier. Il est à cet égard essentiel d'être conscient et de prévenir l'impact négatif que certaines activités peuvent engendrer, et d'éviter que cet effet nuisible se produise⁵⁵. Une «fonction compliance» sérieuse et professionnelle doit par exemple être mise en place afin de neutraliser les risques pouvant affecter la crédibilité des cabinets d'avocats. Les fuites ayant affecté les études Mossack Fonseca ou Appleby sont des exemples extrêmes de problèmes éthiques et réputationnels.

Plus positivement et au-delà des risques potentiels, les études d'avocats doivent également s'intéresser aux avantages concurrentiels – et donc économiques – qu'elles peuvent retirer d'un positionnement CSR compliant⁵⁶. On parle parfois à ce propos de «*social opportunities mapping*»⁵⁷.

3. La crédibilité par exemple

On observera enfin que, comme l'a justement mis en évidence le Council of Bars and Law Societies of Europe, une entreprise cliente «*might be reluctant to take advice from a lawyer if the lawyer is not familiar with CSR policies and CSR implementation*»⁵⁸. Il convient dès lors non seulement que les avocats développent leurs compétences en matière de philanthropie et de responsabilité sociétale des entreprises, mais aussi qu'ils montrent, par leur comportement, qu'ils y sont sensibles et qu'ils les pratiquent eux-mêmes. À cet égard, certains ont du reste soutenu que les études d'avocats «*that fail to participate in the responsibility revolution face becoming obsolete*»⁵⁹.

V. Conclusion

La philanthropie – et la question de la responsabilité sociale des entreprises qui lui est directement liée – sont des sujets qui ne peuvent plus être ignorés des avocats. La so-

phistication des acteurs, désormais à la recherche d'un impact concret et direct, nécessite toutefois une expertise toujours plus spécifique, et ce dans de nombreux domaines du droit. Il convient d'y voir des opportunités significatives. Tout *corporate-lawyer* doit, quoi qu'il en soit, être conscient qu'une nouvelle et importante source de normativité et de responsabilité est en train d'émerger dans ce contexte; les risques qui y sont liés ne peuvent être ignorés par les entreprises et leurs dirigeants. L'avocat doit être capable de conseiller ses clients en conséquence, notamment en les mettant en garde contre les risques et les potentiels effets négatifs de ces nouvelles exigences, mais aussi sur les retombées positives d'un comportement *CSR compliant*.

Les études d'avocats devraient par ailleurs s'interroger sur leur propre responsabilité sociétale. Longtemps limitées au *pro-bono*, leurs activités pour le bien d'autrui doivent être repensées et amplifiées. Par un engagement sociétal fort, les études non seulement satisfont aux attentes qui sont toujours plus souvent placées en elles, mais en retirent tant un avantage direct en raison d'une meilleure compréhension des risques qu'indirect, en conséquence des effets bénéfiques qu'un tel comportement exerce sur la réputation de l'étude concernée, tant sur le plan interne qu'externe à celle-ci.

⁵⁵ Ibidem, p. 1036.

⁵⁶ JACQUEMET (2016), p. 331.

⁵⁷ PORTER/KRAMER, p. 5 et 8.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ LISA KELLAR GLANAKOS, Director of Knowledge Management, Reed Smith LLP, Washington DC.