

contrats

Édité par
Pascal Pichonnaz
Franz Werro

La pratique contractuelle 6

Symposium en droit des contrats

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Édité par
Pascal Pichonnaz
Franz Werro

La pratique contractuelle 6

Symposium en droit des contrats

Schulthess § 2018
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage : PASCAL PICHONNAZ / FRANZ WERRO, *La pratique contractuelle 6*, Genève / Zurich 2018, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8696-7

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2018
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex, www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur : +32 (0)2 736 68 47; courriel : patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

Le caractère impératif de l'art. 404 CO selon le Tribunal fédéral et les exceptions ou la lente reconnaissance du mandat de durée FRANZ WERRO / MAXENCE CARRON	1
La modification de commande dans les contrats de services : les incidences sur le prix PASCAL PICHONNAZ / ANNICK FOURNIER	29
La pratique des locations Airbnb et la sous-location NICOLAS KUONEN	57
De l'interdiction de la multidisciplinarité au <i>pactum de palmario</i> en passant par l'instigation à un acte illicite : la jurisprudence récente sur la profession d'avocat BENOÎT CHAPPUIS	91
Le juriste d'entreprise face à la négociation contractuelle de masse LAURENT SIGISMONDI/ FLORENCE LOMAGLIO	127
Les droits de garantie et la PPE : Quelques problèmes récurrents ARNAUD NUSSBAUMER	145
Les clauses de liquidation forfaitaire du dommage en pratique ALBORZ TOLOU	173

De l'interdiction de la multidisciplinarité au *pactum de palmario* en passant par l'instigation à un acte illicite : la jurisprudence récente sur la profession d'avocat

Introduction.....	92
I. L'indépendance.....	94
A. L'indépendance structurelle	94
B. L'indépendance en tant que règle professionnelle.....	96
II. Les honoraires	98
A. Les principes régissant la rémunération du mandataire.....	98
B. Les principes régissant spécifiquement la rémunération de l'avocat.....	99
1. Les principes.....	99
2. La jurisprudence récente sur les limites des accords contractuels	100
C. Réflexions sur la justification des limites apportées à la liberté contractuelle	102
1. Le critère du caractère raisonnable des honoraires	102
2. Les critères d'auxiliaire de la justice et de monopole.....	105
3. Le critère du moment auquel est conclu le <i>pactum de palmario</i>	106
4. Le risque d'une limitation au financement du procès imposée au client.....	112
5. Le mode de fixation des honoraires en tant que source de conflits d'intérêts.....	113
III. La connaissance du droit.....	114
A. La bonne foi de l'administré et le respect des délais	114
B. L'instigation à un acte illicite.....	116
Conclusion	120
Bibliographie.....	123

* L'auteur remercie Me Tano Barth, avocat et assistant à la faculté de droit de l'Université de Genève (Ecole d'avocature), pour sa relecture de cette contribution et ses remarques critiques, ainsi que Monsieur Arnaud Campi, docteur en droit, assistant post-doctorant au Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques (JUPO) de la Faculté de droit de l'Université de Genève, pour les références de droit romain.

Introduction

L'avocat est souvent décrit comme un serviteur du droit ou un auxiliaire de la justice¹. A ce titre, il jouit d'un statut spécial dans l'ordre juridique : il est au bénéfice de prérogatives importantes qui ont pour corolaire un certain nombre d'obligations².

Au titre des prérogatives :

- l'avocat bénéficie d'une présomption de bonne foi en procédure³ ;
- il bénéficie du secret professionnel le plus fort de l'ordre juridique suisse⁴ (*infra* I.A) ;
- il se voit reconnaître des monopoles d'intervention en procédure⁵ (*infra* II.C.2) ;
- il dispose d'accès privilégiés auprès des juridictions pénales et des lieux de détention⁶ ;
- Il dispose également d'un accès privilégié à certaines preuves, même lorsque celles-ci sont soumises à des restrictions découlant de la LAVI, au motif que « en tant qu'auxiliaire de la justice, l'avocat professionnel doit exercer son mandat avec diligence et en toute indépendance (...), et s'abstenir de tout procédé allant au-delà de ce qu'exige la défense de son client. Sur ce point, l'avocat professionnel bénéficie d'une présomption qui lui permet notamment de recevoir en mains propres et sous sa responsabilité les éléments du dossier, indépendamment des doutes qui pourraient exister à l'égard de son client⁷ ».

Cette situation particulière a conduit le législateur et une très riche jurisprudence à mettre à la charge de l'avocat des obligations nombreuses qui donnent à sa profession les contours fondamentaux suivants :

- L'avocat est indépendant (art. 8 al. 1 let. d et 12 let. c LLCA) ;
- Il respecte scrupuleusement le secret professionnel (art. 13 LLCA et 321 CP) ;

¹ ATF 111 Ia 101 ; 106 Ia 103.

² BOHNET/MARTENET, N 3283 ; BOHNET, Prérogatives de l'avocat, p. 88 ; CHAPPUIS, Tome I, p. 15. Pour une critique du lien établi entre les prérogatives de l'avocat et ses obligations, SCHILLER, N 1631-1633.

³ TF, 4P.15/2006, consid. 2.2.

⁴ ATF 144 II 147, consid. 5.3.3 ; CR CPP-WERLY, art. 171 N 43.

⁵ Sur les activités de monopole, CHAPPUIS, Tome I, p. 35.

⁶ Concernant le droit de conférer librement avec son client détenu, cf. art. 159 al. 2, art. 223 al. 2 et art. 235 al. 4 CPP.

⁷ TF, 1B 445/2012, consid. 3.3.2. Cf. le commentaire de BOHNET, Prérogatives de l'avocat, et la présentation qu'en fait BARTH, p. 901.

- Il évite les conflits d'intérêts (art. 12 let. c LLCA et 398 al. 2 CO) ;
- Il fait preuve de diligence non seulement à l'égard de son client, mais également à celui des autorités⁸, notamment administratives⁹ ou judiciaires¹⁰, de ses confrères¹¹ et de la partie adverse¹² ;
- Son comportement doit, de manière générale, susciter la confiance des justiciables¹³ ;
- Il doit connaître le droit¹⁴ et la jurisprudence¹⁵ ;
- Il ne doit pas réclamer, en échange de ses prestations, des honoraires excessifs rendant l'accès au droit et à la justice trop onéreux¹⁶.

Autrement dit, l'intérêt général de la justice, le rôle d'auxiliaire de la justice attribué à l'avocat et les prérogatives dont jouit ce dernier sont autant d'éléments qui impliquent que soient fixées des limites au comportement de l'avocat, destinées notamment à garantir la dignité de la profession¹⁷.

Même si cette conception est largement acceptée, elle fait l'objet de critiques de certains qui objectent qu'elle est datée et repose sur des conceptions largement surannées ; l'avocat est un prestataire de services comme un autre, au bénéfice de la liberté économique garantie par la Constitution et il n'est soumis qu'aux limitations expressément prévues par la loi fédérale¹⁸. On doit effectivement relever que la notion de dignité, indissociablement liée à la profession d'avocat depuis des lustres, n'est pourtant ni définie ni même mentionnée par la LLCA, contrairement à ce qui était le cas de certaines anciennes lois cantonales¹⁹.

Cette approche critique n'a pour l'instant trouvé aucun écho dans la jurisprudence qui – comme on va le voir – maintient strictement le cap qu'elle s'est fixé depuis des

⁸ TF, 2A.191/2003, consid. 5.3.

⁹ TF, 2A.151/2003, consid. 2.2.

¹⁰ Message du CF LLCA, FF 1999 5368.

¹¹ TF, 2C_555/2014, consid. 5 = SJ 2015 I 226 ; 2A.191/2003, consid. 5.3.

¹² ATF 130 II 270, consid. 4, résumé in RDAF 2005 I 526. Cf. également CACJ/GE, ATA/475/2015.

¹³ ATF 130 II 270, consid. 4, résumé in RDAF 2005 I 526 ; TF, 2C_737/2008, consid. 3.3.

¹⁴ ATF 127 III 357, consid. 2c = JdT 2002 I 192.

¹⁵ TF, 4C.80/2005, consid. 2.2.1.

¹⁶ TF, 5A_582/2012, consid. 5.5.1.1.

¹⁷ TF, 2C_257/2010, consid. 3.3 ; 2A.151/2003, consid. 2.2.

¹⁸ SCHILLER, N 1547 ss, en particulier concernant l'absence de toute référence au concept de dignité dans la LLCA, N 1552-1553. Voir également l'analyse détaillée de FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 180-181 et BGFA-FELLMANN, in Fellmann/Zindel, art. 12 N 2b-3.

¹⁹ TF, 2A.448/2003, consid. 2 ; BOHNET/MARTENET, N 1163, qui relèvent que le devoir de dignité imposé par les lois cantonales allait généralement au-delà de ce que le devoir de diligence de l'art. 12 let. a LLCA requiert aujourd'hui de l'avocat.

décennies. Prenant appui sur le Message du Conseil fédéral²⁰, le Tribunal fédéral a en tout cas expressément relevé, en comparant le devoir de diligence de l'art. 12 let. a LLCA aux anciennes normes cantonales, que, « en l'absence d'indications que le législateur fédéral ait voulu limiter le champ d'application de la norme de droit fédéral qui leur a succédé, il y a lieu de penser que celle-ci a la même portée »²¹.

Parmi l'abondante jurisprudence – il existe plus de 350 arrêts rendus par le Tribunal fédéral depuis l'entrée en vigueur de la LLCA –, ce sont quelques décisions récentes, qui illustrent particulièrement bien le rôle particulier de l'avocat tel qu'il vient d'être décrit et son influence sur l'entier du droit régissant la profession, qui vont retenir l'attention.

I. L'indépendance

L'indépendance réclamée par le LLCA est soit structurelle – l'avocat doit travailler dans une structure qui lui garantisse une indépendance face à des tiers non-avocats (art. 8 al. 1 let. d LLCA) – soit une règle professionnelle que l'avocat doit suivre dans chacun de ses mandats (art. 12 let. b LLCA). C'est à ce double principe qu'il convient de se consacrer en premier lieu, tant il joue un rôle cardinal, puisque, selon les termes mêmes du Tribunal fédéral, il s'agit d'un principe mondialement connu²².

La coexistence de ces deux types d'indépendance a pour effet de tempérer la rigueur avec laquelle on apprécie l'indépendance structurelle. Le Tribunal fédéral considère en effet qu'« il n'est pas nécessaire pour être inscrit que toute atteinte à l'indépendance soit d'entrée de cause exclue ; l'inscription doit être refusée seulement lorsque, sans investigations approfondies, il apparaît avec une certaine vraisemblance que l'intéressé, du fait de sa situation particulière, ne remplit pas la condition de l'indépendance »²³.

A. L'indépendance structurelle

Depuis que le principe de l'exercice de la profession d'avocat sous la forme d'une personne morale a été admis par le Tribunal fédéral²⁴, une question restait vivement débattue dans la communauté juridique, celle du contrôle que les avocats inscrits à un registre devaient exercer sur la personne morale. Alors que Zurich admettait au sein de la personne morale la présence minoritaire de personnes non-avocats, il n'en allait pas de

²⁰ Message du CF LLCA (28 avril 1999), FF 1999 5368.

²¹ TF, 2A.191/2003 in fine.

²² ATF 130 II 87, consid. 4.1. Cf. également, CHÂTELAIN, p. 125-127.

²³ TF, 2C 433/2013, consid. 3 non publié à l'ATF 140 II 102.

²⁴ ATF 138 II 440.

même dans la plupart des autres cantons, solution restrictive soutenue par une large part de la doctrine, en particulier suisse romande : parmi les conséquences indésirables détectées par les opposants à la présence de tiers non-avocats figure précisément la perte d'indépendance. Même minoritaires, ces derniers seraient susceptibles d'influencer les avocats inscrits dans la pratique de leur métier et le respect de leurs règles professionnelles.

La question a trouvé sa conclusion – très attendue par le monde du barreau – le 15 décembre 2017, par le biais d'un arrêt du Tribunal fédéral saisi du recours d'une étude zurichoise qui comportait parmi ses actionnaires un expert fiscal²⁵. Dûment enregistrés à Zurich, les avocats qui la composaient avaient été admis du bout des lèvres dans la Canton de Vaud (arrêt de la Cour de droit administratif et public du 31 septembre 2016²⁶), mais leur inscription avait été refusée à Genève (arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du 11 octobre 2016²⁷), dont l'autorité de surveillance exigeait que tous les actionnaires soient des avocats inscrits.

Le Tribunal fédéral s'est rallié à cette conception restrictive, mettant une limite claire à l'ouverture qu'il avait manifestée en acceptant la pratique de la profession d'avocat sous la forme d'une personne morale : la liberté de forme juridique est certes reconnue aux avocats, mais ces derniers doivent être les seuls à la barre, à l'abri de toute influence externe dans l'exercice de leur métier. Cela leur interdit donc de s'associer de quelque manière avec des non-avocats.

A cet égard, on doit rappeler que la notion d'avocat inscrit vise non seulement les avocats titulaires d'un brevet suisse inscrits à un registre cantonal (art. 6 LLCA), mais également les avocats UE/AELE inscrits au tableau (art. 28 LLCA) qui sont assimilés en tout point aux avocats titulaires d'un brevet suisse inscrits à un registre cantonal. Ne peuvent en revanche prétendre revêtir la qualité d'avocats inscrits au sens de la LLCA les avocats ressortissants²⁸ d'autres pays que ceux de l'UE et de l'AELE, de sorte que des avocats employés d'une étude comportant parmi ses membres des avocats étrangers hors UE/AELE ne pourraient être inscrits, puisque qu'ils ne seraient pas considérés comme indépendants²⁹.

²⁵ ATF 144 II 147. Pour un commentaire de cet arrêt : BOHNET, SA d'avocats ; HETTICH ; RAUBER/NATER, Verbot gemischter Sozietäten ; von RECHENBERG (2018). Les principes énoncés dans cette décision ont été repris et confirmés dans deux arrêts subséquents : 2C_1004/2016 et 2C_1098/2016.

²⁶ TC/VD, Cour de droit administratif et public, GE.2016.0036.

²⁷ CACJ/GE, ATA/848/2016.

²⁸ Lorsque la LLCA se réfère à un « ressortissant », elle vise des nationaux des États parties aux accords bilatéraux, autrement dit ceux qui en ont la nationalité à titre exclusif ou partagé, et non pas les avocats qui sont seulement autorisés à plaider dans l'État considéré et qui y exercent leur activité principale ; cf. CACJ/GE, ATA/583/2017, consid. 5.

²⁹ ATF 140 II 102. Pour une présentation de cette question : RAUBER/NATER, Unabhängigkeit, passim.

Le résultat de cet arrêt est donc qu'une étude d'avocats – qu'elle revête la forme d'une personne morale, d'une société de personnes ou d'une société simple³⁰ – ne peut compter parmi ses actionnaires ou associés que des avocats inscrits au registre cantonal des avocats ou au tableau qui leur est réservé pour ce qui est des avocats UE/AELE.

Une analyse approfondie de la portée, des conséquences et du bien-fondé de cette décision sort du cadre de cette contribution, essentiellement consacrée à la pratique contractuelle de l'avocat. Il est donc renvoyé à une publication à venir dédiée à cette question spécifique³¹.

B. L'indépendance en tant que règle professionnelle

Dans un arrêt en apparence de faible importance, le Tribunal fédéral a également placé haut l'exigence de la règle professionnelle de l'indépendance (art. 12 let. b LLCA). Intrinsèquement liée à la prohibition des conflits d'intérêts (art. 12 let. c LLCA)³², cette règle est essentielle à la pratique du métier, puisqu'elle doit permettre à l'avocat de conduire un mandat sans interférences avec d'autres intérêts professionnels ou privés qui le lient. Les liens existant entre l'indépendance et la prohibition des conflits d'intérêts sont d'ailleurs si forts, que les deux notions se confondent parfois³³.

Un avocat défendait un époux dans une procédure pénale ouverte sur plainte déposée par l'épouse. Or l'avocat connaissait personnellement cette dernière, puisqu'il avait assisté au mariage du couple, mangé une année auparavant chez les conjoints et devait être considéré comme un ami de la famille.

Ne se cantonnant pas aux seules règles de la bienséance et de l'élégance – qui voudraient sans doute que l'on s'abstienne de plaider contre des connaissances sociales –, le Tribunal fédéral a placé l'analyse de la question dans le cadre de l'indépendance et de la prohibition des conflits d'intérêts. C'est fort de la constatation suivante qu'il est parvenu à cette conclusion : « Le conseil du prévenu a ainsi partagé, hors cadre professionnel, des moments de la vie du couple, ce à une période où les faits supposés de la plainte se déroulaient. Cela suffit à créer un risque concret de conflit d'intérêts ».

Il n'est pas aisé de tracer la limite de ce qui est acceptable de ce qui ne l'est pas en matière de conflits d'intérêts et d'indépendance. Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral

³⁰ BOHNET, SA d'avocats, p. 140 ; HETTICH, p. 249. Cf. CHÂTELAIN, N 1154-1167 qui met en évidence l'erreur qui consiste à confondre la forme juridique dans laquelle l'avocat exerce sa profession avec la question de l'indépendance.

³¹ CHAPPUIS in RDS 2019/2, à paraître.

³² ATF 135 I 261, consid. 5.7 = SJ 2009 I 386 ; 134 II 108, consid. 3 ; 130 II 87, consid. 4 = RDAF 2005 I 519 ; TF, 2C_885/2010, consid. 3.1 ; 2C_407/2008, consid. 3.2 ; 2A.310/2006, consid. 6 ; 1A.223/2002, consid. 5.2.

³³ CHAPPUIS, Tome I, p. 115.

se livre à une analyse rigoureuse de la situation juridique susceptible de faire naître un conflit d'intérêts. C'est ainsi qu'il a procédé dans le cas d'un avocat dont l'associé devait être entendu, en qualité d'administrateur, comme témoin dans une procédure pénale³⁴. Au terme d'une analyse systématique des droits et devoirs de chacun, il est parvenu à la juste conclusion que rien ne s'opposait à ce que l'on reconnût à l'avocat la capacité de postuler dans la procédure en cause.

En revanche, dans l'affaire des époux qui vient d'être évoquée, il apparaît que le Tribunal fédéral a été plus guidé – sans le faire ressortir expressément dans son arrêt – par des considérations générales sur la profession d'avocat et sur la confiance que ce dernier doit susciter auprès de l'ensemble des justiciables. En effet, l'arrêt – sommairement motivé – ne dit mot sur les faits précis dont l'avocat aurait eu connaissance relativement à la vie du couple, connaissance qui lui aurait assuré une position injustement privilégiée au détriment de l'épouse. A la lecture de la décision, on ne discerne donc que difficilement l'existence d'un véritable conflit d'intérêts concret.

En revanche, on voit plus facilement que l'avocat mettrait en péril son devoir de diligence envers la partie adverse et son indépendance. Ami du couple, il n'est en effet pas l'abri de partis-pris et d'idées partisans, en raison de sa participation personnelle à une situation devenue hautement conflictuelle. Si l'avocat a certes la mission de présenter de manière subjective les thèses de son mandant, il ne doit en revanche pas devenir le simple porte-parole et, encore moins, un acteur personnellement impliqué dans le conflit.

L'affaire en question est ainsi plus une illustration du devoir de diligence que la jurisprudence impose à l'avocat envers la communauté des justiciables qu'un véritable cas de conflit d'intérêts. On peut ainsi parvenir à la conclusion que, contrairement à un autre mandataire, l'avocat doit non seulement tenir compte des intérêts de son client, mais également dans une certaine mesure de ceux de tiers, au nombre desquels la personne à laquelle il est précisément opposé dans l'exécution de son mandat. Cette conclusion est à tout le moins paradoxale sous l'angle d'une analyse purement contractuelle ; en effet, le mandataire doit en principe tout mettre en œuvre pour parvenir au but ou au résultat recherché par son client, sans, ce faisant, prendre en considération des intérêts de tiers³⁵.

Cette exigence jurisprudentielle de la prise en compte des intérêts des autres justiciables ne doit donc pas être étendue à l'excès : on peut admettre sans difficulté qu'un climat de perpétuel affrontement et d'agression puisse nuire à la conduite des procédures auxquelles les avocats participent. Que l'on exige de ces derniers un minimum de respect

³⁴ TF, 2C_45/2016 ; pour une analyse de l'arrêt, CHAPPUIS, Les conflits d'intérêts de l'avocat administrateur, p. 179 ss.

³⁵ CHAPPUIS, Tome II, p. 166 ; SCHILLER, p. 1574.

des autres protagonistes ne semble donc pas inutile³⁶. Cela dit, on ne doit pas perdre de vue que l'avocat reste fondamentalement le mandataire de son client dont la défense des intérêts est la seule tâche qu'il assume. Les représentants de l'Etat et ceux de la partie adverse sont suffisamment armés pour se défendre contre les attaques dont ils pourraient faire l'objet³⁷.

II. Les honoraires

Il ne s'impose pas immédiatement à l'esprit que la question des honoraires de l'avocat soit intrinsèquement liée au statut spécial que ce dernier occupe dans le système juridique. Et pourtant, force est de reconnaître que tel est bien le cas, ainsi qu'on va le voir.

A. Les principes régissant la rémunération du mandataire

Le contrat de mandat peut être un contrat bilatéral imparfait³⁸, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il soit valablement conclu, qu'il impose des obligations aux deux parties. Il peut être gratuit (art. 394 al. 3 CO), de sorte que seul le mandataire a alors des obligations principales vis-à-vis de sa contrepartie.

A cet égard, il n'est pas sans intérêt d'indiquer que, contrairement à une idée largement reçue, le mandat n'a pas été gratuit depuis le droit romain et ne serait devenu onéreux que récemment. Depuis l'époque romaine classique, il apparaît en effet clairement que le mandataire avait droit à tout le moins à son défraiement, voire à une rémunération³⁹. Aujourd'hui, ce n'est cependant qu'exceptionnellement que le mandat est effectué à titre gratuit, la rémunération étant devenue la règle⁴⁰. En conséquence, le mandat est le plus souvent un contrat synallagmatique⁴¹.

Lorsque le mandat est onéreux, il n'est pas nécessaire, pour qu'il soit valablement conclu, que les parties se soient mises d'accord sur le montant de la rémunération. Si elle n'est pas fixée, elle sera déterminée par l'usage (art. 394 al. 3 CO). Il faut donc distinguer deux situations :

³⁶ Pour un cas d'application, TF, 2A.151/2003, consid. 2.2; cf. également CHAPPUIS, Tome I, p. 59-62.

³⁷ SCHILLER, N 1556.

³⁸ Tercier/Bieri/Carron, N 4307.

³⁹ Digeste (Ulpien), 50.13.1.12; TACITE, Annales, livre XI - § 6 et 7 et le commentaire qu'en fait GRELLET-DUMAZEAU, p. 123. Pour une présentation générale des honoraires dans le barreau romain, GRELLET-DUMAZEAU, p. 113- 130. Cf. également, PICHONNAZ, Droit romain, N 2310.

⁴⁰ Tercier/Bieri/Carron, N 4306.

⁴¹ Tercier/Bieri/Carron, N 4307.

- La première est celle où la rémunération a fait l'objet d'un accord contractuel entre les parties ;
- La seconde est celle où, à défaut d'un tel accord, la rémunération est déterminée par l'usage.

Lorsqu'aucun usage ne peut être établi, le tribunal doit déterminer la rémunération correspondant aux services rendus et leur étant objectivement proportionnée⁴².

B. Les principes régissant spécifiquement la rémunération de l'avocat

1. Les principes

Alors que, sauf disposition expresse contraire, le système contractuel suisse repose sur le principe de la liberté des conventions, il n'en va pas ainsi, dès lors qu'il s'agit d'un avocat et de son client, même si l'on affirme en jurisprudence et en doctrine que les honoraires de l'avocat sont fixés en premier lieu par la convention des parties⁴³.

La fixation des honoraires de l'avocat est en effet soumise à différentes limites qui découlent :

- du droit cantonal qui constitue une source importante en la matière, puisque les cantons ont gardé la compétence de la réglementer depuis l'entrée en vigueur de la LLCA⁴⁴, pour autant qu'elle ne concerne que l'activité judiciaire de l'avocat⁴⁵, la réglementation cantonale pouvant mener à une procédure dite de modération, par laquelle l'autorité compétente revoit le montant des honoraires facturés par l'avocat⁴⁶ ;
- du CO qui fait référence à l'usage (art. 394 al. 3 CO), en absence d'accord contractuel ;
- de la jurisprudence, objet de la présente analyse.

Ces considérations sont appelées à jouer un rôle important lorsqu'il va s'agir de déterminer si le montant de la rémunération réclamée par l'avocat est acceptable ou non. A cet égard, un très bref rappel historique peut utilement éclairer le débat. Déjà en droit

⁴² ATF 117 II 282 = JdT 1992 I 299, consid. 4c.

⁴³ ATF 135 III 259, consid. 2.2 ; DIAGNE, p. 37-38.

⁴⁴ ATF 135 III 259, consid. 2.2 ; 101 II 109 consid. 2, DIAGNE, p. 44.

⁴⁵ ATF 117 II 282 = JdT 1992 I 299, consid. 4a ; TF, 4A_481/2013, consid. 3.1 ; 4A_2/2013, consid. 3.1.1 ; BOHNET, Honoraires, N 35.

⁴⁶ Pour une présentation de la procédure de modération, son but, son fonctionnement et sa portée, DIAGNE, passim.

romain, un mandataire qui défendait un justiciable devant un tribunal pouvait recevoir une rémunération ; cependant elle devait être limitée, voire soumise à un maximum qui soit raisonnable⁴⁷.

Des concepts similaires se développèrent au Moyen-Âge durant lequel des édits royaux fixèrent une limite aux honoraires que les avocats pouvaient demander pour leurs services⁴⁸. Cette idée a perduré jusqu'à nos jours ; on lit en effet, à l'art. 18 al. 1 CSD, que « le montant des honoraires doit être approprié », alors que l'on trouve sous la plume du Tribunal fédéral que « la rémunération convenue doit demeurer dans un rapport raisonnable avec la prestation fournie et la responsabilité encourue par l'avocat, sans contredire d'une manière grossière le sentiment de justice »⁴⁹.

On retrouve donc systématiquement, à travers les époques et les systèmes juridiques, le principe selon lequel la rémunération de l'avocat doit être contenue dans certaines limites dites « raisonnables »⁵⁰.

2. La jurisprudence récente sur les limites des accords contractuels

Lorsque le montant de la rémunération de l'avocat est fixé dans la convention des parties, on considère que cette convention doit être respectée et que le juge ne peut le revoir⁵¹. Telle est l'interprétation qui est généralement donnée à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Dans un récent arrêt⁵², consacré au *pactum de palmario*, le Tribunal fédéral est pourtant venu apporter un sérieux tempérament à ce principe. Le *pactum de palmario* est la convention par laquelle les parties prévoient que la rémunération de l'avocat sera fixée par les critères usuels (notamment un tarif horaire) et, en cas de succès, augmentée d'une prime de résultat⁵³.

Le Tribunal fédéral avait eu l'occasion de se prononcer sur la conformité d'un tel pacte avec le droit cantonal relatif aux honoraires⁵⁴, dans des procédures d'exequatur de

⁴⁷ Voir notamment, TACITE, Annales, livre XI - § 6 et 7 ; Digeste (Ulpian), 50.13.1.12. Cf. également DIAGNE, p. 53-56.

⁴⁸ KARPIK, p. 40-41. Pour d'autres exemples, voir également DIAGNE, p. 56-59.

⁴⁹ TF, 5A_582/2012, consid. 5.5.1.1.

⁵⁰ On retrouve la même idée en droit français où une note d'honoraires peut être revue par le juge et conduire à une sanction disciplinaire, cf. ADER/DAMIEN, N 721.31-721.33.

⁵¹ Diagne, p. 132 ss ; Harari /Corminboeuf, p. 250.

⁵² ATF 143 III 600.

⁵³ Pour une analyse critique de cet arrêt, BOHNET, Pactum de palmario ; FELLMANN/HÄFLIGER ; RAUBER/NATER, Pactum de palmario.

⁵⁴ ATF 135 III 259, consid. 2.4.

décisions étrangères⁵⁵ ou dans une procédure de mainlevée d'opposition fondée sur une sentence arbitrale étrangère⁵⁶. C'est donc la première fois que le Tribunal fédéral a eu à se pencher sur la question en droit interne suisse, avec un plein pouvoir d'examen ; il a reconnu qu'une telle convention était valable, mais qu'elle ne devait cependant pas dépasser certaines limites. La justification de telles limites se trouve, selon les juges fédéraux, dans le principe d'indépendance⁵⁷, laquelle se trouve à l'origine de la prohibition déontologique puis légale (art. 12 let. e LLCA) du *pactum de quota litis*. Si la prime convenue est trop importante, elle serait alors de nature à impliquer l'avocat personnellement dans le résultat et, en conséquence, à lui faire perdre sa capacité de jouer pleinement le rôle de conseiller qu'il doit assumer envers son client.

Le Tribunal fédéral met trois conditions à la validité de l'accord contractuel portant sur une prime de résultat :

- Premièrement, pour ne pas contourner l'interdiction du *pactum de quota litis* (art. 12 let. e LLCA), l'avocat doit recevoir une véritable rémunération de base, indépendamment du *pactum de palmario*. Cette rémunération doit être convenable et assurer à l'avocat un montant qui couvre ses charges et lui procure un bénéfice raisonnable, cela quel que soit le résultat du procès.
- Deuxièmement, la rémunération dépendant du résultat (la prime) ne doit pas être plus élevée que la rémunération de base. Le but recherché est d'éviter que, essentiellement motivé par le gain personnel qu'il pourrait réaliser en cas succès, l'avocat perde son indépendance et, partant, également celle de véritable conseiller du client, qualité essentielle de la profession qu'il exerce⁵⁸. Le raisonnement du Tribunal fédéral est sur ce point assez paradoxal. En effet, tout en disant se refuser à mettre une limite supérieure à cette prime, il en fixe néanmoins une, puisqu'il pose le principe selon lequel le montant de la prime de résultat ne doit pas dépasser celui des honoraires calculés selon les critères habituels⁵⁹. Autrement dit, la convention d'honoraires ne peut pas prévoir que le montant total de la rémunération de l'avocat – prime de résultat comprise – dépassera le double du montant des honoraires de base.
- Troisièmement, l'accord de rémunération de l'avocat comprenant une prime de résultat doit être passé en début de mandat ou après la fin du litige, afin d'éviter que

⁵⁵ TF, 5P.128/2005.

⁵⁶ TF, 5A_409/2014, consid. 7.2.2.

⁵⁷ TF, 4A_240/2016, consid. 2.7.4.

⁵⁸ Cette analyse de la perte d'indépendance de l'avocat par un tel pacte de rémunération est critiquée par WERRO, p. 239-240. Pour une critique de l'interdiction du *pactum de quota litis* en droit français, ADER/DAMIEN, N 711.51-711.54.

⁵⁹ ATF 143 III 600, consid. 2.7.5 : « Auf die Festlegung einer fixen Obergrenze wird verzichtet. Klar überschritten ist die Grenze aber jedenfalls, wenn das erfolgsabhängige Honorar höher ist als das erfolgsunabhängige Honorar ».

cet accord ne puisse être presque imposé au client en cours d'exécution de mandat, période où il manquerait de la liberté nécessaire face à son avocat pour s'engager dans une telle convention.

C. Réflexions sur la justification des limites apportées à la liberté contractuelle

1. Le critère du caractère raisonnable des honoraires

Si l'on veut bien comprendre la justification générale des limites posées au montant des honoraires de l'avocat, elle surprend à double titre dans la concrétisation juridique qu'en a donnée le Tribunal fédéral :

- Premièrement, face au silence de la loi administrative sur cette question, la solution du Tribunal fédéral prend place dans l'interprétation de normes dispositives de droit privé qui ne limitent en principe pas les parties dans l'élaboration de leur convention.
- Deuxièmement, cette solution semble devoir s'appliquer – en tout cas le Tribunal fédéral ne dit pas clairement le contraire – à toutes les activités de l'avocat.

C'est donc à l'analyse de cette double singularité qu'il faut se consacrer maintenant.

La première tâche consiste à s'interroger sur les principes juridiques qui fonderaient l'obligation faite aux avocats de facturer des honoraires « raisonnables », limitation qui ne s'étend pas à tous les mandataires et autres prestataires de services.

Le droit contractuel suisse, essentiellement fondé sur le système de la liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO), retient qu'il n'y a pas de prix juste en lui-même, sinon celui que les parties ont arrêté entre elles⁶⁰ ; le droit privé ne procède pas à un contrôle général des prix⁶¹ ni ne tient pour illicite *ipso iure* un prix excessif⁶². C'est ce qu'on désigne par le concept de « loi des parties »⁶³ qui veut que ces dernières fixent librement l'équilibre et la justesse de la valeur des prestations échangées et soient liées par l'accord qu'elles ont passé sur ce point

Cela ne va cependant pas sans exceptions, lorsque le législateur considère que, en raison de certaines caractéristiques de la relation des parties, une protection particulière est

⁶⁰ TERCIER, p. 72.

⁶¹ TERCIER, p. 78. Sont réservées les dispositions de droit public, en particulier celles de la Loi fédérale concernant la surveillance des prix (RS 942.20), lorsqu'un abus de prix, sur un marché donné, découle de l'absence d'une concurrence efficace.

⁶² TERCIER, p. 78.

⁶³ Par exemple, TF, 4C.23/2004, consid. 3.2.

nécessaire. Quand il lui paraît qu'il s'impose de protéger une partie faible pour ce qui a trait au montant du prix de la contreprestation, il le fait expressément :

- En vertu de l'art. 163 al. 3 CO, le juge peut réduire les clauses pénales qui sont excessives.
- Les art. 269 ss CO limitent le rendement que le bailleur peut obtenir d'un bien commercial ou d'habitation.
- L'art. 406h CO, concernant le courtage matrimonial, dispose que « lorsqu'une rémunération ou des frais excessifs ont été stipulés, le mandant peut demander au juge de les réduire équitablement ». Cette nouvelle réglementation du courtage matrimonial a été introduite dans le CO le 1^{er} janvier 2000, à l'occasion de la révision du droit du divorce, notamment dans le but de prévenir des abus contre les personnes recourant aux services d'agences matrimoniales⁶⁴.
- L'art. 417 CO interdit un salaire excessif au courtier lorsqu'il exerce son activité pour la conclusion d'un contrat individuel de travail ou une vente d'immeuble. Il s'agit d'une disposition dont le caractère exceptionnel réclame une interprétation qui doit être restrictive⁶⁵.

En revanche, le salaire de l'employé est largement régi par la liberté contractuelle, le CO étant muet sur un montant maximum ou minimum de la rémunération. Au niveau fédéral, il n'existe pas de salaires minimums étatiques⁶⁶, sous réserve de l'extension des conventions collectives⁶⁷ et de l'intervention de l'autorité pour fixer des salaires minimaux lorsque les conditions de l'art. 360a CO sont réunies. L'acceptation, le 26 février 2008, de l'initiative « contre les rémunérations abusives » a mené à l'entrée en vigueur de l'art. 95 al. 3 Cst., puis à celle de l'Ordonnance du Conseil fédéral contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse⁶⁸. Il existe également des règles relatives aux rémunérations pour les établissements assujettis à la FINMA⁶⁹. C'est donc le droit public – et non le CO – qui, dans des domaines spécifiques, intervient pour limiter les rémunérations abusives.

Le droit du mandat ne pose quant à lui aucune limite en la matière, puisqu'il se contente d'énoncer qu'« une rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une » (art. 394 al. 3 CO). La pratique montre que les formes les plus diverses de rémunération sont convenues entre les parties, que ce soit selon le temps consacré à

⁶⁴ CR CO I-WERRO, art. 406h N 1.

⁶⁵ ATF 106 II 56 = JdT 1980 I 289.

⁶⁶ Wylter/Heinzer, p. 135.

⁶⁷ Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, RS 221.215.311.

⁶⁸ RS 221.331.

⁶⁹ FINMA, Circulaire 2010/1, Systèmes de rémunération.

l'exécution de la mission, selon un forfait, selon un pourcentage des intérêts en jeu, en fonction du résultat obtenu ou encore par la combinaison de plusieurs de ces méthodes⁷⁰. C'est ainsi que le gestionnaire de fortune se voit libre de convenir avec son mandant la rémunération qui lui paraît appropriée⁷¹ ; seules les règles du marché interviennent pour limiter l'appétit financier du gestionnaire face à ses concurrents. Il en va de même de tous les autres consultants, informatiques, comptables, techniques et autres qui ne se heurtent qu'aux seules règles du marché d'une part et de l'interdiction de la lésion (art. 21 CO) d'autre part. La situation des médecins doit être mise à part, puisque la fixation de leurs honoraires est très largement influencée par le système découlant de leur remboursement par l'assurance maladie et l'instauration du tarif TARMED⁷².

Dans d'autres contrats de service du CO, tel le contrat d'entreprise, le Tribunal fédéral a même expressément relevé qu'il n'y avait aucune limite, hormis celles des vices de la volonté, la lésion en particulier. Il a ainsi relevé que le prix forfaitaire d'un ouvrage peut être « déraisonnable, voire injustifiable sur un plan purement comptable », mais que, en vertu de la force obligatoire des contrats et sauf vice du consentement, l'accord auquel les parties sont parvenues constitue leur loi, qui ne peut plus être remise en cause⁷³. Ainsi, hormis le mode particulier de correction du prix forfaitaire institué à l'art. 373 al. 2 CO (circonstances extraordinaires), ce sont donc les seuls remèdes habituels (lésion, erreur essentielle et crainte fondée) qui sont à la disposition du maître, pour corriger des déséquilibres excessifs dans la valeur des prestations échangées⁷⁴.

L'absence de toute limitation relative à la fixation du prix est également la règle dans le droit de la vente où seuls les moyens ordinaires – que ce soit la lésion (art. 21 CO) ou l'interdiction posée par le droit de la concurrence des pratiques d'entreprises en position dominante – sont à disposition de l'acheteur face aux prétentions excessives de sa contrepartie⁷⁵.

En ce qui concerne l'avocat, la règle selon laquelle sa rémunération se devrait d'être « raisonnable », ne trouve donc pas d'assise dans le droit du mandat ; elle ne devrait avoir place que dans le droit cantonal sur la profession d'avocat, lorsque ce dernier peut s'appliquer, c'est-à-dire en matière judiciaire (*supra* II.B.1).

⁷⁰ BK-FELLMANN, art. 395, N 441-459 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4597.

⁷¹ A titre d'exemple, on peut mentionner l'art. 14 des Directives concernant le mandat de gestion de fortunes de l'Association suisse des banquiers qui se contente de préciser que « la banque règle la nature, les modalités et les éléments de sa rémunération dans le mandat de gestion de fortune (art. 2 des présentes Directives), dans une annexe au mandat ou dans une convention séparée ».

⁷² Le médecin est soumis à un devoir d'information envers le patient portant sur le fait qu'un traitement n'est pas couvert par l'assurance-maladie : ATF 119 II 456 et TF, 9C_65/2015, consid. 7.3.

⁷³ TF, 4C.23/2004, consid. 3.2.

⁷⁴ Tercier/Bieri/Carron, N 4005 ss.

⁷⁵ Tercier/Bieri/Carron, N 862-865.

Le traitement jurisprudentiel qui est réservé à l'avocat est d'autant plus frappant que la seule différence légale qui existe entre les avocats et les autres mandataires est l'interdiction administrative qui est faite aux premiers de convenir d'une rémunération fondée exclusivement sur le résultat (*pactum de quota litis*, art. 12 let. e LLCA), alors que ce mode de rémunération est aussi licite qu'habituel chez les architectes et les ingénieurs⁷⁶. C'est donc une intervention du droit public dans la conclusion d'un contrat entre un avocat et son client qui justifie cette différence de traitement et non une lecture jurisprudentielle des normes du CO spécifique à la profession d'avocat.

Il en va différemment du *pactum de palmario* et, plus généralement, de la fixation des honoraires qui ne font l'objet d'aucune norme dans la loi administrative, mais d'une riche réglementation jurisprudentielle. Le but poursuivi par les limitations que cette dernière pose à la liberté contractuelle de l'avocat, largement soutenu par la doctrine, est de s'assurer que l'avocat joue son rôle de garant de l'accès du public à la justice, en évitant qu'il ne pratique des tarifs prohibitifs empêchant la majorité des justiciables d'avoir recours à ses services⁷⁷. Plus encore, elle concourrait à renforcer la réputation de la profession d'avocat tout entière⁷⁸ qui pourrait être atteinte par un appétit financier démesuré de certains de ses membres.

On retrouve ici un effet du principe considéré comme acquis, même si non exprimé dans la loi, selon lequel le comportement de l'avocat doit être conforme à la dignité de la profession. Les auteurs qui critiquent cette approche le font en particulier concernant les honoraires. Ils rappellent que l'avocat a le droit de vouloir gagner de l'argent et que la LLCA ne contient aucune base qui fonderait une limitation suffisante à la liberté économique⁷⁹.

2. Les critères d'auxiliaire de la justice et de monopole

La conclusion à laquelle le chapitre précédent conduit est que le droit contractuel s'imisce rarement dans la régulation économique et sociale des activités des cocontractants, sauf lorsqu'il contient des dispositions impératives destinées à protéger une partie faible. Cette tâche revient en principe au droit public, qu'il soit fédéral ou cantonal selon la répartition des compétences, lorsque le législateur considère que l'intérêt public le commande.

Or c'est à dessein que la LLCA ne réglemente pas la question des honoraires, se contentant d'interdire le *pactum de quota litis* (art. 12 let. e) et de mettre à la charge de

⁷⁶ TERCIER/BIERI/CARRON, N 4597-4598 et 4716.

⁷⁷ ATF 135 III 259, consid. 2.2 ; 117 II 282, consid. 4a ; DIAGNE, p. 44 ss et références citées en notes 235 et 241 ; SCHILLER, N 90.

⁷⁸ Valticos/Jacquemoud-Rossari, p. 263 ; Diagne, p. 45.

⁷⁹ SCHILLER, N 1569.

l'avocat un devoir d'information envers son mandant quant à son mode de facturation (art. 12 let. i). C'est donc sur le fait que l'avocat serait le garant de l'accès à la justice, de surcroît au bénéfice d'un monopole, que la jurisprudence se fonde pour imposer des limitations à la liberté contractuelle de l'avocat. Cela procède cependant d'une simplification qui doit être tenue pour excessive pour les raisons qui suivent.

Premièrement l'avocat ne dispose d'un monopole que pour la défense des prévenus en procédure pénale (art. 127 CPP), ainsi que pour la représentation professionnelle en procédure civile, mais non devant l'autorité de conciliation, ni dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée, ni dans les affaires soumises à la procédure sommaire, ni encore devant que les juridictions spéciales que les cantons peuvent instituer en matière de conflits du travail ou de bail (68 CPC). Devant le Tribunal fédéral, les avocats ont un monopole de représentation des parties en droit civil et en droit pénal, mais non en droit public (art. 40 LTF). Même s'ils sont au bénéfice de larges monopoles, les avocats ne peuvent donc pas être regardés comme l'unique accès à la justice dans tous les domaines.

Deuxièmement, les activités typiques⁸⁰ de l'avocat ne se limitent pas à la représentation en justice. Le conseil juridique en fait également partie⁸¹. Or, dans ce domaine, non seulement il n'y a pas de monopole consenti aux avocats, mais ces derniers ont à faire face à une forte concurrence : notaires, juristes indépendants, juristes d'entreprise, experts fiscaux, banques, fiduciaires, assurances et avocats étrangers sont autant de prestataires juridiques capables de rendre des services qui se confondent avec ceux que rendent les avocats inscrits à un registre. Dans ces domaines, l'avocat n'est ainsi de loin pas le seul garant de l'accès à la justice et au droit. La justification donnée est ainsi quelque peu mise à mal.

3. Le critère du moment auquel est conclu le *pactum de palmario*

Si l'on examine la contrainte posée par le Tribunal fédéral de conclure la convention soit au début soit à la fin du mandat, on se l'explique difficilement, de même que l'on peine à comprendre la rigidité de ce principe jurisprudentiel.

a. Le critère du moment de conclusion dans le système général du CO

Premièrement, une telle limitation établie par voie prétorienne entre en contradiction avec le système contractuel du Code civil et du Code des obligations qui ne comportent pratiquement aucune règle relative au moment de la conclusion d'un accord privé.

⁸⁰ Sur la notion d'activités typiques, ATF 143 IV 462, consid. 2.2 ; 135 III 597, consid. 3.3 ; 130 II 193, consid 5.1. Cf. également, RAUBER/NATER, *Anwaltstätigkeit*, passim.

⁸¹ CHAPPUIS, Tome I, p. 31 et références jurisprudentielles et doctrinales citées.

De telles contraintes temporelles sont en effet rares dans le texte légal. On peut songer :

- à l'art. 636 CC qui prohibe la conclusion de pactes sur des successions non ouvertes ;
- à l'art. 126 CO qui interdit au débiteur de renoncer d'avance à la compensation ;
- à l'art. 141 CO qui frappe de nullité tout accord par lequel un débiteur renonce de manière anticipée à la prescription ;
- à l'art. 341 al. 1 CO qui dispose que le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

C'est donc dire que la jurisprudence, en fixant le moment où un accord peut être conclu, introduit dans la liberté contractuelle de l'avocat et de son client une limitation exorbitante du droit contractuel, d'autant plus particulière qu'elle ne semble s'appliquer qu'aux avocats, à l'exclusion de tout autre mandataire. Si l'on voulait aller au bout du raisonnement, il faudrait d'ailleurs interdire toute modification du mode de rémunération arrêté au début du mandat – et non seulement la conclusion d'un *pactum de palmario* –, ce qui serait une atteinte encore plus profonde portée à la liberté des parties.

b. L'importance du droit de résiliation de l'art. 404 CO

Deuxièmement, la limitation posée par le Tribunal fédéral est excessive en ce qu'elle ne s'harmonise pas avec le caractère impératif de l'art. 404 CO qui permet au client de mettre un terme au contrat à tout moment. On doit en effet garder à l'esprit que, malgré les critiques récurrentes de la doctrine⁸², le Tribunal fédéral retient de manière claire et affirmée que l'art. 404 CO permettant la résiliation en tout temps est de nature impérative⁸³.

Il en résulte que tant le client que l'avocat peuvent résilier le mandat tout au long de son exécution, aucune convention contraire ne pouvant limiter ce principe. Or l'expérience enseigne que les clients changent fréquemment d'avocat en cours de procédure, lorsqu'ils ne sont pas satisfaits des services reçus ou de la qualité de la relation. On ne voit pas qu'il en aille différemment, lorsque la pomme de discorde survenant en cours de mandat entre le client et l'avocat est le mode de rémunération de ce dernier. En conséquence, le client peut changer d'avocat si un désaccord survient sur la rémunération.

Il est cependant vrai que la résiliation du mandat peut ne pas aller sans créer des inconvénients importants pour le client, notamment en l'exposant aux frais provoqués

⁸² Tercier/Bieri/Carron, N 4616 ss.

⁸³ Parmi les nombreux arrêts traitant de la question, TF, 4A_680/2016, consid. 3.1.

par la mise au courant d'un nouvel avocat et par la prise de connaissance du dossier par ce dernier, ce que le Tribunal fédéral relève expressément⁸⁴. Or on ne peut évidemment pas exclure que ce soit en raison de motifs égoïstes et mercantiles que l'avocat, qui réaliserait en cours de mandat que la cause a de grandes chances de succès, décide de proposer une modification du mode de rémunération, demandant à être intéressé au résultat du procès. Dans ces conditions, il est indéniable que le client risque de se trouver dans une situation de faiblesse face à son avocat, en particulier si celui-ci assortit sa demande d'une participation aux gains du procès d'une menace de résiliation du contrat.

Il faut alors distinguer deux situations :

- L'avocat résilie le contrat, en raison du refus de son client d'accepter de conclure un *pactum de palmario* en cours de mandat ;
- Le client résilie le contrat, en raison des pressions exercées par son avocat afin qu'il conclue un *pactum de palmario* en cours de mandat.

c. La résiliation du mandat par l'avocat

Si c'est l'avocat qui met fin au contrat, face au refus de son client de modifier en cours de mandat le mode de rémunération initialement convenu, il s'expose à la sanction de l'art. 404 al. 2 CO qui le rend responsable du dommage causé par une résiliation en temps inopportun.

A cet égard, il est important de garder à l'esprit que l'expression utilisée par le texte légal est trop étroite⁸⁵ : en sus du critère temporel énoncé à l'art. 404 al. 1 CO (temps inopportun), l'absence de justification sérieuse à la résiliation est l'élément essentiel qui est retenu par la jurisprudence. Selon cette dernière, la résiliation intervient sans motif sérieux si l'on ne discerne pas de circonstances qui soient de nature, d'un point de vue objectif, à rendre insupportable la continuation du contrat, en particulier à rompre le rapport de confiance avec le cocontractant⁸⁶.

Il n'est pas douteux que la volonté exprimée en cours de mandat par l'avocat de participer au gain du procès, dans une mesure où la rémunération ainsi recherchée excéderait ce qui est raisonnable, ne constitue pas un motif admissible de résiliation. Ce comportement n'est pas protégé par le droit de résilier le contrat en tout temps et ouvre alors la voie à un devoir d'indemnisation de l'avocat envers le client exposé à une fin abrupte du contrat.

⁸⁴ TF, 4A_240/2016, consid. 2.7.5 in fine.

⁸⁵ Tercier/Bieri/Carron, N 4624.

⁸⁶ ATF 134 II 297 consid. 5.2 ; TF, 4A_601/2015, consid. 1.2.1 ; 4A_36/2013 consid. 2.5.

A relever enfin que, si l'avocat exploite réellement la situation délicate dans laquelle la menace de résiliation du mandat placerait son client, on se trouverait alors dans un cas de lésion, situation qui est susceptible de mener à l'invalidation de l'accord par le client⁸⁷, en vertu de l'art. 21 CO. A cet égard, on doit constater que cette disposition est interprétée de manière si restrictive par la jurisprudence⁸⁸ qu'elle n'est pratiquement jamais appliquée. Les arrêts qui retiennent l'existence d'une lésion sont en effet si rares⁸⁹, que l'art. 21 CO n'est pas loin de tomber en désuétude, à la notable exception cependant de l'arrêt *Tonwerke Thayngen AG c/ Fussballclub Lohn*⁹⁰ qui a constitué une avancée importante dans l'interprétation de l'art. 21 CO⁹¹, ainsi qu'on va le voir. Se fondant notamment sur l'aspect social de certains contrats⁹² ainsi que sur la justice contractuelle⁹³, le Tribunal fédéral a retenu, contrairement à la lettre de la loi, qu'une invalidation prononcée conformément à l'art. 21 CO ne conduisait pas obligatoirement à la nullité du contrat, mais également à une invalidation partielle, ce qui autorise le juge à réduire la prestation excessive⁹⁴.

Compte tenu cette solution permettant la correction du montant de la rémunération, il serait sans doute plus avisé de concevoir avec une souplesse accrue l'application de l'art. 21 CO que de frapper de nullité – par voie jurisprudentielle – toute convention de rémunération conclue en cours d'exécution du mandat de l'avocat, même lorsque le client n'est en rien lésé par les conditions qui lui sont proposées. En d'autres termes, le client, dont la gêne aurait été exploitée par son avocat pour obtenir une rémunération inadmissible, pourrait demander au juge la réduction de la prime de résultat convenue avec son avocat.

Enfin, on pourrait également s'interroger sur l'application de l'art. 20 al. 1 CO et tenir pour contraire aux mœurs une convention assurant à l'avocat une rémunération dont le caractère abusif et disproportionné serait crasse. Dans un ancien arrêt, le Tribunal fédéral a, il est vrai, considéré qu'une disproportion entre la prestation et la contreprestation n'est pas à elle seule contraire aux mœurs⁹⁵, alors que, quelques années auparavant, il avait fait application de l'art. 20 CO à un contrat de prêt dont le taux était fixé à 26 %⁹⁶. Un important courant de doctrine s'est éloigné de la conception restrictive retenue dans le

⁸⁷ Fellmann/Häfliger, p. 502.

⁸⁸ Voir par exemple, TF, 4A_491/2015 et références citées.

⁸⁹ Notamment, ATF 123 III 292 = JdT 1998 I 586 ; 92 II 168 = JdT 1967 I 130 ; 84 II 107. Pour une analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la lésion, CAMPI, p. 34 ss.

⁹⁰ ATF 123 III 292 = JdT 1998 I 586.

⁹¹ TERCIER, p. 77 ss ; CAMPI, p. 36 ss.

⁹² ATF 123 III 292 = JdT 1998 I 586, consid. 2, e, cc.

⁹³ ATF 123 III 292 = JdT 1998 I 586, consid. 2, e, cc.

⁹⁴ ATF 123 III 292 = JdT 1998 I 586. Voir l'analyse de CAMPI, p. 36-37 et, celle, plus générale sur le concept de prix abusif, de TERCIER, p. 77 ss.

⁹⁵ ATF 115 II 232, consid. 4.

⁹⁶ ATF 93 II 189.

dernier arrêt et considère généralement qu'une disproportion crasse entre les prestations doit être tenue pour contraire aux mœurs⁹⁷.

Ici aussi, plutôt que de frapper de manière générale de nullité toute convention de *palmario* passée entre l'avocat et son client en cours de mandat – interdiction fondée sur la pétition de principe que le client ne serait pas en mesure de négocier –, il serait préférable de repenser de manière plus approfondie la sanction d'un prix abusif sur la base des règles existant dans le CO et dont la jurisprudence a rendu les conditions d'application si sévères qu'elles restent le plus souvent lettre morte⁹⁸.

d. La résiliation du mandat par le client

Si la résiliation est prononcée par le client qui refuse d'accepter les exigences nouvelles de son avocat, les conséquences juridiques en sont les suivantes.

Le fait de devoir mettre fin à un contrat en raison d'un comportement abusif de son cocontractant constitue un juste motif de résiliation qui donne droit à réparation de la part de celui dont le comportement a provoqué la rupture du contrat⁹⁹. En conséquence, si c'est le client qui décide de mettre fin au contrat, en raison des exigences financières excessives de son avocat, il pourra invoquer le principe selon lequel le comportement de l'une des parties qui ruine le rapport de confiance doit être tenu pour un juste motif de résiliation¹⁰⁰, ce qui fera naître en faveur du client une prétention en indemnisation des conséquences patrimoniale de cette violation contractuelle.

Cette solution, qui s'impose dans le mécanisme général de l'art 97 CO, est d'ailleurs expressément prévue par le droit du travail¹⁰¹. Ce dernier – applicable à la responsabilité du mandataire par renvoi de l'art. 398 al. 1 CO – dispose que « si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail ».

⁹⁷ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 N 71a ; BK-KRAMER, art. 19-20, N 202-205 ; HUGUENIN, N 422 ; SCHWENZER, N 32.32 ; contra, GAUCH /SCHLUEP/SCHMID /EMMENEGGER, N 676, pour lesquels cette interprétation de l'art. 20 al. 1 CO doit être rejetée, la situation visée étant exclusivement réglée par l'art. 21 CO. Pour un exposé détaillé sur le rapport, discuté en doctrine, entre la contrariété aux mœurs, selon l'art. 20 al. 1 CO, de prestations gravement disproportionnées et les règles de la lésion de l'art. 21 CO, cf. BK-KRAMER, art. 19-20, N 202-205. Il conviendrait encore d'approfondir la réflexion sur l'application de l'art. 27 CC aux engagements excessifs et de mettre ce dernier en rapport avec les art. 20 et 21 CO. Il est renvoyé sur ce point à PIOTET, *passim*.

⁹⁸ Voir l'analyse de TERCIER, p. 78 ss.

⁹⁹ Venturi Zen-Ruffinen, N 1329-1330.

¹⁰⁰ ATF 134 II 297 = JdT 2009 I 720, consid. 5.2 ; TF, 4C.251/2000, consid. 2d. ; 4C.362/1997 publié in SJ 1998 617, consid. 2.

¹⁰¹ Venturi Zen-Ruffinen, N 1330.

e. Conclusion

Autrement dit, si l'on veut protéger le client des risques liés à une modification du mode de rémunération, alors que, en raison des circonstances du moment, il se trouverait dans une position défavorable pour négocier, il existe d'autres voies, plus en harmonie avec le système général du droit des contrats, en particulier avec la jurisprudence rendue dans le contexte d'autres contrats beaucoup plus protecteurs que ne l'est le droit du mandat.

Cela est d'autant plus nécessaire que la solution retenue par le Tribunal fédéral peut mener à une impasse : l'avocat ne peut conclure avec son client un *pactum de palmario* en cours de mandat. Si cette impossibilité mène à la résiliation du mandat – par l'avocat ou par le client – ce dernier n'aura d'autre solution que de recourir aux services d'un nouvel avocat qui, quant à lui, pourra conclure sans difficulté une telle convention, puisqu'il le fera au début de la relation contractuelle¹⁰². Si ce dernier procède de la sorte, le client risque alors de se trouver lié par une convention d'honoraires similaire à celle recherchée par son précédent conseil, tout en se trouvant exposé aux désagréments et inconvénients liés au changement d'avocat en cours d'affaire. Selon les circonstances du cas d'espèce, sa possible situation de faiblesse ne sera pas améliorée, la recherche d'un nouvel avocat en urgence n'étant pas la position la plus propice pour négocier. Autrement dit, on oblige le client à lâcher la proie pour l'ombre.

La situation à laquelle la solution du Tribunal fédéral conduit est paradoxale puisqu'elle parvient à un résultat plus strict que celui qui prévaut dans des domaines aussi réglementés que le droit du bail et le droit du travail largement tournés vers la protection d'une partie réputée faible. C'est ainsi qu'il a été jugé que n'est, en principe, pas contraire aux règles de la bonne foi, au sens de l'art. 271 al. 1 CO, le congé motivé exclusivement par la volonté du bailleur d'obtenir d'un nouveau locataire un loyer plus élevé, mais non abusif selon la méthode de calcul absolue que le loyer payé par le locataire congédié¹⁰³. Autrement dit, « il n'y a pas abus de droit à donner son congé au locataire en vue d'obtenir d'un nouveau locataire un loyer plus élevé, sous réserve d'une éventuelle attitude contradictoire de l'intéressé »¹⁰⁴.

Il en est de même en matière de contrat de travail : « La jurisprudence, suivant l'avis de la doctrine dominante, admet le principe d'un congé-modification, car, comme tout contrat, le contrat de travail n'est pas immuable ; il peut cependant y avoir abus dans certaines circonstances »¹⁰⁵.

En conclusion sur ce point, force est de constater que l'interdiction de conclure un *pactum de palmario* en cours de mandat n'est pas en harmonie avec le régime

¹⁰² Fellmann/Häfliger, p. 503.

¹⁰³ ATF 120 II 105.

¹⁰⁴ PICHONNAZ, Abus de droit, N 69.

¹⁰⁵ TF, 4C.317/2006, consid. 3.2.

extrêmement libéral régissant ce contrat dans le CO. Cette limitation est d'autant moins appropriée qu'elle n'entretient pas de lien véritable avec le sujet essentiel de l'arrêt qui était celui de déterminer dans quelle mesure le *pactum de palmario* serait susceptible de faire perdre à l'avocat son indépendance, en raison de l'intérêt personnel qu'il aurait dans l'issue du procès. A cet égard, que le fait que la convention soit conclue au début du mandat ou au cours de celui-ci reste sans influence.

Enfin, la limitation du montant de la prime de résultat décrétée par le Tribunal fédéral dans le même arrêt suffirait en elle-même à écarter le risque que l'avocat tente de tirer profit de la situation délicate dans laquelle son client se trouverait pour obtenir une rémunération excessive. La condition de temps est ainsi superfétatoire¹⁰⁶.

4. Le risque d'une limitation au financement du procès imposée au client

En réalité, la mesure de protection risque de se retourner contre celui qu'elle est censée protéger. L'interdiction pure et simple de la conclusion d'un *pactum de palmario* est particulièrement malheureuse si l'initiative en revient au client lui-même.

En pratique, les cas ne sont pas exceptionnels de clients qui, gênés par l'ampleur que prend leur procès et celle des coûts qu'il engendre, demandent spontanément à leur avocat de convenir d'un nouveau mode de rémunération, dont le montant de base serait baissé et assorti d'une prime de résultat en cas de succès¹⁰⁷. Ce mode de faire peut constituer pour un client une façon de financer son procès, sans pour autant porter atteinte à l'indépendance de son avocat, si la participation de ce dernier au résultat du procès reste dans des limites acceptables.

Le client ne pourra ainsi plus négocier en cours de mandat une modification des termes contractuels afférents à la rémunération de l'avocat, même si ce dernier est pourtant disposé à entrer en matière. Interdire purement et simplement la possibilité de conclure un tel accord revient à mettre le client sous tutelle, présumant son incapacité à négocier avec son avocat. Il va donc se trouver dans l'incapacité – jurisprudentielle si l'on peut dire – de trouver une solution à son problème de financement et il ne risque de n'avoir d'autre solution que de mettre un terme au mandat de son avocat, voire à son procès.

¹⁰⁶ Fellmann/Häfliger, p. 503.

¹⁰⁷ Dans ce sens, BOHNET, *Pactum de palmario*, p. 507.

5. Le mode de fixation des honoraires en tant que source de conflits d'intérêts

Cette solution est regrettable par sa rigidité et évite une réflexion plus approfondie sur la rémunération de l'avocat. Or on constate en pratique que le temps consacré à l'affaire est généralement tenu pour être l'élément essentiel de la détermination du montant des honoraires, ce qui n'est pas contestable en tant que tel. L'importance du travail accompli et le temps consacré à l'affaire méritent évidemment une rémunération en conséquence.

Cependant, malgré son caractère apparemment objectif, ce critère présente le défaut d'être difficilement vérifiable, de sorte qu'il est souvent délicat de remettre en cause l'étendue et la nécessité du travail effectué¹⁰⁸. Le poids excessif accordé à ce critère, non seulement dans la pratique des avocats qui facturent généralement sur la base de leurs *time sheets*, mais également parfois dans la jurisprudence cantonale à tout le moins, est sans aucun doute à l'origine des critiques dirigées contre les honoraires des avocats par nombre de justiciables.

En outre, comme l'a bien montré Werro, le calcul des honoraires sur la seule base du temps consacré à l'exécution du mandat place l'avocat dans une situation de conflit d'intérêts par rapport à son client¹⁰⁹, puisque son intérêt purement économique consiste à avoir des honoraires aussi élevés que possible – donc de consacrer à l'exécution du mandat le plus grand nombre d'heures possible, avec les risques d'abus qui en découlent –, alors que celui du client est inverse. Dire qu'un tel conflit d'intérêts financier entre les parties existe ne signifie naturellement pas encore *ipso facto* que l'intérêt fondamental du contrat n'est pas pris en compte par le mandataire. Cela implique cependant qu'un risque existe et qu'il faut en tenir compte dans la réflexion¹¹⁰.

Alors que les avocats ne concluent encore que rarement avec leurs mandants de véritables conventions d'honoraires – contrairement à ce que l'on voit par exemple des relations des mandants avec leur architecte –, on pourrait souhaiter un renouvellement des pratiques qui auraient notamment pour avantages de placer les clients dans une situation plus confortable, parce qu'ils seraient renseignés de manière précise sur les coûts auxquels ils s'exposent et sur la prévisibilité de ces derniers. Il en va également de la question d'une libre concurrence des avocats avec les autres prestataires de services juridiques dans lesquels les avocats ne sont pas au bénéfice d'un monopole¹¹¹. A cet égard, les réflexions de fond sur la question sont encore peu nombreuses, alors que les

¹⁰⁸ Harari/Corminboeuf, p. 255.

¹⁰⁹ WERRO, Conflits d'intérêts, p. 239.

¹¹⁰ Pour l'analyse de cette question dans le domaine médical, JEANRENAUD, p. 69.

¹¹¹ Ader/Damien, N 711.53.

attentes des clients se modifient profondément, en tout cas de la part des clients professionnels¹¹².

En d'autres termes, l'arrêt du Tribunal fédéral apporte certes une clarification bienvenue en reconnaissant la validité de principe du *pactum de palmario*. En revanche, tant en raison de l'étroitesse de la question qui était soumise à l'appréciation des juges que de la solution qu'ils y ont apportée, l'arrêt strict et contraignant du Tribunal fédéral représente un frein peu souhaitable à une réflexion plus poussée en la matière.

III. La connaissance du droit

A. La bonne foi de l'administré et le respect des délais

L'avocat se charge de missions pour des clients à titre professionnel, au bénéfice d'un brevet délivré par l'autorité qui lui délivre une autorisation de pratiquer¹¹³ : il y a donc lieu d'attendre de lui qu'il dispose des connaissances nécessaires pour traiter le cas dont il s'occupe¹¹⁴. Il en résulte que l'avocat ne peut accepter des causes que dans les domaines dans lesquels il est compétent¹¹⁵. L'avocat doit notamment avoir connaissance des règles de droit claires, unanimement admises par la doctrine et la pratique et qui ne sont pas sujettes à interprétation¹¹⁶. On attend donc de lui une diligence particulière découlant de ses connaissances juridiques, notamment qu'il « conseille et oriente son client quant aux possibilités juridiques ou pratiques qui se présentent à lui dans certaines situations »¹¹⁷.

En application de ces principes, l'avocat représentant des parties en justice assume une responsabilité particulière relativement au respect des délais. Il en résulte que, en raison des compétences professionnelles dont il est censé disposer, l'avocat est soumis à des exigences plus sévères qu'un simple justiciable. Les erreurs pardonnées à celui-ci ne le seront pas forcément à celui-là.

Cela ressort de manière frappante de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux conséquences d'une indication erronée de la part d'une autorité quant au délai de recours

¹¹² Voir les articles respectifs de FRICK, HARTUNG et KRÄMER qui analysent pour chacun d'eux un aspect différent de la valorisation et la facturation des prestations des avocats par rapport aux attentes actuelles des clients.

¹¹³ ATF 117 II 563, consid. 2a.

¹¹⁴ ATF 127 III 357, consid. 2d = JdT 2002 I 192. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. CHAPPUIS, Tome II, p. 167-169. Sur cette question, cf. également ATF 117 II 563, consid. 2a ; FELLMANN, Unkenntnis, passim ; BK-FELLMANN, art. 398 CO N 409 ; ABA, Model Rules, 1.1, commentaire 1.

¹¹⁵ TF, 4C.80/2005, consid. 2.2.1 ; 4P.317/2001, consid. 6 ; LOMBARDINI, p. 524.

¹¹⁶ ATF 127 III 357, consid. 2d = JdT 2002 I 192.

¹¹⁷ ATF 117 II 563, consid. 2a.

contre une décision qu'elle a rendue. En application du principe de la bonne foi de l'administré, le justiciable qui se fie à une indication erronée de l'autorité, ne doit en principe subir aucun préjudice, pour autant qu'il ne se soit pas aperçu de l'erreur ou qu'il n'aurait pas pu s'en apercevoir en prêtant l'attention commandée par les circonstances¹¹⁸.

La situation est toute autre, lorsque l'administré est assisté d'un avocat. La confiance que le justiciable assisté d'un avocat peut placer dans l'indication erronée du délai de recours dans une décision n'est pas protégée lorsqu'une lecture systématique de la loi suffisait à déceler l'erreur¹¹⁹. Le Tribunal fédéral retient que « [l]es exigences envers les parties représentées par un avocat sont naturellement plus élevées : on attend dans tous les cas des avocats qu'ils procèdent à un contrôle sommaire (...) des indications relatives à la voie de droit, (...) il est attendu de l'avocat qu'il lise la législation applicable »¹²⁰.

Dans le cas que le Tribunal fédéral avait à juger, l'avocat aurait dû comprendre, à la seule lecture de la loi et malgré les indications erronées figurant dans la décision attaquée, qu'une décision de suspension au sens de l'art. 126 al. 1 CPC entre dans la catégorie des ordonnances d'instruction au sens de l'art. 321 al. 2 CPC. Cela entraînait donc un délai de recours de dix jours (art. 321 al. 2 CPC) et non de trente jours, selon la règle générale (art. 321 al. 1 CPC). Dans le même considérant, le Tribunal fédéral ajoute :

« En revanche, il n'est pas attendu d'eux qu'outre les textes de loi, ils consultent encore la jurisprudence ou la doctrine y relative (ATF 138 I 49 consid. 8.3.2 ; 135 III 489 consid. 4.4 ; 134 I 199 consid. 1.3.1). La jurisprudence admet l'existence de la bonne foi lorsque la mauvaise indication des voies de recours ne résulte pas d'une mégarde de la part de l'autorité, mais d'un choix délibéré, basé sur la conviction que la voie indiquée correspond au droit (arrêts 8C_122/2013 du 7 mai 2013 consid. 4.1 ; 5A_536/2011 du 12 décembre 2011 consid. 4.3.5). Dans ces deux arrêts, l'indication des voies de recours était assortie d'une motivation (erronée) de la part de l'autorité. Toutefois, même dans ce cas, il est attendu de l'avocat qu'il lise la législation applicable (arrêt 8C_122/2013 précité) ».

Autrement dit, l'avocat ne peut pas invoquer sa bonne foi, lorsqu'il fonde la tardiveté de son recours sur l'indication inexacte d'un délai, pas même si l'indication des voies de droit était assortie d'une motivation erronée de la part de l'autorité, alors que la lecture de la loi applicable aurait permis de corriger la faute de raisonnement de l'autorité.

Cette décision est une illustration forte du rôle d'« auxiliaire de la justice » attribué à l'avocat. Il lui revient de corriger les erreurs du tribunal. S'il s'en abstient parce qu'il ne

¹¹⁸ ATF 138 I 49.

¹¹⁹ ATF 141 III 270.

¹²⁰ Consid. 3.2 de l'arrêt 5A_878/2014 non reproduit à l'ATF 141 III 270.

les a pas décelées, son client se trouvera sévèrement pénalisé puisque son acte judiciaire sera déclaré irrecevable. Il ne pourra alors plus qu'agir en responsabilité contre son avocat, l'erreur commise par un représentant de l'Etat restant quant à elle sans conséquence pour ce dernier. Même si cette répartition des conséquences des fautes respectives d'un agent de l'Etat d'une part et d'un représentant d'une partie d'autre part se fait de manière inéquitable, elle est conforme à la théorie générale de la protection de la bonne foi de l'administré qui veut que pour être admise, la partie ne devait pas pouvoir déceler l'erreur, la connaissance de son mandataire spécialisé lui étant en outre imputée¹²¹.

On doit cependant relever la réserve importante que le Tribunal fédéral a posée¹²², lorsqu'il s'agit d'une erreur commise par l'avocat dans la défense pénale. Se fondant sur le droit de l'accusé à une défense pénale effective, garanti notamment par l'art. 6 par. 3 let. c CEDH et l'art. 32 al. 2 Cst., le Tribunal fédéral a considéré qu'on ne peut imputer à l'accusé la faute grave commise par son défenseur dans le cadre de la défense obligatoire, sans l'exposer à un préjudice important et irréparable. En conséquence, en l'absence de faute de l'accusé lui-même dans l'inobservation d'un délai, ce dernier doit lui être restitué.

B. L'instigation à un acte illicite

Le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer sur la problématique de l'instigation à un acte illicite reprochée à un avocat¹²³. De prime abord mineur, cet arrêt soulève pourtant une question qui touche au cœur de l'exercice de la profession d'avocat, en particulier des conséquences attachées à la connaissance du droit dont ce dernier est censé disposer.

Chargé de la défense d'une mère dans une procédure de droit de la famille, un avocat a demandé à la cheffe de la police des renseignements sur le père, pour les produire dans la procédure. La cheffe de la police lui a fourni une partie des renseignements sollicités (certains d'entre eux étaient caviardés), alors qu'ils étaient pourtant protégés par le secret de fonction.

Il faut se souvenir que les renseignements de police ne sont, au niveau fédéral, pas accessibles au public ; seule la personne concernée par le renseignement peut, en vertu de l'art. 7 al. 1 de la Loi fédérale sur les systèmes d'information de police de la Confédération¹²⁴, y avoir accès aux conditions des art. 8 et 9 LPD¹²⁵. Certaines dispositions cantonales régissent, elles aussi, spécifiquement l'accès aux renseignements

¹²¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, N 6.4.2.1, let. c, p. 927.

¹²² ATF 143 I 284, consid. 2.3.

¹²³ TF, 4D_42/2015. Pour un commentaire de cet arrêt, CHAPPUIS/CASSANI, *passim*.

¹²⁴ Loi fédérale sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP), RS 361.

¹²⁵ Loi fédérale sur la protection des données (LPD), RS 235.1.

de police, telle la Loi sur les renseignements et les dossiers de police et la délivrance des certificats de bonne vie et mœurs en vigueur à Genève, loi qui est à la base de l'arrêt présentement analysé¹²⁶. A défaut de norme particulière, il faut en rester au principe de base que le fonctionnaire de police n'est pas autorisé à renseigner des tiers sur ses interventions auprès d'un justiciable particulier.

La question soumise aux juges fédéraux était limitée, puisqu'elle concernait la seule question de la prescription applicable à l'acte de l'avocat, en raison de la solidarité qui existait en cet acte et la violation pénale du secret de fonction commise par la cheffe de la police. Il n'en reste pas moins que la réflexion du Tribunal fédéral a porté sur des particularités de la profession d'avocat, en tant que personne formée et autorisée à exercer.

Le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que, si la question ne lui avait pas été posée par l'avocat, la cheffe de la police n'aurait pas répondu et, partant, n'aurait pas commis une violation du secret de fonction. Autrement dit, le simple fait de poser une question, à laquelle son destinataire est libre de répondre ou non, suffit pour constituer un acte d'instigation¹²⁷. Cela était d'autant plus vrai dans le cas d'espèce, que celui qui avait posé la question était avocat. Or, selon les termes du Tribunal fédéral, « nul n'a mis en doute que le défendeur, exerçant la profession d'avocat, ait su ou dû savoir que les renseignements voulus étaient soumis à un secret de fonction. Dans ces conditions, au regard de la jurisprudence précitée, l'instigation semble indéniable »¹²⁸.

Il faut en premier lieu observer que la formulation « ait su ou dû savoir » met clairement en évidence le fait que l'instigation civile peut être commise intentionnellement ou par négligence, ce qui est conforme au système de la responsabilité civile.

Cette conception étend cependant à l'excès la responsabilité pour instigation puisqu'elle ne prend en compte en aucune façon l'effet du comportement du prétendu instigateur sur celui de l'auteur. Elle s'éloigne en particulier de l'idée selon laquelle l'instigation doit constituer un appui psychique ou un soutien moral apporté à l'auteur. A l'instar des avis soutenus dans la doctrine pénale¹²⁹, il faut retenir que le comportement de l'instigateur doit avoir joué un rôle dans la détermination même de l'auteur principal d'adopter un comportement illicite. A cet égard, le simple fait de poser une question à laquelle son destinataire a le choix de répondre ou non ne suffit pas.

En l'espèce, on ne peut retenir que la simple demande de renseignement adressée par l'avocat à la cheffe de la police, par le biais d'un unique courrier, ait constitué un tel

¹²⁶ Loi sur les renseignements et les dossiers de police et la délivrance des certificats de bonne vie et mœurs (LCBVM), RS/GE F 1 25.

¹²⁷ Pour une critique de cette conception de l'instigation, CHAPPUIS/CASSANI, p. 386 ss.

¹²⁸ TF, 4D_42/2015, consid. 4.

¹²⁹ OFTINGER/STARK, § 16 N 319.

soutien dans la décision prise par cette dernière de violer son secret de fonction. Il ne l'a encouragée en aucune manière, par exemple par des demandes réitérées et insistantes, pas plus qu'il n'a exercé quelque pression sur elle. Il a simplement fait valoir qu'il souhaitait prouver dans la procédure civile le « comportement objectivement instable » du père. Cette motivation procédurale ne constituait pas un élément propre à inciter la cheffe de la police à commettre un acte illicite ; elle était libre de répondre et disposait, vu son statut hiérarchique élevé, de la compétence nécessaire pour apprécier le comportement qu'il lui revenait d'adopter aux termes de la loi.

Pour revenir à la considération que l'auteur de l'instigation était avocat, on doit relever que, de la même manière qu'il l'a fait pour la protection de la bonne foi de l'administré représenté par un avocat (*supra* III.A), le Tribunal fédéral attribue à la qualité d'avocat des conséquences spécifiques, en ce que ce dernier, disposant de connaissances particulières, peut et doit faire preuve d'une diligence plus étendue qu'un autre justiciable. En l'occurrence, cet avocat aurait dû mettre en œuvre sa connaissance du droit pour constater que la requête qu'il formulait auprès de l'autorité n'aurait pu être satisfaite que par la commission d'une infraction par le fonctionnaire contacté. Sans que les juges fédéraux n'y aient fait expressément allusion, on retrouve ici une manifestation de ce que l'avocat est un auxiliaire de la justice. Indépendant et subjectif dans l'accomplissement de son mandat envers son client, il est néanmoins appelé à participer – à tout le moins dans son activité judiciaire – à l'administration de la justice.

En raison de cette considération, l'avocat devra donc se souvenir que nombreuses sont les dispositions qui réglementent l'accès aux registres tenus par l'administration renfermant des renseignements relatifs à des particuliers. Les solutions varient en fonction de la nature de ces renseignements et de l'intérêt justifiant leur divulgation. On peut mentionner ici à titre d'exemples :

- l'art. 970 CC qui dispose que le registre foncier est ouvert à celui qui « fait valoir un intérêt » (*cf. infra*, la fin de ce chapitre et les notes de bas de page 133-138) ;
- l'art. 10 ORC qui institue la publicité pure et simple du registre du commerce ;
- l'art. 8a LP qui rend accessible le registre des poursuites à toute personne qui rend son intérêt « vraisemblable » ;
- l'art. 59 OEC qui ne permet l'obtention d'informations sur le registre d'état civil qu'aux personnes qui font valoir un « intérêt digne de protection », lorsqu'elles ne peuvent obtenir l'information auprès des personnes concernées ;
- L'art. 370 CP, en vertu duquel le casier judiciaire n'est consultable que pour les renseignements qui concernent la personne qui les demande, mais non pour des tiers.

De nombreuses autres lois instituent un droit de consultation de renseignements détenus par l'administration (lois sur la transparence, lois fiscales, etc.)¹³⁰. On n'oubliera enfin pas que des demandes de renseignement à des banques peuvent soulever une problématique similaire puisqu'ils sont protégés par le secret bancaire de l'art. 47 LB¹³¹.

Pour montrer l'acuité de la question, il n'est pas sans intérêt de mentionner que le Ministère public du canton de Fribourg a récemment condamné par ordonnance pénale un avocat qui avait instigué un notaire à violer son secret professionnel¹³². Afin de produire dans une procédure judiciaire un extrait du registre foncier, cet avocat s'était adressé à un notaire pour l'obtenir. Ce dernier, fort de son accès au registre foncier informatisé, avait fourni à l'avocat le document sollicité.

On doit se souvenir que l'art. 970 al. 1 CC réserve à qui fait valoir un intérêt le droit de consulter le registre foncier ou de s'en faire délivrer des extraits. Cet intérêt doit être digne de protection, que ce soit sur un plan juridique¹³³ ou économique¹³⁴. Il appartient alors au conservateur du registre foncier de procéder à une pesée des intérêts¹³⁵. L'art. 111m al. 2 let. a de l'Ordonnance sur le registre foncier¹³⁶ dispose quant à lui que les cantons peuvent permettre, aux personnes habilitées à dresser des actes authentiques, l'accès direct ou indirect au registre informatisé, registre qui contient des informations qui ne sont pas toutes accessibles au public. Cette possibilité a été utilisée par le canton de Fribourg¹³⁷, canton dans lequel seuls les notaires sont habilités à établir des actes authentiques¹³⁸.

C'est donc en sa qualité de professionnel habilité à établir des actes authentiques que le notaire avait accès aux données du registre foncier. En acceptant d'en remettre un extrait à un avocat, il a permis à ce dernier de contourner les exigences de l'art. 970 al. 1 CC et a violé son secret professionnel. Quant à l'avocat, il a été reconnu coupable d'instigation à cette infraction, pour s'être abstenu de faire une requête auprès du registre foncier et d'avoir obtenu l'information du notaire.

Même si l'analyse faite par le Ministère public de la réalisation des conditions d'une instigation pénale dans cette affaire est aussi peu convaincante que celle du Tribunal fédéral dans l'arrêt présentement analysé, il n'en reste pas moins que la question n'est de loin pas théorique et qu'elle peut surgir dans des circonstances parfaitement banales de la

¹³⁰ Pour une liste de ces lois, CHAPPUIS/CASSANI, p. 390.

¹³¹ Chappuis/Cassani, p. 390.

¹³² Ordonnance du Ministère public du canton de Fribourg non publiée.

¹³³ CR CC II-MOOSER, art. 970 N 15 et 18 ; STEINAUER, 584a.

¹³⁴ CR CC II-MOOSER, art. 970 N 19 ; STEINAUER, 584a.

¹³⁵ CR CC II-MOOSER, art. 970 N 25.

¹³⁶ ORF, RS 211.432.1.

¹³⁷ Art. 54g al. 2 let. a du Règlement du 9 décembre 1986 de la loi sur le registre foncier, RS/FR 214.5.11.

¹³⁸ Art. 1 al. 2 Loi sur le notariat (LN), RS/FR 261.1.

vie quotidienne d'un avocat. C'est donc dire que ce dernier devrait, par prudence, faire preuve d'une diligence particulière en demandant des renseignements protégés et, partant, se livrer à une analyse de la question de son droit à l'information, avant de formuler une demande dûment motivée à l'autorité qu'il saisit et dont il aura préalablement vérifié la compétence.

Conclusion

La profession d'avocat revêt incontestablement un statut particulier dans l'ordre juridique. Hérité d'une tradition forgée au cours des décennies voire des siècles, ce statut a subsisté presque inchangé, malgré l'évolution de la législation et celle du monde des affaires. Cette conception ne va pas sans susciter des critiques, premièrement de la part de ceux pour qui n'est pas admissible la création par voie prétorienne de devoirs que le législateur n'a pas entendu imposer à l'avocat¹³⁹ et, secondement de ceux qui y voient le maintien vide de sens de formules litaniques sur la profession d'avocat¹⁴⁰.

Largement insensible à ces critiques, la jurisprudence – jusqu'à la plus récente – veille au maintien de principes qui seraient consubstantiellement liés la profession d'avocat ; dignité, indépendance et diligence en tant qu'auxiliaire de la justice. Comme on l'a vu dans les chapitres qui précèdent, cette conception touche tous les aspects de la pratique et exerce une influence notable sur la définition des obligations de l'avocat, aussi bien en droit administratif qu'en droit privé ou procédural.

On comprend volontiers que le Tribunal fédéral, dont l'une des missions est l'application uniforme du droit fédéral, ne puisse conduire qu'une réflexion limitée sur ces questions. Il n'entre en effet pas dans ses compétences de repenser les institutions et d'en dessiner des contours nouveaux. En revanche, tel n'est pas le cas du législateur. A une époque où tant de changements intervenus ou en cours (ouverture des marchés, libre circulation, digitalisation de l'information, etc.) ont bouleversé nombre de professions, on pourrait s'attendre à ce que le législateur fédéral s'interroge sur la pertinence de solutions adoptées à la fin des années 80 et au début des années 90.

On doit en effet se souvenir que, même si elle n'est entrée en vigueur qu'en 2002, la LLCA avait été élaborée en vue de l'adhésion par la Suisse à l'Espace Economique Européen, projet rejeté par le peuple suisse en décembre 1992¹⁴¹. Vingt-cinq ans après, les circonstances ont évolué à un point tel que la profession d'avocat est aujourd'hui

¹³⁹ Sur la question de l'interprétation de la clause générale de l'art. 12 let. a LLCA et des limites qu'il convient de poser à l'extension des devoirs de l'avocat par voie prétorienne, cf. FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 181 ; SCHILLER, N 1456 ss.

¹⁴⁰ SCHILLER, N 1547 ss.

¹⁴¹ CHAPPUIS, Tome I, p. 7.

confrontée à un environnement technique, concurrentiel et économique qui n'était même pas imaginable au moment de l'élaboration de la loi. Face à ces bouleversements, de nombreuses réflexions sont menées tant en Suisse¹⁴² qu'à l'étranger¹⁴³ sur le devenir de la profession et les formes nouvelles qu'elles pourraient revêtir. Des études historiques et prospectives sur l'indépendance viennent s'ajouter aux analyses juridiques, pour s'interroger sur les fondements essentiels de la profession¹⁴⁴. Ce ne serait donc pas un luxe que le parlement suisse pousse la réflexion plus avant.

C'est donc avec regret que l'on constate que, le 11 mai 2018, le Conseil fédéral a classé d'un revers de la main¹⁴⁵ la motion Vogler¹⁴⁶, six ans après son dépôt (2012) dont l'objet était l'élaboration d'une loi réglant tous les aspects de la profession d'avocat, motion qui allait de pair avec un projet de loi que la Fédération suisse des avocats avait élaboré en 2012¹⁴⁷. Il est vrai que ce projet n'avait pas reçu le soutien des avocats eux-mêmes, la Conférence des ordres des avocats cantonaux s'étant prononcée contre sa poursuite¹⁴⁸.

Les ambitions de ce projet étaient pourtant modestes et non susceptibles de bouleverser le paysage juridique helvétique. Cependant, un débat parlementaire sur la question, précédé d'un processus national de consultation, aurait au moins permis de faire un état des lieux des différentes conceptions existantes et de tenter d'en apprécier la pertinence. Le classement décrété par le Conseil fédéral a clos le débat et figé la situation actuelle.

Cette dernière n'est certes pas en elle-même manifestement déficiente. On vient cependant de voir que les principes qui régissent la profession d'avocat et qui sous-tendent chacun des arrêts du Tribunal fédéral sont pratiquement restés inchangés depuis l'entrée en vigueur de la LLCA en 2002. Rien ne dit qu'un processus législatif mené à son terme n'aurait pas conduit au résultat que seuls des changements limités se justifiaient, le maintien des principes essentiels, tels qu'ils viennent d'être rappelés, se justifiant pleinement. Il faut cependant regretter que l'exercice n'ait pas été tenté, ni le monde politique ni les avocats eux-mêmes n'en ayant voulu. L'immobilisme helvétique surprend d'autant plus que nombre de nos voisins, que ce soit la France¹⁴⁹, le Royaume-

¹⁴² Voir les études très complètes de CHATELAIN (sur l'indépendance) et de GURTNER (sur les sociétés d'avocats). Voir également, LAUX, *passim*.

¹⁴³ Voir la présentation que fait GURTNER des solutions adoptées à l'étranger, que soit en Europe, aux Etats-Unis ou en Australie. Voir également, CREA/IHEJ, Les quatre défis de l'avocat français du XXI^e siècle.

¹⁴⁴ ASSIER-ANDRIEU et références citées.

¹⁴⁵ Communiqué du Conseil fédéral du 11 avril 2018, Rapport sur le classement de la motion Vogler 12.3372 « Elaboration d'une loi réglant tous les aspects de la profession d'avocat ».

¹⁴⁶ Motion 12.3372, Elaboration d'une loi réglant tous les aspects de la profession d'avocat, déposée le 3 mai 2012, par le Conseiller national Karl Vogler.

¹⁴⁷ Pour une présentation du projet de loi élaboré par la Fédération suisse des avocats, STAEHELIN, *passim*.

¹⁴⁸ Rapport annuel 2017/2018 de la Fédération suisse des avocats, in *Revue de l'avocat* 2018, p. 231.

¹⁴⁹ CREA/IHEJ, Les quatre défis de l'avocat français du XXI^e siècle.

Uni¹⁵⁰ ou la Belgique¹⁵¹, conscients des enjeux actuels, ont mené des études approfondies sur la question.

¹⁵⁰ CLEMENTI, Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales. Final Report.

¹⁵¹ HENRY, L'avenir de la profession d'avocat. Rapport au ministère de la justice.

Bibliographie

- ADER Henri/DAMIEN André, *Règles de la profession d'avocat 2016/2017*, 15^e édition, Paris 2016.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Model rules of professional conduct*, Center for professional responsibility, 2012 (cité « ABA, Model Rules »).
- ASSIER-ANDRIEU Louis, *L'indépendance des avocats. Le long chemin d'une liberté*, Paris 2015.
- BARTH Tano, *Consultation du dossier pénal par l'avocat à Genève*, PJA 2018, p. 899 ss.
- BOHNET François, *SA d'avocats : que des avocats au barreau*, in *Revue de l'avocat* 2018, p. 201 ss (cité « SA d'avocats »).
- BOHNET François, *TF 4A_240/2016 ou les limites du pactum de palmario*, in *Revue de l'avocat*, 2017, p. 507 (cité « Pactum de palmario »).
- BOHNET François, *Le Tribunal fédéral, l'avocat et l'ASLOCA*, in *Revue de l'avocat* 2013 p. 305 (cité « ASLOCA »).
- BOHNET François, *Enregistrement vidéo et prérogatives procédurales de l'avocat : TF 1B_445/2012 du 8 novembre 2012*, in *Revue de l'avocat*, 2013, p. 87 ss (cité « Prérogatives de l'avocat »).
- BOHNET François, *La fixation et le recouvrement des honoraires d'avocat*, in *Quelques actions en paiement*, Neuchâtel 2009 (cité « Honoraires »).
- BOHNET François/MARTENET Vincent, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009.
- CAMPI Arnaud, « *Pacta sunt servanda ... aut rescindenda?* » : *l'évolution de notre droit des obligations face au dilemme des conventions lésionnaires*, in *Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique*, Genève 2016, p. 21 ss.
- CENTRE DE RECHERCHE ET D'ÉTUDE DES AVOCATS (CREA) / INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES SUR LA JUSTICE (IHEJ), *Les quatre défis de l'avocat français du XXI^e siècle*, Paris 2017.
- CHAPPUIS Benoît, *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*, 2^e édition, Genève, Zurich, Bâle 2017 (cité « Tome II »).
- CHAPPUIS Benoît, *Les conflits d'intérêts de l'avocat administrateur (2C_45/2016)*, in *Revue de l'avocat* 2017, p. 179 ss (cité « Conflits d'intérêts de l'avocat administrateur »).
- CHAPPUIS Benoît, *Les sociétés d'avocats et l'indépendance structurelle. Tribunal fédéral, arrêt 2C_560/2015*, in *Revue de l'Avocat* 2016, p. 183 ss (cité « Sociétés d'avocats »).
- CHAPPUIS Benoît, *La profession d'avocat, Tome I – Le cadre légal et les principes essentiels*, 2^e édition, Genève, Zurich, Bâle 2016 (cité « Tome I »).
- CHAPPUIS Benoît, *Le secret de l'avocat face aux exigences de la lutte contre le blanchiment d'argent : l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Forum poénale* 2013, p. 118 ss (cité « Blanchiment »).
- CHAPPUIS Benoît/ALBERINI Benoît, *Secret professionnel de l'avocat et solutions cloud*, in *Revue de l'avocat* 2017, p. 337 ss.
- CHAPPUIS Benoît/CASSANI Ursula, *L'instigation à un acte illicite par un avocat*, in *Revue de l'avocat*, 2016, p. 385 ss.

- CHÂTELAIN Mathieu, *L'indépendance de l'avocat et les modes d'exercice de la profession*, Lausanne 2017.
- CLEMENTI David, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales. Final Report*, décembre 2004.
- DIAGNE Yero, *La procédure de modération des honoraires de l'avocat*, Genève, Zurich, Bâle, 2012.
- FELLMANN Walter, *Die Haftung des Anwaltes für die Unkenntnis klaren Rechts : BGE 127 III 357 ff.*, in *Recht*, Berne 2001, p. 191 ss. (cité « Unkenntnis »).
- FELLMANN Walter, *Anwaltsrecht*, Berne 2010 (cité « Anwaltsrecht »).
- FELLMANN Walter, *Der einfache Auftrag : Art. 394-406 CO*, Berner Kommentar, Berne 1992 (cité « BK-FELLMANN »).
- FELLMANN Walter, in Fellman Walter/Zindel Gaudenz G., *Kommentar zum Anwaltsgesetz : Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)*, Zurich 2011 (cité « BGFA-Fellmann, in Fellmann/Zindel »).
- FELLMANN Walter/HÄFLIGER Manuela, *Siegesprämie für Anwälte – BGER 4A_240/2016 und seine Bedeutung*, in *Revue de l'Avocat* 2017, p. 499.
- FRICK Hans Peter, *Control of legal fees*, in Leo STAUB/Christine Hehli Hidber (éds), *Management von Anwaltskanzleien*, Zurich 2012, p. 575 ss.
- GAFI, *Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ; Suisse - Rapport d'évaluation mutuelle*, décembre 2016.
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/EMMENEGGER Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 10^e édition, Zurich 2014.
- GIACOMINI Sergio, *Le point de mire du Conseil FSA. Le secret professionnel de l'avocat*, in *Revue de l'avocat* 2017, p. 103.
- GRELLET-DUMAZEAU Théodore, *Le barreau romain*, Paris 1858.
- GUILLOD Olivier/STEFFEN Gabrielle, *Commentaire romand du Code des obligations I*, 2^e édition, Bâle 2012, ad art. 19-20 (cité « CR CO I-GUILLOD/STEFFEN »).
- GURTNER Jérôme, *La réglementation des sociétés d'avocats en Suisse : entre protectionnisme et libéralisme, Étude de droit comparé*, Bâle 2016.
- HARARI Maurice/CORMINBOEUF Corinne, *Les honoraires de l'avocat*, in Vincent Jeanneret/Olivier Hari (éds), *Défis de l'avocat au XXI^e siècle : mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger*, Genève 2008, p. 250.
- HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2^e édition, Zurich 2014.
- HARTUNG Markus, *Akquisition anwaltlicher Mandate im pitch*, in Leo Staub/Christine Hehli Hidber (éds), *Management von Anwaltskanzleien*, Zurich 2012, p. 559 ss.
- HENRY Patrick, *L'avenir de la profession d'avocat. Rapport au ministère de la justice*, (Belgique), 2018.
- HETTICH Peter, *Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 15. Dezember 2017, 2C_1054/2016 und 2C_1059/2016 ; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen*, ZBI 119/2018, p. 242 ss.
- JEANRENAUD Claude, *Conflicts d'intérêts dans le système de santé*, in *Conflicts d'intérêts dans le système de santé : 15^e Journée de droit de la santé*, Université de Neuchâtel 2009, p. 67 ss.

- KARPIK Lucien, *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIIIe-XX siècle*, Paris 1995.
- KRÄMER Andreas, *Alternative Honorarmodelle im Anwaltsgeschäft*, in Leo Staub/Christine Hehli Hidber (éds), *Management von Anwaltskanzleien*, Zurich 2012, p. 581 ss.
- KRAMER Ernst A., *Inhalt des Vertrages. Artikel 19-22 OR*, Berner Kommentar, Berne 1991 (cité « BK-KRAMER »).
- LAUX Christian, *The end of lawyers ? – Ableitungen aus Susskinds Thesen mit Blick auf IT in der Anwaltskanzlei*, in *Revue de l'avocat* 2015, p. 5 ss.
- LOMBARDINI Carlo, *La responsabilité civile de l'avocat vis-à-vis des clients*, in Vincent Jeanneret/Olivier Hari (éds), *Défis de l'avocat au XXI^e siècle : mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger*, Genève 2008, p. 517 ss.
- MERKT Benoît/CHAPPUIS Benoît, *Profession d'avocat et loi sur le marché intérieur*, in *Revue de l'avocat*, 2017, p. 292 ss.
- MOMMSEN Theodor/KRUEGER Paul, *Corpus iuris civilis – Digesta*, 1928.
- MOOR Pierre/FLÜCKIGER Alexandre/MARTENET Vincent, *Droit administratif, Volume 1 : Les fondements généraux*, Berne 2012.
- MOOSER Michel, *Commentaire romand du Code civil II*, Bâle 2016, ad art. 970 (cité « CR CC II-MOOSER »).
- OFTINGER Karl/STARK Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil*, 4^e édition, Zurich 1987.
- PICHONNAZ Pascal, *L'abus de droit dans le contrat de bail à loyer*, in *Séminaire sur le droit du bail*, Neuchâtel 2014, p. 143 ss (cité « Abus de droit »).
- PICHONNAZ Pascal, *Les fondements romains du droit privé*, Zurich 2008 (cité « Droit romain »).
- PIOTET Denis, *La sanction de l'engagement excessif selon l'art. 27 al. 2 CC*, in *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux : mélanges en l'honneur de Pierre Wessner (Olivier Guillod et Christoph Müller, éds)*, Bâle 2011, p. 505 ss.
- RECHENBERG Beat von, *Interdisziplinäre Anwaltskorperschaft : wohin führt der Weg ?*, in *Revue de l'avocat* 2018, p. 201 ss (cité « RECHENBERG, 2018 »).
- RECHENBERG Beat von, *Anwaltskorperschaft : wohin führt der Weg ?*, in *Revue de l'avocat* 2010, p. 425 ss (cité « RECHENBERG, 2010 »).
- REYMOND Alec, *One-stop shop : un secret bien bradé ...*, in Vincent Jeanneret/Olivier Hari (éds), *Défis de l'avocat au XXI^e siècle : mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger*, Genève 2008, 2008, p. 223 ss.
- RAUBER Martin/NATER Hans, *Das Bundesgericht schützt das Genfer Verbot gemischter Sozietäten*, in *SJZ* 2018, p. 248 ss (cité « Verbot gemischter Sozietäten »).
- RAUBER Martin/NATER Hans, *Das pactum de palmario ist gültig – jedoch nur mit Einschränkungen*, *SJZ* 2017, p. 605 ss (cité « Pactum de palmario »).
- RAUBER Martin/NATER Hans, *Anwaltstätigkeit in Sinne des BGFA*, *SJZ* 2014, p. 556 ss (cité « Anwaltstätigkeit »).
- RAUBER Martin/NATER Hans, *Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit im internationalen Verhältnis*, *SJZ* 2014, p. 325 ss (cité « Unabhängigkeit »).
- ROŠ Mirko (éd), *L'honoraire de l'avocat et le résultat*, Zurich/St. Gall, 2007.
- SCHILLER Kaspar, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Zurich 2009.

- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil*, 6^e édition, Berne 2012.
- STAEHELIN Ernst, *Le projet de loi sur la profession d'avocat*, in *Revue de l'avocat* 2012, p. 128 ss.
- STEINAUER Paul-Henri, *Les droit réels*, Tome I, 4^e édition, Berne 2012.
- TACITE, *Annales*, Tome III, Livre XI-XII, texte établi et traduit par Pierre Wuilleumier et J. Hellegouarch, Paris 1994.
- TERCIER Pierre, *Le prix abusif. Vers une nouvelle conception de la liberté contractuelle*, in *Droit de la construction* 1998, p. 71 ss.
- TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5^e édition, Genève 2016.
- VALTICOS Michel/JACQUEMOUD-ROSSARI Laura, *La jurisprudence de la Commission du barreau 1998-2002*, SJ 2003 II 263.
- VENTURI ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, Zurich 2007.
- WERLY Stéphane, *Commentaire romand du Code de procédure pénale*, Bâle 2010, ad art. 171 (cité « CR CPP-WERLY »).
- WERRO Franz, *Commentaire romand du Code des obligations I*, 2^e édition, Bâle 2012, ad art. 404 (cité « CR CO I-WERRO »).
- WERRO Franz, *Conflits d'intérêts de l'avocat*, in Fellmann, Huguenin Jacobs, Poledna et al. (éds), *Droit suisse des avocats*, Berne 1998, p. 231 ss (cité « Conflits d'intérêts »).
- WOHLERS Wolfgang, *Auslagerung einer Datenbearbeitung und Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) / Externalisation du traitement des données et secret professionnel (art. 321 CPS)*, Zurich 2016.
- WYLER Rémy/HEINZER Boris, *Droit du travail*, 3^e édition, Berne 2014.