
Schweizerisches Anwaltsrecht
Droit suisse des avocats
Diritto svizzero degli avvocati

Herausgeber

Walter Fellmann

Privatdozent, Rechtsanwalt und Notar, Luzern

Claire Huguenin Jacobs

Professorin an den Universitäten Bern und Zürich,
Rechtsanwältin, Zürich

Tomas Poledna

Privatdozent, Rechtsanwalt, Zürich

Jörg Schwarz

Rechtsanwalt und Notar, Luzern



und das Berufsgeheimnis des Effektenhändlers (Art. 43 BEHG) zu denken.

– Was die bei Treuhandgesellschaften tätigen Inhaber eines Anwaltspatents anbelangt, die einer breiten Öffentlichkeit vor allem im beratenden Bereich ähnliche Dienstleistungen erbringen wie Anwälte, so ist vorerst festzuhalten, dass auch Treuhandgesellschaften in aller Regel in einem Mandatsverhältnis zu ihren Kunden stehen und somit diesen Kunden gestützt auf die auftragsrechtliche Vorschrift von Art. 398 Abs. 2 OR zu Verschwiegenheit verpflichtet sind. Diese Pflicht trifft allerdings direkt den Vertragspartner des Klienten, also die Treuhandgesellschaft, und nur indirekt den juristischen Mitarbeiter.

Heikel ist die Frage, ob Treuhand-Anwälte auch der Strafandrohung von Art. 321 StGB unterstehen. Die Frage ist nicht zuletzt deshalb brisant, weil – wie sich insbesondere in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁸⁵ zeigt – die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Zeugnisverweigerungsrechte bestehen. Dazu führt, dass grundsätzlich Zeugnisverweigerungsrechte bestehen. Da nur der Anwalt, nicht aber die Treuhandgesellschaft dem Anwaltsgheimnis unterstehen kann, ist zumindest klar, dass der Treuhand-Anwalt nur dann der strafrechtlichen Sanktion unterliegt – und dementsprechend ein Zeugnisverweigerungsrecht hat – wenn ihm das Mandat ad personam erteilt wurde. Bearbeitet er ein Mandat, das der Treuhandgesellschaft als solcher erteilt wurde, liegt die Fallbearbeitung ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 321 StGB. Weiter steht mit Sicherheit fest, dass der Treuhand-Anwalt, wenn überhaupt, nur im Kernbereich anwaltlicher Tätigkeit, zu der allerdings nicht nur die forensische, sondern auch die beratende juristische Tätigkeit gehört, der Strafandrohung von Art. 321 StGB untersteht und sich auf das entsprechende Zeugnisverweigerungsrecht berufen kann.⁸⁶ Sofern der Treuhand-Anwalt Art. 321 StGB untersteht, hat dies insbesondere auch zur Folge, dass er das Geheimnis – ausdrückliche Einwilligung des Geheimnisherrn vorbehalten – seinem Arbeitgeber, der Treuhandgesellschaft, grundsätzlich nicht offenbaren darf. Er darf allerdings, wie jeder andere Anwalt, Hilfspersonen beiziehen, die ihrerseits aber wieder dem Anwaltsgheimnis unterstehen.

Was die Disziplinaraufsicht anbelangt, so sei hier nur darauf verwiesen, dass Treuhand-Anwälte zumindest insofern der Disziplinaraufsicht der Aufsichtsbehörde unterstehen, als sie in der Öffentlichkeit erkennbar als Rechtsanwältinnen auftreten.⁸⁷

⁸⁵ BGE 112 Ib 608; 114 III 107 f.; 115 Ia 199 f.; 120 Ib 119.

⁸⁶ Klar ablehnend: Conroz (Le secret), 83, der die Frage allerdings als «question controversée» bezeichnet.

⁸⁷ Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen im Kanton Zürich, 4. April 1996, ZR 95 Nr. 44; eine gegen diesen Entscheid eingereichte staatsrechtliche Beschwerde wurde abgewiesen. BGE 123 I 12 ff.

BENOÎT CHAPUIS

Signification et fonction des règles déontologiques

Table des matières

- I. Introduction
- II. Le droit du mandat
- III. Le champ d'application des règles déontologiques
 - A. La publicité
 - B. Les tarifs
 - C. La reprise du mandat
 - D. Les réserves d'usage
- IV. Conclusion

I. Introduction

A s'en tenir à l'étymologie, on pourrait se contenter d'affirmer que la déontologie est la *science des devoirs*. Or, aujourd'hui, hormis la philosophie où la déontologie ressortit à la morale, cette notion n'est guère utilisée dans le langage courant pour s'appliquer à d'autres cas que celui des devoirs professionnels: il s'agit alors d'une série d'obligations imposées ou que s'imposent les membres d'une profession.

Pour ce qui est des avocats, il est clair (en tout cas dans les systèmes juridiques contemporains qui nous sont proches) que ces obligations déontologiques ne sont de loin pas les seules qui s'imposent aux membres de la profession. La loi est devenue depuis longtemps la source première des obligations professionnelles de l'avocat. La question du rapport entre l'une et les autres se pose alors tout naturellement.

S'interroger sur la fonction et la signification des règles déontologiques c'est se poser la question de savoir comment ces règles sont perçues par le droit étatique. Cette question se présente sous un double aspect: il faut déterminer si le droit étatique prête parfois sa force à la mise en œuvre des règles déontologiques et il faut, inversement, déterminer si le droit étatique prohibe certaines de ces règles.

La portée des règles professionnelles n'est pas une question nouvelle. Elle a déjà été de nombreuses fois commentée et débattue, principalement en ce qui concerne les rapports existant entre ces normes et le droit disciplinaire appliqué par les autorités publiques en exécution de la législation cantonale. Dans notre système législatif helvétique, la place de la déontologie n'est pas

univoque, ne serait-ce déjà qu'en raison de la cohabitation du droit fédéral et des législations cantonales. La variété de ces dernières est aussi source possible de variété de solutions; les avocats y sont habitués.

Avant même qu'une loi fédérale ne réglemente prochainement la profession d'avocat¹ et n'aborde la question du respect des «*règles professionnelles*» et la relation entre la loi et les us et coutumes², le droit fédéral joue un rôle déterminant en ce qu'il définit les obligations contractuelles du mandataire et donc les obligations de l'avocat envers son client. Les règles professionnelles sont-elles compatibles avec les exigences découlant du droit du mandat, voilà une question dont la réponse n'est pas forcément aisée à trouver.

L'évolution des mentalités et, partant, des législations entrées récemment en vigueur ou en cours d'élaboration rend la question particulièrement d'actualité. Les tendances législatives récentes obligent en effet à s'interroger sur le contenu et la finalité des règles professionnelles. Ainsi en va-t-il tout particulièrement de la nouvelle loi sur la concurrence³ qui, par le but qu'elle poursuit, bouscule bien des habitudes et oblige à s'interroger sur les entraves à la concurrence que les règles professionnelles pourraient constituer.

L'heure est, dans tous les domaines, à la déréglementation et à l'ouverture des marchés⁴. La question qui se pose aux avocats consiste à se demander si, dans ce contexte, l'existence de normes déontologiques a encore un sens ou si ces dernières ne sont pas purement et simplement menacées de disparition: ce qui ne sera pas déréglémenté par ordre du législateur deviendra, inversement, de plus en plus réglementé par ce même législateur par le biais de nouvelles lois.

C'est à un survol du rôle que jouent les normes déontologiques actuellement qu'il est proposé de se livrer ici. Les dimensions réduites de la présente étude interdisent qu'une analyse exhaustive de chacune des questions traitées soit effectuée. Seuls quelques sujets seront choisis. Ils seront traités non dans le cadre d'un exposé systématique mais à titre d'illustration des problèmes existants et comme base de réflexion quant aux rôles possibles et souhaitables

- 1 Cf. avant-projet de loi fédérale sur la libre circulation des avocats (a-p LLCA).
- 2 Art. 10 et 11 a-p LLCA. L'art. 10 al. 1 énonce que «l'avocat est soumis aux règles professionnelles fédérales et aux règles professionnelles du canton au registre duquel il est inscrit». Le rapport explicatif à l'appui de l'avant-projet souligne (p. 32) qu'«un simple renvoi, dans une loi cantonale, aux règles déontologiques, pose pourtant certains problèmes de base légale. L'adaptation des législations cantonales à la LLCA (...) devrait donner l'occasion aux cantons de redéfinir la frontière entre règles professionnelles cantonales et règles déontologiques».
- 3 TERCIER (Les avocats et la concurrence), 4; BOVER (Recommandations), 11.
- 4 On peut à cet égard citer, sur le plan national, la loi sur le marché intérieur (RO 1996, 1738) et, sur le plan international, l'Accord général sur le commerce des services (GATS; General agreement on trade in services) entré en vigueur le 1^{er} juillet 1995; sur la portée de cet accord, cf. DREYER (L'avocat), 425 ss.

des normes déontologiques dans notre ordre juridique⁵. Ne sera en particulier pas traitée la question cruciale de l'indépendance de l'avocat. Elle mériterait de faire le sujet d'une étude à elle seule vu son importance actuelle dans le cadre du développement des professions de services juridiques⁶.

II. Le droit du mandat

En sa qualité de mandataire (art. 394 CO), l'avocat doit agir dans l'intérêt exclusif de son client. Il doit mettre en œuvre tout ce qui, selon une appréciation prudente des circonstances, lui semble requis par la situation donnée⁷. Il ne saurait en principe prendre en considération d'autres éléments que les limites qui lui sont imposées par l'ordre juridique.

Il est toutefois admis que l'avocat est soumis à des règles professionnelles qui peuvent être édictées par la législation cantonale ou établies par les associations professionnelles⁸. Ces règles servent en tout cas à l'interprétation du contrat de mandat et il n'est pas besoin que les parties précisent expressément, lors de la conclusion du contrat, que le mandataire doit respecter les règles professionnelles pour qu'il soit tenu de le faire⁹. C'est ainsi que certains auteurs parlent du rôle *normatif* des règles déontologiques¹⁰. Il arrive d'ailleurs fréquemment que les règles professionnelles se superposent purement et simplement aux règles de droit civil, ainsi l'interdiction de la violation du secret professionnel¹¹. Il n'y a donc pas de contradiction de principe ou de nature entre l'existence de normes professionnelles et les exigences du droit du mandat.

Cela dit, les associations professionnelles poursuivent statutairement la défense des intérêts de leurs membres ce qui amène le Tribunal fédéral à considérer que l'Ordre des avocats est «une instance de nature corporative visant à promouvoir les intérêts bien compris de la profession»¹². Cette défense statu-

- 5 Il faut citer ici l'étude très récente de FELLMANN (Standesregeln), 27 ss.
- 6 Le Tribunal fédéral a rendu très récemment un arrêt important (ATF 123 I 193) consacrant dans une large mesure le principe de l'indépendance de l'avocat en la déplaçant au cadre supérieur d'une assurance de protection juridique plaçant pour des clients assurés auprès de son employeur.
- 7 FELLMANN-BK, art. 394-406, art. 398, N 408.
- 8 FELLMANN-BK, art. 398, N 177.
- 9 FELLMANN-BK, art. 398, N 178.
- 10 Cf. DREYER (L'avocat), 466, qui, se basant sur ENGEL (Contrats), 457, retient que les règles déontologiques «donnent aussi la mesure (étendue, contenu) des obligations contractuelles de l'avocat comme mandataire et contribuent ainsi à qualifier la faute professionnelle».
- 11 Cf. CORBOZ (Le secret professionnel), 79, qui énonce que le secret «est consacré par les lois cantonales sur la profession, ainsi que par les us et coutumes de chaque barreau; son respect est protégé par le droit pénal».
- 12 Arrêt du 7 avril 1987 de la II^e Cour de droit public du Tribunal fédéral, Y c. Commission du barreau du canton de Genève, St 1987, 529, 534.

taire et «*corporatiste*» peut évidemment induire la promulgation de normes dont le but premier est la protection des membres de l'association. Dès l'instant que de telles normes prennent place dans les us et coutumes¹³ et sont amenées à interférer avec les obligations découlant du mandat, une pesée d'intérêts assez délicate devient nécessaire¹⁴, à l'exemple des règles faisant obligation à l'avocat de transmettre les pièces d'une procédure à l'avocat de la partie adverse. Selon la portée que l'on donne à ces normes, l'avocat qui les respecte risque de privilégier l'avocat de la partie adverse – par voie de conséquence cette dernière également – au détriment de son propre client. Afin d'illustrer le propos, on citera la décision rendue par le Conseil de l'Ordre de Genève en matière de transmission de pièces dans le cadre d'un séquestre¹⁵.

«*Il convient de rappeler la portée que les règles de courtoisie doivent avoir dans le cadre du mandat d'avocat. Ces normes sont destinées à aménager le débat judiciaire de façon que les relations entre avocats soient compatibles avec les règles de la courtoisie et de la bonne foi. Elles ne sont en revanche pas destinées à remplacer les règles du droit de fond et de procédure, encore moins à entrer en conflit avec elles et en limiter la portée. Autrement dit, l'avocat ne peut pas être amené, au motif du respect des règles de courtoisie entre confrères, à violer ses devoirs découlant du mandat tels qu'établis par le droit fédéral (art. 394 CO). Les règles du mandat l'obligent à faire valoir les droits et prérogatives du mandant sans être amené à prendre en considération, voire à privilégier, des intérêts de tiers ou des règles non opposables au client. En matière de transmission de pièces, les directives et circulaires du Conseil de l'Ordre respectent ce principe puisqu'elles obligent l'avocat, tout en le laissant préalablement au bénéfice de l'effet de surprise prévu par la loi pour l'obtention de la mesure, à transmettre ses pièces dans des cas où la loi donne le droit à la partie adverse d'en prendre connaissance. La norme déontologique laisse ainsi intacts les droits du client tout en évitant des désagréments pratiques à l'avocat telles que vacation au Tribunal pour consulter les pièces, préparation urgente de l'audience, etc.*»

C'est le principe que les règles déontologiques doivent suivre, en matière de procédure notamment: la déontologie que s'impose l'avocat ne doit pas le conduire à affaiblir la défense des intérêts de son client. Le Tribunal fédéral a consacré ce principe en affirmant que «*les intérêts de son client tracent à l'avocat une limite aux devoirs dictés par la collégialité*»¹⁶. On s'inspirera à cet égard de l'excellente formulation des us et coutumes lucernois qui énoncent que «*Die Kollegialität darf die Interessen des Klienten nicht beeinträchtigen*»¹⁷.

¹³ Par exemple les règles de courtoisie et de collégialité entre confrères.

¹⁴ Karpik, 429, l'a bien montré qui parle de «l'arbitrage entre l'intensité de l'engagement dans la défense du client et les exigences de l'harmonie corporative».

¹⁵ Décision partiellement citée in La lettre du Conseil, n° 17, mars 1997, Ordre des avocats de Genève, 4.

¹⁶ ATF 105 II 149 = JdT 1980 I 177, 182.

¹⁷ Art. 37 al. 3 des «Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes».

En revanche, le Tribunal fédéral, dans l'arrêt précité, a refusé de suivre l'argumentation d'une des parties qui contestait «*toute portée au droit corporatif que constituerait les us et coutumes du barreau*». Notre Haute cour a retenu que «*pour appliquer les règles de la bonne foi, il faut certainement tenir compte des usages professionnels*». Ces usages serviront donc toujours, à tout le moins, à tracer les limites de l'abus de droit.

III. Le champ d'application des règles déontologiques

Dans la plupart des cantons, l'association des avocats est de pur droit privé et l'adhésion n'est pas nécessaire pour la pratique du barreau. Il s'ensuit que les règles adoptées par ces associations ne sont pas en elles-mêmes applicables aux avocats qui ne sont pas membres de l'association. Le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence vieille d'une vingtaine d'années¹⁸, a jugé que «*même si le recourant ne fait pas partie de l'Association bernoise des avocats, rien ne s'oppose à ce que l'autorité disciplinaire applique les règles professionnelles de cette association. Ces règles explicitent dans le détail ce que la loi détermine de façon générale; en ce sens, elles ont une portée qui dépasse le cercle privé des membres de l'association et valent de façon générale pour l'activité des avocats dans le canton de Berne*». Par cette décision, le Tribunal fédéral a donné une grande envergure à la portée des normes déontologiques. Ces normes de caractère privé devenaient ainsi l'expression incontournable, sinon unique, des devoirs professionnels auxquels tout avocat était soumis. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de confirmer cette approche lors d'arrêts subséquents. C'est ainsi qu'il a retenu que l'expression de l'«usage» auquel la loi sur la profession d'avocat se réfère se trouve en général dans les us et coutumes publiés par l'Ordre des avocats du canton en cause¹⁹ et qu'il n'apparaît, pour le moins, pas déraisonnable de s'y référer, même lorsque l'avocat n'est pas membre de l'association professionnelle²⁰. Toutefois, le Tribunal fédéral a souligné que les «*us et coutumes ne servent qu'à interpréter la notion d'usage et ne constituent pas en tant que tels la base légale de la décision entreprise*»²¹ de sorte qu'il ne peut être retenu que les us et coutumes sont en eux-mêmes une source de droit autonome et contraignante pour tout avocat.

¹⁸ ATF 98 Ia 356 = JdT 1973 I 206: il s'agissait d'un recours de droit public formé par un avocat bâlois contre une sanction disciplinaire qui lui avait été infligée dans le canton de Berne. L'avocat avait accordé à sa cliente un prêt pour un montant total de 210 000 frs, ce qui contrevenait à la disposition 3 des us et coutumes selon laquelle l'avocat doit garder toute son indépendance dans l'exercice de sa profession.

¹⁹ ATF 108 Ia 319; 106 Ia 107.

²⁰ SJ 1987, 530 ss.; ATF 105 Ia 74.

²¹ SJ 1987, 530 ss.

Progressivement, des critiques²² se sont élevées à l'encontre du rôle d'intérêt public des règles déontologiques et donc de leur application à l'ensemble des avocats exerçant dans un canton, certains auteurs²³ insistant sur le fait que ces normes sont parfois destinées à défendre les intérêts des membres de l'association. L'entrée en vigueur de la nouvelle LCart est venue accentuer cette remise en cause de la sphère d'influence des règles déontologiques²⁴.

Il est intéressant de regarder de plus près cette évolution au travers des domaines sensibles que sont la publicité, les tarifs, la reprise de mandat et les réserves d'usage.

A. La publicité

Un des principes déontologiques les plus ancrés dans les esprits est la quasi-interdiction de toute publicité. C'est aussi lui qui a fait l'objet des critiques les plus répétées²⁵. Désuète, on ne parviendrait guère à comprendre l'exacte justification de cette norme. Certains auteurs n'hésitent pas à remettre en cause de façon fondamentale l'attitude des avocats dans ce domaine en encourageant à pratiquer sans plus tarder le marketing: «*sans une évolution radicale, l'avenir ne pourra plus être maîtrisé et une vérité s'impose brutalement: il faut vivre avec son temps ou s'en aller*»²⁶. La démarche heurtera encore bien des esprits et nécessitera une profonde remise en cause de la perception que les avocats ont de leur métier et de leur fonction au sein de la société²⁷.

La restriction, voire l'interdiction de la publicité, soit est prévue expressément par les lois cantonales, soit découle de la clause générale sur la dignité de l'avocat²⁸. Dans tous les cas, les us et coutumes locaux contiennent une telle norme; les lignes directrices de la FSA énonçaient encore tout récemment que «*l'avocat renonce à toute publicité et à toute recherche de clients*»²⁹.

Ce qui nous intéresse c'est moins le débat de fond que le rôle reconnu aux us et coutumes par la jurisprudence en la matière. Le Tribunal fédéral s'est exprimé³⁰ sur la constitutionnalité d'un blâme prononcé en application de

22 Cf. les auteurs cités par FELLMANN (Standesregeln), 27 ss.

23 BOYER (Recommandation), 21.

24 TERCIER (Les avocats et la concurrence), 6 ss. FELLMANN (Standesregeln), 29.

25 FELLMANN (Standesregeln), 32.

26 PRISTER, 22.

27 Il est intéressant à cet égard de se référer à l'analyse de DOTEZAC DE ROSNAV (La communication de l'avocat).

28 DREYER (L'avocat), 460.

29 Chiffre 6 des Lignes directrices relatives aux «us et coutumes» préconisés par la FSA pour les barreaux cantonaux dans sa teneur du mois de mars 1974.

30 SF 1987, 529 ss.

l'art. 14 de la Loi genevoise sur la profession d'avocat³¹. Cette disposition, qui interdit toute démarche publicitaire, réserve expressément les annonces autorisées par l'usage. Elle a été jugée constitutionnelle, l'usage définissant quelles sont les démarches publiques de l'avocat compatibles avec la dignité professionnelle. Or, le Tribunal fédéral relève que l'expression de cet usage se trouve en général dans les us et coutumes publiés par l'Ordre des avocats du canton en cause³². Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu un rôle essentiel aux us et coutumes dans la délimitation de la publicité admissible tout en réservant le fait que l'usage puisse avoir une autre source, notamment la jurisprudence.

Cela étant, DREYER l'observe justement, le Tribunal fédéral n'a fait, à ce jour, qu'examiner la constitutionnalité des restrictions à la publicité apportées par les diverses législations. Il n'a porté en revanche aucun jugement sur la règle elle-même de sorte que «des réglementations cantonales plus libérales pourraient être adoptées sans violer le droit fédéral (encore inexistant en la matière)»³³.

Or, force est de constater qu'un vent de changement souffle en la matière³⁴. La jurisprudence elle-même semble modifier progressivement son approche de la question. Dans un arrêt rendu le 12 février 1997³⁵, le Tribunal s'est prononcé sur la constitutionnalité d'une sanction disciplinaire basée sur l'art. 7 al. 2 de la loi zurchoise sur le barreau qui interdit la publicité importante et mensongère. Le Tribunal fédéral a certes, dans une large mesure, confirmé sa jurisprudence antérieure selon laquelle des méthodes publicitaires commerciales peuvent être exclues pour des motifs d'intérêt public comme la protection de la bonne foi en affaires et le maintien de la crédibilité et l'indépendance des avocats. S'il a ainsi confirmé que le but des normes limitant le droit à la publicité ne prête pas le flanc à la critique, il a en revanche retenu que *leur application nécessitait certaines adaptations au vu des circonstances sociales changées*. Le Tribunal fédéral n'a pas été pleinement acquis aux arguments d'une part de la doctrine qui affirme que «la dignité de la profession n'a rien à perdre d'une meilleure information, au contraire»³⁶. Mais il

31 LPw (RSGe E 6,10) qui énonce que «l'avocat doit s'abstenir de toute sollicitation de clientèle ainsi que de toute démarche publicitaire, quelle qu'en soit la forme, sauf en ce qui concerne les annonces autorisées pas l'usage, notamment en cas d'installation, de changement d'adresse ou d'association».

32 SJ 1987, 533 et arrêts cités.

33 DREYER (L'avocat), 462.

34 De nombreuses études sur la publicité et le marketing des avocats ont été effectuées récemment; on peut citer: TERCIER (Les avocats et la concurrence), 13 ss; FELLMANN, (Standesregeln), 32 ss; BOYER (Les avocats), 24 et (Recommandations), 13 ss; DOTEZAC DE ROSNAV (La communication des avocats) et (Perspectives); DREYER (L'avocat), 460 ss.

35 Arrêt du 12 février 1997 dans la cause M. contre Association des avocats zurichois et commission de surveillance des avocats du canton de Zurich, ATF 123 I 12.

36 TERCIER (Les avocats et la concurrence), 13; FELLMANN (Standesregeln), 34, pour qui «die Standesregeln müssen vielmehr im Mittelpunkt des anwaltlichen Marketings stehen».

semble bien avoir laissé la porte ouverte au changement en précisant à propos des normes cantonales qui interdisent la publicité importune et trompeuse³⁷: «*La publicité discrète et matériellement correcte peut satisfaire le besoin d'information du public et ne doit pas être complètement interdite à l'avocat*». Le Tribunal fédéral, après avoir reconnu la possibilité d'un besoin d'information, a constaté que les limites entre publicité commerciale et information admissible n'étaient pas faciles à tracer. En l'état, se référant à la doctrine la plus récente³⁸, il s'est contenté de prendre acte du changement en train de s'opérer.

Il est à cet égard intéressant de constater que le Tribunal fédéral, dans un arrêt postérieur de quelques mois³⁹, relatif à la publicité permise aux pharmaciens, a longuement cité sa décision du 12 février 1997 en la commentant lui-même dans les termes suivants: «*le Tribunal fédéral a confirmé en principe sa jurisprudence antérieure, se réservant d'examiner le moment venu les adaptations qui pourraient être nécessaires au vu des circonstances actuelles*»⁴⁰.

Compte tenu de cette réserve du Tribunal fédéral en faveur d'adaptations nécessaires d'une part et du rôle qui est reconnu aux us et coutumes dans la délimitation de l'usage en matière de publicité d'autre part (*cf. supra*), les modifications et les ouvertures qui seront opérées en la matière par les différents Ordres cantonaux ou par la FSA sont appelées, dans l'immédiat et dans un proche avenir, à jouer un rôle déterminant dans l'évolution prochaine de ce qui sera considéré comme étant admissible. Il faut à cet égard relever que la FSA a pris conscience de cet enjeu et vient de franchir un pas important puisque, lors de son assemblée générale du 6 juin 1997 à Saint-Gall, elle a modifié le chiffre 6 des *Lignes directrices relatives aux «us et coutumes» préconisés par la FSA pour les barreaux cantonaux* pour déclarer, à certaines conditions, la publicité comme étant permise aux avocats⁴¹. Elle suivait en cela les recommandations de sa commission sur la loi sur les cartels pour qui «*toute mesure restreignant la publicité des avocats et non justifiée par la dignité de la profession peut désormais être considérée comme contraire à la nouvelle loi sur les cartels*»⁴². De la même façon, l'Ordre des avocats de Lucerne a modifié ses us et coutumes, le 5 mai 1995, ouvrant assez largement la porte à la publicité⁴³.

³⁷ Traduction libre de l'arrêt du 12 février 1997, 10.

³⁸ DEYER (L'avocat), 460 ss.; FREYER (Rechtswahl), 343 ss.; FELLMANN/SIDLER, 37 ss.

³⁹ Arrêt du 24 juin 1997 (2P.278/1996), ATF 123 I 123 également publié in MEDIA LEX 3/97, 161 ss.

⁴⁰ ATF 123 I 123, 210.

⁴¹ Le nouveau texte a la teneur suivante: «*La publicité est permise à l'avocat dans les limites du droit fédéral et cantonal et en respectant la dignité de la profession ainsi que le secret professionnel*». Pour comparer avec l'ancien texte, *cf. supra* note 29.

⁴² Bover (Recommandations), 11.

⁴³ On peut comparer l'ancien texte des règles lucernoises «*Der Anwalt unterlässt jegliche Reklame ...*» (art. 6) au nouveau «*Der Anwalt enthält sich aufdringlicher Werbung*» (Art. 14). *Cf. FELLMANN/SIDLER*, 110 et 126. Zurich, Bâle-Ville et Berne ont suivi la même évolution.

La pression que représente la concurrence d'autres groupes professionnels fait qu'il est urgent que les us et coutumes définissent de façon positive – et non plus sous forme de dérogations à une interdiction générale – les limites de la nécessaire information que les avocats doivent pouvoir donner d'eux-mêmes au public. Sur ce point, la pérennité et l'influence des règles déontologiques vont, plus que jamais, dépendre de la pertinence et l'adéquation des règles aux problèmes posés⁴⁴.

B. Les tarifs

On vient de le voir, la publicité des avocats est un domaine où l'autorité publique (autorité disciplinaire administrative, tribunaux, etc.) reçoit l'influence des us et coutumes et où les changements seront, sans doute dans une mesure appréciable, élaborés par les Ordres des avocats eux-mêmes. Il en va tout autrement dans le domaine des tarifs qui a été soumis à une évolution beaucoup plus nette et rapide, sur l'ordre du législateur.

Dans les recommandations de la commission «*Avocats et NL Cart*» adoptées par la conférence des Bâtonniers des 8-9 novembre 1996 suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les cartels⁴⁵, la FSA a insisté sur le caractère exclusivement indicatif que devront, à l'avenir, revêtir les tarifs. Lors de son assemblée générale du 6 juin 1997, la FSA a modifié le chiffre 13 de ses lignes directrices en en supprimant la référence au tarif auquel l'avocat pouvait être tenu. Le nouveau texte se contente d'énoncer que «*à défaut de convention, l'avocat fixe ses honoraires conformément aux règles et usages du canton où il exerce*». Cette évolution a paru être éventuellement insuffisante à la Commission de la concurrence⁴⁶.

Bover⁴⁷ a justement fait valoir toutefois que de simples recommandations tarifaires n'entraînent pas nécessairement une suppression de la concurrence efficace et que la Commission ne semble pas, dans un premier temps, avoir pleinement saisi la portée de la modification opérée par la FSA. Selon lui, le fait de demander des honoraires dans les limites d'un tarif, qui constituerait effectivement l'expression d'un usage, admis comme tel par les participants au

⁴⁴ Reste évidemment réservée la situation des barreaux dans lesquels la loi elle-même

prohibe la publicité; un changement législatif sera nécessaire. Comme le souligne TERCER (Les avocats et la concurrence), 14, les avocats qui souhaitent le changement et qui sont membres de tels barreaux sont «*les plus malheureux*».

⁴⁵ Bover (Recommandations), 11.

⁴⁶ Dans sa prise de position du 24 mars 1997, la commission a relevé que «*cette modification, si elle est en soi positive, n'exclut pas que l'application des recommandations puisse avoir les mêmes effets qu'une entente de prix, au sens de l'art. 5 al. 3 let. a Lcart, au cas où ces recommandations supprimeraient la concurrence efficace*».

⁴⁷ Bover (Les avocats), 4 ss.

marché (avocats et clients) et les autorités de taxation, devrait être considéré comme un comportement naturel.

Ainsi, dans les cantons où les Ordres ont édicté des tarifs, ces derniers sont appelés à devenir un pur instrument d'orientation, que ce soit pour les clients, à qui ils devraient permettre de se faire une idée de ce que les services d'un avocat pourraient leur coûter ou pour les autorités de taxation, à qui ils devraient servir de base de réflexion lors de contestations d'honoraires⁴⁸. Il appartiendra, cas échéant, aux Ordres cantonaux de démontrer que, nonobstant l'existence de recommandations tarifaires, une concurrence efficace existe sur le marché.

Le temps semble donc révolu où certaines autorités administratives ou judiciaires se basaient purement et simplement sur les us et coutumes pour juger du caractère admissible ou non des honoraires. Il n'est pas besoin de remonter loin dans le temps pour rencontrer de telles décisions. On peut citer comme exemple la décision de la commission de surveillance des avocats du canton de Bâle du 12 octobre 1994⁴⁹. Elle se rapporte à une procédure disciplinaire à l'encontre d'un avocat ayant soumis à l'assistance judiciaire des honoraires exagérés. Dans les considérants de cette décision, la commission rappelle qu'en application de la loi sur les avocats, les honoraires doivent correspondre au tarif officiel. Dans le cadre de l'assistance judiciaire, la loi ne prévoit rien de plus que le principe d'honoraires raisonnables. Ainsi, la commission s'est principalement basée sur un article des us et coutumes qui prévoit que lorsque l'assistance judiciaire est octroyée, l'avocat est obligé de se contenter de la rémunération reçue à ce titre.

Le domaine des tarifs a donc enregistré une perte d'influence extrêmement notable des us et coutumes suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les cartels. On retiendra qu'il n'y a en cela rien d'étonnant puisque d'innombrables autres secteurs de l'économie ont été soumis à cette nouvelle donne. Il s'agit là du but même de la nouvelle réglementation.

C. La reprise du mandat

Dans un grand nombre de cantons, les us et coutumes prévoient que l'avocat n'accepte pas de reprendre un mandat sans s'être assuré que son prédécesseur a été rétribué⁵⁰. Il s'agit à l'évidence d'une règle qui tend à la protection de

⁴⁸ Ces mêmes préoccupations ressortent également de l'art. 19 a-p LICA.

⁴⁹ BIM 1995, 276 ss.

⁵⁰ Ce n'est pas le cas à Genève où l'art. 19 des us et coutumes énonce que «l'avocat ne se charge pas d'une cause précédemment confiée à un confrère sans en informer ce dernier; il s'emploie auprès du client pour que le confrère dessaisi soit rétribué». Le non-paiement des honoraires du premier avocat n'empêche pas l'acceptation du mandat par le second.

l'intérêt des membres de l'association plutôt qu'à celle du public et des clients. Cela n'a pas empêché l'autorité de surveillance des avocats valaisanne de sanctionner récemment un avocat pour avoir repris un mandat d'un confrère sans que ce dernier ait été payé⁵¹. Selon l'autorité de surveillance, l'article des us et coutumes concernant la reprise du mandat est une des expressions des devoirs confraternels prévus par la loi cantonale sur les avocats.

Le problème s'est récemment déplacé sur le terrain pénal. Le Tribunal fédéral a jugé⁵² que celui qui fait dépendre du versement d'un acompte sur des honoraires impayés la remise immédiate à son mandant de documents absolument nécessaires à la conduite d'un procès en cours, commet une contrainte au sens de l'art. 181 CP car il menace son mandant d'un dommage sérieux. Le recourant avait invoqué pour sa défense l'article des us et coutumes argoviens autorisant l'avocat à exercer une contrainte indirecte à l'encontre de son précédent client afin de recouvrer ses honoraires. Le recourant n'étant pas avocat, le Tribunal fédéral⁵³ précise qu'aucun droit de rétention des pièces réservé à l'avocat ne pouvait lui être appliqué. Le Tribunal fédéral ne s'est pas vraiment prononcé sur le rapport entre ces normes; on ne peut donc déduire la solution qui aurait été retenue si le recourant avait été inscrit au barreau.

Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question et il n'aura vraisemblablement jamais à le faire. Suite à la recommandation de sa commission «*Avocats et nL Carls*», la FSA a modifié le chiffre 20 de ses lignes directrices, réglant la reprise de mandat⁵⁴, et a invité les ordres cantonaux à modifier leurs propres règles de façon à aller dans le même sens⁵⁵. Les raisons retenues pour cette modification étaient évidemment le caractère anticoncurrentiel et préjudiciable aux intérêts du justiciable de ces dispositions.

Cela a pour conséquence qu'une règle déontologique largement répandue dans les barreaux suisses et dont la validité avait été reconnue à diverses reprises par les organes étatiques est appelée à disparaître ou à perdre considérablement de son influence.

D. Les réserves d'usage

S'il est une question qui peut mettre en lumière le rôle ambigu des règles déontologiques face au droit étatique c'est bien celle de la portée des réserves

⁵¹ RVI 1992, 264 ss.

⁵² ATF 122 IV 322.

⁵³ ATF 122 IV 331, consid. 3d.

⁵⁴ L'ancien texte exigeait de l'avocat qu'il n'acceptât le mandat que si son prédécesseur avait été rétribué. Si les honoraires étaient contestés, l'acceptation du mandat n'était possible qu'après consignation de la somme par le client. Aujourd'hui l'art. 20 énonce que «sous réserve des règles sur le secret professionnel, l'avocat qui reprend un dossier en cours, précédemment confié à un confrère en informe son prédécesseur».

⁵⁵ Bover (Recommandations), 11.

d'usage. Le respect par les tribunaux des réserves d'usage est une question perpétuellement abordée sans que jamais une réponse univoque ne lui soit donnée. La pratique des diverses autorités judiciaires cantonales est variable lorsqu'un avocat, en violation de ses règles déontologiques, produit en justice des pièces frappées par les réserves d'usage. L'ampleur de la question ne permet pas qu'on y consacre ici une étude fouillée. Quelques éléments suffiront à mettre en lumière la problématique.

Il n'est pas douteux qu'un tel comportement constitue une faute de nature disciplinaire que les autorités étatiques n'hésitent pas à sanctionner. Selon la cour supérieure du canton d'Argovie⁵⁶, le fait de porter à la connaissance des autorités judiciaires les propositions transactionnelles faites entre avocats viole les us et coutumes et représente une violation des devoirs professionnels, violation qui appelle une sanction disciplinaire. Cette norme déontologique, expression d'un devoir professionnel, a ainsi été considérée d'intérêt public.

L'aspect disciplinaire est une chose, la prise en compte des réserves d'usage par les tribunaux – puisqu'elle signifie l'incorporation en procédure civile de normes privées et leur protection par l'autorité publique – en est une autre. Les tribunaux ne peuvent pas, sans autre, incorporer des règles extérieures à leur procédure ou limiter le champ d'application de cette dernière.

La première difficulté provient de la nature même des réserves d'usage (nature conventionnelle, conséquence du secret professionnel, etc.) qui est discutée et qui varie selon les cantons⁵⁷. A quel titre et pourquoi respecte-t-on les réserves d'usage? Qui – l'avocat, son client, voire les autorités – y est-il tenu?

La seconde difficulté est celle qu'il y a à trouver, en procédure civile, une solution cohérente et uniforme quant au sort qu'il faut réserver aux différentes sortes de preuves illicites (ou recueillies de façon illicite) ou en violation de règles diverses⁵⁸. Or, la production de ces pièces couvertes par les réserves d'usage entre dans cette catégorie.

En ce qui concerne les tribunaux, les décisions publiées sont pratiquement inexistantes. Dans une décision isolée, le Tribunal cantonal vaudois a jugé que la production de pièces frappées des réserves d'usage n'en était pas moins «*opérante*» et que la violation éventuelle de règles déontologiques par cette production pourrait constituer ne relèverait que de la compétence de l'Ordre des avocats⁵⁹. Bon nombre de praticiens connaissent sans doute bien d'autres

décisions émanant d'autorités cantonales qui tantôt admettent tantôt rejettent des pièces produites en violation de règles déontologiques. Ainsi, la juridiction des prud'hommes de Genève a récemment⁶⁰ retenu, en application de l'art. 20 des us et coutumes⁶¹, que les pièces frappées de la mention «*sous les réserves d'usage*» ne peuvent être produites en justice, ajoutant que ces pièces doivent être considérées comme *des moyens de preuve non conformes*.

Il n'y a, à notre connaissance, pas de jurisprudence fédérale sur la question. Il faut donc se risquer au raisonnement suivant. Nous avons vu *supra*⁶² qu'en matière de procédure civile, le Tribunal fédéral⁶³ a retenu que «*pour appliquer les règles de la bonne foi, il faut certainement tenir compte des usages professionnels*» ce qui l'a amené à examiner l'éventuelle irrecevabilité d'une exception de chose jugée compte tenu de l'existence alléguée d'un accord entre les avocats. Selon l'une des parties, l'avocat de l'autre aurait renoncé, contractuellement envers son confrère, à soulever une telle exception. En raison des faits de la cause, le Tribunal fédéral a nié qu'un tel accord fût intervenu. Il n'en a pas moins jugé que si les règles de la bonne foi sont applicables, en procédure civile, dans un premier temps aux parties elles-mêmes, ces dernières doivent également se laisser opposer l'attitude de leur avocat. Le Tribunal fédéral a ajouté: «*il est parfaitement normal, (...), et conforme aux règles de la bonne foi d'être plus exigeant pour la partie représentée par un juriste que pour celle qui n'entend rien au droit*». Or, «*pour appliquer les règles de la bonne foi, il faut certainement tenir compte des usages professionnels*» dit encore notre Haute cour.

Ce dernier constat amène à considérer que la jurisprudence fédérale contient les éléments suffisants pour que la production par un avocat de pièces frappées de réserves d'usage puisse être considérée comme une violation des règles de la bonne foi et, partant, constitutive d'un abus de droit de sorte que les pièces incriminées seraient écartées des débats. Un abus de droit se constate de cas en cas et non de manière générale et abstraite. C'est dire que même si la jurisprudence devait suivre l'avis exprimé ici cela ne signifierait pas encore le respect systématique par les tribunaux de cette norme déontologique mais bien, de cas en cas, la sanction procédurale du comportement spécifique d'un avocat.

L'importance de cette norme pour la pratique quotidienne de la profession est grande: dans l'intérêt de leurs clients, les avocats doivent pouvoir négocier

⁵⁶ AGVE 1995, 68.

⁵⁷ Cf. l'étude de STREULLER, Remarques sur les réserves d'usage en droit jurassien, RJI 1995, 305 ss et la circulaire du conseil de l'Ordre des avocats de Genève du 5 janvier 1989 in le Recueil systématique ad art. 20 des us et coutumes qui présente les diverses solutions existantes, tant au plan national qu'au plan international.

⁵⁸ Il faut citer ici l'étude de GUILIARD, SJ 1998 (à paraître). Le sort des preuves illicites dans le procès civil, qui dresse un état des lieux complet de la question.

⁵⁹ JdT 1981 III 137, 139.

⁶⁰ Jugement du 21 mai 1997 (non destiné à la publication) dans la cause n° C/1934/1997-9.

⁶¹ Art. 20 lit a): L'avocat n'a pas le droit, sans le consentement préalable de son confrère, de produire en justice tout ou partie des lettres qu'il en a reçues ou qu'il lui a envoyées, lorsqu'elles se réfèrent à des propositions transactionnelles, sauf si ces dernières ont abouti à un accord complet. b) Il est admissible, en revanche, de produire toutes autres lettres échangées entre avocats, sauf si elles contiennent la mention «*sous les réserves d'usage*» ou toute autre formule analogue.

⁶² Cf. supra: II. Le droit du mandat, in fine.
⁶³ ATF 105 II 149 = JdT 1980 I 177, 182.

sous la protection de cette règle de confidentialité⁶⁴. Dès lors que l'incorporation de la norme déontologique ne peut se faire en toute efficacité dans le droit de procédure, il appartient aux Ordres de veiller, avec une attention soutenue, à son respect par le biais du droit disciplinaire.

IV. Conclusion

Le constat est incontestable: le rôle des us et coutumes est à un tournant. Faut-il parler de crise⁶⁵? On peut véritablement s'interroger. L'évolution des mentalités, les pressions de la concurrence non soumise à de telles règles et les modifications législatives ont et vont amener plus de changements en quelques années que n'en ont connu les us et coutumes depuis la dernière guerre. Ce n'est pas dire pour autant que la notion même d'us et coutumes soit surannée. Que nombre de ces normes soient désuètes est probable. Il faut alors les changer, voire supprimer certaines d'entre elles⁶⁶. Leur nécessité n'est en revanche pas discutable. Les avocats jouissent du monopole de la représentation en justice – il est vrai parfois sérieusement entamé⁶⁷ – de même que les clients bénéficiaient de la protection du secret professionnel. Cette place à part s'accompagne d'un surcroît d'exigences⁶⁸. Y renoncer reviendrait à affaiblir la profession voire à en menacer à terme l'existence. En revanche, la déontologie doit être tout entière tournée vers l'intérêt du client et du justiciable à l'exclusion de toute autre considération. A cet égard, il n'y a nulle contradiction à constater d'une part que les Ordres ont des activités de nature corporatiste et d'autre part à exiger d'eux que les normes de déontologie professionnelle qu'ils promulguent soient destinées à sauvegarder non pas les intérêts directs des avocats mais bien ceux de leurs clients. La plupart des associations d'avocats comptent au nombre des buts qu'elles poursuivent la protection de l'honneur et du prestige du barreau ainsi que ceux de ses membres. Quelle meilleure façon d'atteindre ce but que de forger des règles qui assurent la qualité des services rendus au public par chacun des membres de l'association? On se gardera, ce faisant, d'utiliser l'intérêt du client comme un pré-

texte⁶⁹ servant à justifier le maintien de normes dont le but véritable serait de nature cartellaire. Il est vrai que la relation entre la défense corporative et celle du client est délicate. KARRIK⁷⁰ l'a bien résumé lorsqu'il affirme que la profession «est, dans un équilibre fragile, tiraillée entre deux loyautés au moins partiellement contradictoires et sans cesse menacée de verser d'un côté ou de l'autre».

Dans un métier où l'affrontement est quotidien, en tout cas pour l'activité judiciaire, un code de déontologie (une sorte de droit de la guerre) est indispensable. Identiquement, la résolution des conflits entre confrères est une nécessité parce que ces conflits aggravent ceux, préexistants, des clients alors que le rôle des avocats serait d'en trouver l'issue.

Il serait paradoxal qu'au moment où les comités d'éthique ou de déontologie se multiplient ou se renforcent dans les milieux les plus divers, les avocats viennent à abandonner la leur en la laissant vieillir et tomber en désuétude. Cela dit, la nécessaire remise en cause de nos habitudes et de notre conception des choses est de taille⁷¹. Il faut donc s'y atteler sans tarder à l'orée du troisième millénaire censé représenter l'entrée dans une nouvelle ère⁷².

⁶⁴ La confidentialité des propos échangés en cours de négociation n'est pas l'appanage des règles déontologiques. Certaines lois de procédure civile qui connaissent la conciliation instituent un système qui présente des analogies. Par exemple l'art. 57 de la LPC genevoise. «En cas de non-conciliation, aucune partie ne peut se prévaloir, dans la suite du procès, de ce qui a été déclaré à l'audience de conciliation, soit par les parties, soit par le juge.»

⁶⁵ FELLMANN (Standesregeln), 29; Cf. aussi KARRIK, 429.

⁶⁶ A l'instar de ce que vient de faire la FSA (cf. supra) tant en matière de publicité qu'en matière de reprise de mandat et de tarifs.

⁶⁷ DREYER (L'avocat), 502.

⁶⁸ DREYER (L'avocat), 417.

⁶⁹ BOYER (Les avocats) 26, qui montre toutefois que, sur le plan de la loi sur les cartels, la protection du client n'est pas forcément la planche de salut que certains croient avoir trouvée et que d'aucuns dénoncent comme étant une «clause bateau».

⁷⁰ KARRIK, 429.

⁷¹ On peut se référer aux deux récentes études de DOREZAC DE ROSNAY.

⁷² On notera le titre révélateur du rapport de DREYER: L'avocat dans la société actuelle. De la nécessité de passer du XIX^e au XXI^e siècle.