

DROIT DE LA PROFESSION D'AVOCAT

Benoît CHAPPUIS

Film

LOI ET DÉONTOLOGIE : AMOUR CONTRARIÉ OU MARIAGE DE RAISON ?

Loi et déontologie ont toujours entretenu des relations compliquées, comme d'inséparables amants, surveillés par leur famille respective et condamnés à s'aimer en cachette. La dernière décennie a été le théâtre d'une petite crise de ménage entre eux, dont il est intéressant de revoir le déroulement, pour tenter d'en tirer quelques enseignements.

A. L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LLCA ; LE TEMPS DE LA RUPTURE

I. LA VOLONTÉ DU PARLEMENT ; L'AUBE D'UNE ÈRE NOUVELLE

L'entrée en vigueur de la Loi sur la libre circulation des avocats (LLCA), le 1^{er} juin 2002, a entraîné nombre de changements substantiels dans le régime juridique régissant la profession d'avocat. Au nombre de ceux-ci figure le fait que le droit fédéral régit désormais de façon exhaustive les règles professionnelles auxquelles l'avocat est soumis. S'ils conservent des compétences dans divers domaines, tels l'organisation du stage, la

fixation et le contrôle des honoraires par exemple¹, les cantons n'ont en revanche plus la faculté d'ajouter quelque réglementation que ce soit aux règles professionnelles fédérales². L'idée qui sous-tend ce principe est que, pour garantir de façon effective la libre circulation des avocats que la loi fédérale institue, il faut que les règles que ces derniers doivent respecter soient identiques dans toute la Suisse. La libre circulation s'accommoderait en effet mal de particularismes locaux auxquels l'avocat serait obligé de se plier, au gré de ses déplacements devant les différentes juridictions et autorités du pays³.

Dans ce contexte d'unification nationale, le Conseil fédéral a dit en termes clairs quel serait désormais le rôle des règles déontologiques :

*« Une unification des règles professionnelles sera également de nature à encourager la mobilité des avocats, et à permettre une pratique plus transparente des autorités de surveillance en cas de recours. Cette solution permet également de limiter la portée des règles déontologiques (Standesregeln), édictées par les associations professionnelles, qui serviront avant tout à interpréter si nécessaire les règles professionnelles. Des critiques se sont élevées à l'encontre de ces règles déontologiques, dont l'intérêt public est parfois discutable; la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels (Lcart; RS251) a du reste accentué encore la remise en cause des règles déontologiques. En unifiant au niveau fédéral les règles professionnelles que tout avocat doit observer en Suisse, la LLCA permet non seulement d'éviter des problèmes de concours entre règles professionnelles cantonales, mais elle opère également une distinction claire entre règles professionnelles (étatiques) et règles déontologiques ».*⁴

La déontologie, après des siècles de relations, parfois passionnées et conflictuelles, avec la loi, était priée de s'effacer.

II. LA NOUVELLE JURISPRUDENCE : LA FERMETÉ DES PRINCIPES

Conformément au but poursuivi par le législateur, la jurisprudence nouvelle a souligné d'entrée de cause que les normes déontologiques n'avaient pas vocation à s'appliquer directement, l'ensemble des règles

¹ ATF 135 III 259, c. 2.4.

² ATF 129 II 29, c. 1.1.

³ Message du CF LLCA, FF 1999 5355. Sur le but de la LLCA et son impact sur les règles cantonales, BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat. Tome I – Le cadre légal et les principes essentiels, Zurich 2013, p. 3-7.

⁴ Message du CF LLCA, FF 1999 5355.

professionnelles étant désormais institué par la loi⁵. Ce principe n'était à vrai dire pas nouveau, dans la mesure où des normes privées, telles les normes déontologiques, ne peuvent, par principe, avoir une portée générale, s'imposant au justiciable comme le ferait une loi⁶. Le Tribunal fédéral, sous l'empire des lois cantonales, avait déjà clairement mis en lumière 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»⁷.

Ce que la jurisprudence nouvelle a en revanche développé, après l'entrée en vigueur de la LLCA, ce fut le concept selon lequel seules les normes déontologiques, édictées dans l'intérêt public et qui expriment une conception largement répandue au niveau national, pourraient désormais servir à interpréter les dispositions légales⁸. Si le droit était maintenant unifié au niveau national, il fallait qu'il en allât de même des règles déontologiques, quelle que fût leur importance résiduelle. Elles ne devaient pas permettre de réintroduire des particularismes locaux par une porte détournée, celle des principes associatifs privés.

On a l'impression, en lisant ses premiers arrêts, que le Tribunal fédéral voulut donner une sorte de coup de semonce initial, de façon à rendre clair le fait que le droit de l'avocat entraînait dans une ère nouvelle. Le principe était ainsi énoncé de manière forte et affirmée, laissant présager une jurisprudence stricte.

Le temps du flirt entre loi et déontologie semblait bel et bien sur le point de finir.

III. LA RÉACTION DE LA FSA : LE CODE SUISSE DE DÉONTOLOGIE

La FSA comprit rapidement le danger. Réagissant à cette évolution jurisprudentielle qui exigeait des règles déontologiques de portée nationale, la FSA promulgua, le 10 juin 2005, le Code suisse de déontologie (CSD) dont le but, expressément énoncé en préambule, consiste à «unifier, sur

⁵ Cf. par exemple, 2A.191/2003, c. 6.

⁶ BENOÎT CHAPPUIS, Signification et fonction des règles déontologiques, in FELLMANN/HUGUENIN JACOBS/POLEDNA/SCHWARZ (éd.), *Droit suisse de l'avocat*, Berne 1998, p. 131.

⁷ SJ 1987 530, 533.

⁸ ATF 130 II 270, c. 4, résumé in RDAF 2005 I 526 ; TF, 2P.194/2004.

tout le territoire de la Confédération, les règles déontologiques»⁹, ce qui entraîna la disparition de la quasi-totalité des codes de déontologie cantonaux.

La communauté helvétique des avocats s'est donc dotée d'une déontologie nationale, propre à en assurer la pérennité et l'influence. Elle pouvait dès lors espérer regagner la confiance de son ancien partenaire, le droit étatique.

B. LE RETOUR DE LA RÉALITÉ

I. LE CONSTAT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

Le Tribunal fédéral fut quant à lui rapidement confronté au fait que l'art. 12 LLCA, dont on avait dit la suprématie absolue et proclamé le caractère exhaustif, n'en est pas moins singulièrement pauvre; cette disposition n'énonce en effet, sous forme très condensée, que quelques rares règles relatives au comportement de l'avocat dans l'exécution de ses mandats :

- L'obligation de soin et de diligence (let. a);
- L'exigence de l'indépendance (let. b);
- L'interdiction de conflits d'intérêts (let. c);
- La publicité autorisée (let. d);
- L'interdiction du *pactum de quota litis* (let. e);
- L'obligation de ségréguer les avoirs des clients (let. h);
- Le devoir d'information sur le mode de facturation (let. i).

Les principes expressément réglés par la loi sont non seulement peu nombreux, mais le caractère laconique du texte légal laisse en outre dans l'ombre de nombreuses questions donnant pourtant matière à des litiges réguliers entre avocats et clients ou entre avocats et autorités.

II. LE TEMPS DE LA CRÉATIVITÉ

En conséquence, le Tribunal fédéral fut amené, dès les premières années du règne de la LLCA, à interpréter extensivement le texte légal, voire à le compléter, ce qu'il n'a cependant jamais affirmé expressément. Cette activité créatrice, par voie prétorienne, de devoirs que le législateur

⁹ Cf. ATF 140 III 6, c. 3.1, qui mentionne le but poursuivi par la promulgation du CSD.

n'avait pas entendu imposer expressément à l'avocat n'a pas manqué de susciter des critiques, d'aucuns considérant que le Tribunal fédéral sortait de son rôle d'interprète de la loi¹⁰. Il est vrai qu'aujourd'hui l'ensemble des devoirs reconnus à l'avocat par la jurisprudence n'a plus qu'un rapport assez distant avec le texte légal voté par le Parlement.

Quoi qu'il en soit de la légitimité de l'intervention de la plus haute instance du pays, on a pu assister à une évolution remarquable des principes intransigeants énoncés initialement. Le Tribunal fédéral est parti de la prémisse que l'art. 12 let. a LLCA, instituant l'obligation de soin et de diligence, doit être vu comme une clause générale permettant d'interpréter largement le contenu et la définition des obligations à charge des avocats¹¹. Cela fait et, se fondant sur ce précepte, le Tribunal fédéral y a fait entrer les obligations de comportement suivantes :

- respect dû par l'avocat aux autorités¹², notamment administratives¹³ ou judiciaires¹⁴ ;
- respect dû par l'avocat à ses confrères¹⁵ ;
- respect dû par l'avocat à la partie adverse¹⁶ ;
- respect dû par l'avocat aux justiciables¹⁷ ;
- limitation des contacts qu'un avocat peut entretenir avec des témoins¹⁸ ;
- interdiction pour un avocat d'entrer directement en contact avec une partie représentée par avocat¹⁹ ;
- respect de la confidentialité qui s'attache aux courriers transactionnels échangés entre avocats²⁰.

¹⁰ Sur la question de l'interprétation de la clause générale et des limites qu'il convient de poser à l'extension des devoirs de l'avocat par voie prétorienne, cf. WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Berne 2010, N 181 ; KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht: Grundlagen und Kernbereich*, Zurich 2009, N 1456 SS.

¹¹ TF, 2C_452/2011, c. 5.1 ; 2A.191/2003, c. 5.3 ; 2A.151/2003, c. 2.2 ; CR LLCA-BAUER/BAUER, art. 17 N 14 ; WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht* (cité n. 10), N 175 ss ; KASPAR SCHILLER (cité n. 10), N 1454 ss.

¹² TF, 2A.191/2003, c. 5.3.

¹³ TF, 2A.151/2003, c. 2.2.

¹⁴ Message du CF LLCA, FF 1999 5368.

¹⁵ TF, 2A.191/2003, c. 5.3.

¹⁶ ATF 130 II 270, c. 4, résumé in RDAF 2005 I 526.

¹⁷ ATF 130 II 270, c. 4, résumé in RDAF 2005 I 526 ; TF, 2C_737/2008, c. 3.3.

¹⁸ ATF 136 II 551 = JdT 2010 I 604.

¹⁹ TF, 2C_177/2007, c. 5.1 ; 2P.156/2006 et 2A.355/2006, c. 4.1.

²⁰ ATF 140 III 6 ; TF, 2A.658/2004, c. 3.1, traduit in FRANÇOIS BOHNET, *Les grands arrêts de la profession d'avocat*, 2^e édition, Neuchâtel 2010, p. 132.

III. LE RETOUR AUX ANCIENNES AMOURS : LA SÉDUCTION DE LA DÉONTOLOGIE

Ce qu'il est intéressant de remarquer réside dans le fait que le Tribunal fédéral n'a jamais élaboré *ex nihilo* les devoirs qu'il a fait entrer dans le cadre de la norme générale de l'art. 12 let. a LLCA. Il s'est au contraire quasi systématiquement inspiré des règles déontologiques, soit de celles du CSD²¹ soit de celles de certains cantons auxquelles il a reconnu une portée nationale, même pourtant après leur abrogation consécutive à l'entrée en vigueur du CSD²². Il est même allé jusqu'à conférer la qualité de preuve illicite, au sens de l'art. 152 al. 2 CPC, à une lettre envoyée par un avocat « sous les réserves d'usage », c'est-à-dire en violation de l'art. 6 CSD qui énonce que « l'avocat ne porte pas à la connaissance du tribunal des propositions transactionnelles, sauf accord exprès de la partie adverse ».

Cette dernière décision doit être approuvée sans réserve dans son résultat et s'inscrit parfaitement dans la logique de la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral quant à la portée des normes déontologiques²³. Il n'en reste pas moins qu'une preuve a été considérée comme illicite au sens du droit de procédure fédéral, non pas en vertu d'une règle expresse de la LLCA, mais bien en vertu d'une norme déontologique qui a trouvé sa place dans les devoirs généraux que cette dernière met à la charge de l'avocat.

C'est dire que, des principes fortement affirmés au début de la nouvelle ère, dont le début fut marqué par l'entrée en vigueur de la LLCA, à la jurisprudence actuelle, une profonde évolution s'est fait jour. Du rôle d'accessoire occasionnel et éventuel dans l'interprétation de la loi, les règles déontologiques ont été promues en source d'inspiration régulière, permettant de combler les manques flagrants de la loi.

De maîtresse éconduite, la déontologie a retrouvé un statut d'inspiratrice avouée.

²¹ Par exemple, ATF 140 III 6, c. 3.1 ; TF, 2C_177/2007, c. 5.2.

²² Par exemple, ATF 136 III 551 = JdT 2010 I 604, c. 3.2.1 et TF, 2A.658/2004 c. 3.2, s'inspirant des règles zurichoises ; TF, 2P.156/2006, c. 4.1 s'inspirant des règles lucernoises.

²³ BENOÎT CHAPPUIS, Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière, in WERRO/PICHONNAZ (éd.), Le procès en responsabilité civile Colloque du droit de la responsabilité civile 2011, Université de Fribourg, Berne 2011, p. 130 ss.

Le rôle de la norme générale constitué par l'art. 12 let. a LLCA n'est pas sans rappeler celui qui est conféré aux art. 3 al. 2 let. c, 3 al. 2 c *bis*, et 3f al. 1 LB concernant la garantie d'activité irréprochable pour les banques d'une part et les groupes financiers ou conglomérats financiers, d'autre part, terreau riche et fertile permettant une floraison de décisions administratives et judiciaires complétant les normes gouvernant l'activité bancaire.

C. UN MARIAGE DE RAISON ?

I. LE CSD, UN FIANCÉ AU PORTRAIT CONTRASTÉ, MAIS NON SANS QUALITÉS

Cela constaté, on doit s'interroger sur la capacité du CSD de continuer à servir de source d'inspiration aux autorités administratives et judiciaires. Quelque rapide que fût la réaction de la FSA aux nouveaux réquisits de la jurisprudence, on se doit de relever que le CSD présente des limites importantes. En de nombreux points, il ne constitue en effet que la répétition ou la paraphrase du texte légal. Il en va ainsi des articles suivants :

- Art. 1 : obligation de soin et diligence, similaire à l'art. 12 let. LLCA ;
- Art. 2 et 10 : principe d'indépendance, similaire aux art. 8 al 2 let. d et 12 let. c LLCA ;
- Art. 3 : prohibition de la répudiation du mandant en temps inopportun, similaire à l'art. 404 al. 2 CO ;
- Art. 15 secret professionnel, similaire aux art. 13 LLCA et 321 CP ;
- Art. 16 : publicité, similaire à l'art. 12 let. d LLCA ;
- Art. 17 : assistance judiciaire et mandats d'office, similaire à l'art. 12 let. g LLCA ;
- Art. 19 al. 2 : prohibition du *pactum de quota litis*, similaire à l'art. 12 let. e LLCA ;
- Art. 21 : reddition de comptes, similaire à l'art. 400 CO ;
- Art. 23 : ségrégation des avoirs confiés, similaire à l'art. 12 let. g LLCA.

Il est en revanche un certain nombre de dispositions qui énoncent des principes additionnels ou qui précisent ceux qui sont contenus dans la loi. On retiendra en particulier :

- Art. 5 : libre choix de l'avocat ;
- Art. 6 : confidentialité des propositions transactionnelles ;
- Art. 7 : limitation des contacts avec les témoins ;

- Art. 8 : rapport avec les autorités ;
- Art. 9 : règlement amiable des litiges ;
- Art. 11-14 : prohibition des conflits d'intérêts, principe déjà contenu à l'art. 12 let. c LLCA mais qui est enrichi et développé dans ces normes déontologiques (pluralité de clients, mandats antérieurs, communautés d'avocats, changement d'étude, etc.) ;
- Art. 19 al. 3 : convention de prime d'honoraires en cas de succès (*pactum de palmario*) ;
- Art. 22 : interdiction des commissions pour l'apport de mandats ;
- Art. 26 : caractère confidentiel des communications entre confrères ;
- Art. 28 : prise de contact avec la partie adverse représentée par avocat.

Certains ont directement influencé la jurisprudence qui en a repris la substance, qu'il s'agisse de l'art. 6²⁴, de l'art. 7²⁵, des art. 11-14, ou encore de l'art. 28²⁶. Il faut cependant relever que, dans leur brièveté, ces normes sont lacunaires ou énoncées de façon relativement sommaire, ce qui laisse une place sans doute excessive à des questions non traitées ou partiellement résolues.

II. LE CSD, UN FIANCÉ À QUI L'AVENIR PEUT APPARTENIR

C'est donc le lieu de s'interroger sur l'utilité qu'il y aurait à développer davantage les normes déontologiques. Cette question a tout son sens lorsque l'on réalise l'importance que la jurisprudence leur attribue, ainsi qu'on vient de le constater. Des exemples étrangers peuvent servir de source d'inspiration à cet égard. Qu'il s'agisse de l'Union européenne²⁷, du Royaume-Uni²⁸ ou des USA²⁹, par exemple, on constate que règles et codes déontologiques y sont largement développés, traitant de manière très complète les différents aspects de l'exécution du mandat de l'avocat. Des débats intenses s'instaurent parfois concernant l'évolution souhai-

²⁴ ATF 140 III 6 ; TF, 2A.658/2004, c. 3.1, traduit in FRANÇOIS BOHNET (cité n. 20), p. 132.

²⁵ ATF 136 II 551 = JdT 2010 I 604.

²⁶ TF, 2C_177/2007, c. 5.1 ; 2P.156/2006 et 2A.355/2006, c. 4.1.

²⁷ Code de déontologie des avocats européens, CCBE, à laquelle la Suisse est partie.
²⁸ HOPPER/TREVERTON-JONES (éd.), *The Solicitor's Handbook 2013*, The Law Society, Londres 2013.

²⁹ ABA Model Rules of Professional Conduct.

table ou possible de certaines règles. On pense en particulier ici à celui qui a pris place entre la « *City of London Law Society* » et le Conseil des Barreaux européens (CCBE) concernant une modification du Code de Conduite des Solicitors (2007) destinée à assouplir, dans certaines circonstances, les règles régissant les conflits d'intérêts et l'exigence de confidentialité. La réponse du CCBE³⁰ est particulièrement riche d'enseignements et montre les enjeux de la déontologie face aux changements des mentalités et à ceux de l'économie³¹.

Comme le Marathon de l'Ordre des avocats de Genève, le CSD fête ses dix ans cette année. Sans doute ne serait-ce pas sans raison qu'une revue pourrait en être entreprise, afin que ce texte demeure la source essentielle d'inspiration du Tribunal fédéral dans la décennie à venir, lorsqu'il aura à traiter des questions qui ne trouvent pas des réponses expresses dans la LLCA.

L'évolution de la jurisprudence de la décennie écoulée montre que, même si le mariage entre loi et déontologie est peut-être de raison, il n'en est pas moins indispensable pour les deux parties. Au CSD donc de répondre à l'appel qui lui est fait !

³⁰ <http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/FR_CCBE_response_to_2_1265698801.pdf> (25 mars 2015).

³¹ Pour une présentation générale de cette question, cf. BENOÎT CHAPPUIS, Le consentement du client et les chinese walls face aux conflits d'intérêts de l'avocat : une solution ?, à paraître in SJZ 2015.