

Département fédéral de justice et
police
Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

A l'att. de Monsieur D. Oppliger

Par courriel à:
zz@bj.admin.ch

RR/jsa

312

Berne, le 22 décembre 2016

Prise de position de la Fédération Suisse des Avocats dans la consultation sur la modification du code des obligations : Adapter le droit du mandat et l'article 404 CO au XXI siècle

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

La Fédération Suisse des Avocats (FSA-SAV) vous remercie de la procédure de consultation susmentionnée et vous prie de bien vouloir prendre en compte les remarques de sa commission de consultation sur le projet de révision.

La Fédération Suisse des Avocats (ci-après: "FSA") prend avant tout position sur les relations entre les avocats et leurs clients (ci-dessous 1). Elle fait à cet égard deux propositions (ci-dessous 1 et 2) et une suggestion (ci-dessous 3).

1) Mandat entre avocat et client

En principe, le rapport juridique entre l'avocat et son client dans l'activité typique¹ de l'avocat est un mandat.² Un élément essentiel de la relation entre l'avocat et son client est la confiance. Le secret professionnel de l'avocat³ est un aspect central de cette confiance. Le client doit avoir la certitude qu'il peut se confier à son avocat sans craindre que les informations divulguées soient utilisées à son désavantage. En plus, comme autre aspect non moins important, un client doit avoir la confiance que ses intérêts sont représentés par l'avocat de manière dévouée et indépendante.

Si ce lien de confiance tombe, chaque partie doit pouvoir rompre la relation juridique, sans s'obliger à rester liée, sur la durée, avec un partenaire en lequel elle n'a plus confiance et avec lequel elle ne peut plus travailler.

La FSA considère ainsi qu'il est dans l'intérêt de la profession que si le client ou l'avocat ne peuvent plus agir, ils doivent pouvoir mettre fin avec effet immédiat à leur relation contractuelle (sous réserve des restrictions liées au temps inopportun).

Pour ces raisons, la FSA est d'opinion qu'il n'y a aucun besoin pour les avocats et leurs clients de pouvoir convenir de supprimer ou limiter le droit de révoquer ou de répudier le contrat en tout temps. Au contraire: la possibilité de résilier un mandat immédiatement n'est pas seulement souhaitable, mais – pour des raisons découlant des règles professionnelles de la LLCA – surtout nécessaire. Si un conflit d'intérêts survient au cours d'un mandat, l'avocat doit immédiatement résilier le mandat. Dans un tel cas, il est difficile d'imaginer que l'avocat reste lié à son mandant et puisse toujours recevoir des instructions, alors qu'il ne devrait pas les respecter.

Cela suppose l'absence d'entrave. Il convient d'éviter des situations discutables, où l'avocat ou son client tenterait de lier contractuellement l'autre ou de prévoir des pénalités qui empêcheraient toute liberté dans la résiliation. Il semble par exemple malvenu qu'un avocat oblige son client à un mandat de longue durée et lui réclame une indemnisation élevée (notamment pour gain manqué) alors que son client ne souhaite plus faire appel à ses services parce qu'il ne lui fait plus confiance. Il en irait de même si un client pouvait réclamer une indemnisation à son avocat alors que ce dernier, par exemple pour des raisons de conflit d'intérêts ou pour rester fidèle à son serment, n'entend plus assumer la défense de ses intérêts.

Peut-être la jurisprudence ne supprimera-t-elle pas la faculté de résilier en tout temps pour *justes motifs*, comme le permet à l'heure actuelle la jurisprudence⁴, mais le fait même que le projet prévoie des accords d'indemnisation rend incertain le maintien de cette cause de résiliation sans entrave. L'on risque en tous les cas des litiges, préjudiciables à la considération et la dignité que la profession entend préserver.

La FSA n'intervient pas pour d'autres corps de métier mais peut imaginer que de semblables considérations guideront certaines autres professions libérales impliquant un secret professionnel, une confiance particulière du client ou la mise en jeu d'intérêts sensibles, notamment dans le domaine médical ou certaines professions libérales que la jurisprudence pourra mieux cerner. Dans cette optique, la FSA pourrait recommander d'adapter le projet de révision en reformulant ainsi l'art. 404a (nouveau) al. 2 CO :

"² Une telle convention est nulle si elle est prévue dans le cadre de conditions générales ou d'un mandat relevant de l'exercice d'une profession libérale."

¹ Il s'agit d'une part de la représentation en justice et d'autre part de l'activité de conseil en matière juridique, en principe toutes deux couvertes par la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (RS 935.61, ci-après: "LLCA"), BENOIT CHAPPUIS, *La profession d'avocat, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels*, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 30-31 et 50; CR LLCA-Michel Valticos, art. 12 LLCA N 13.

² Certaines missions confiées à l'avocat pourraient toutefois ressortir au contrat d'entreprise. Voir par exemple CR CO I-FRANZ WERRO, art. 394 CO N 25, vers n. 69, s'agissant de l'avocat qui s'engage à fournir un avis de droit.

³ Cf. not. art. 13 LLCA.

⁴ Cette jurisprudence est citée en notes 48 et 72 du Rapport explicatif du Conseil fédéral de septembre 2016 sur la modification discutée.

2) Forme de la dérogation au régime général de la résiliation en tout temps

L'art. 404a (nouveau) al. 1 CO du projet ne prévoit pas de forme pour la clause supprimant ou limitant le droit de résilier le mandat en tout temps. Ce serait alors le principe de la liberté de la forme qui s'appliquerait.⁵

Or de nombreux mandats d'avocats sont conclus par simple référence faite à une "affaire"⁶ ou une mission spécifique, ce qui implique une certaine durée. Les parties pourraient donc avoir prévu sous cette forme, par oral, ou même de manière implicite ou tacite⁷, une exclusion de la libre résiliation si l'on ne complète pas l'art. 404a (nouveau) al. 1 du projet actuel.

Pour ces raisons, la FSA propose de préciser en indiquant que seule la forme écrite⁸ permet la suppression ou limitation du droit de résilier le mandat en tout temps, en formulant l'art. 404a (nouveau) al. 1 CO ainsi:

"¹ Les parties peuvent convenir par écrit de supprimer ou de limiter le droit de révoquer ou de répudier le contrat en tout temps."

3) Liberté de convenir des conséquences pécuniaires de la résiliation

Enfin, il apparaît que le besoin identifié par le projet de loi semble moins motivé par la nécessité d'assurer l'exécution sur la durée d'un mandat, que par la nécessité de permettre en réalité aux parties de veiller à leurs intérêts pécuniaires, notamment leur investissement fait sur la foi que le mandat s'inscrit dans la durée.

Il semble moins question d'obliger les parties à continuer à traiter l'une avec l'autre, même quand elles ne peuvent plus du tout s'entendre, que de permettre aux parties de convenir des conséquences pécuniaires de la résiliation. Le principe de la libre résiliation devrait donc être maintenu, mais avec d'autres conséquences pécuniaires.

Ainsi, le droit du contrat d'entreprise connaît bien la possibilité de se départir du contrat d'entreprise tant que l'ouvrage n'est pas terminé, mais moyennant indemnité (intérêt positif).⁹ De même le droit de résilier le contrat d'agence pour de justes motifs débouche sur un régime comparable.¹⁰

Un système comparable pourrait être prévu pour le droit du mandat, à l'art. 404 (actuel) al. 2 à 4 CO, sous cette forme :

"² Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause."

³ Dans les limites de la loi, les parties peuvent en outre convenir par écrit de conséquences pécuniaires en cas de résiliation.

⁴ Une telle convention est toutefois nulle si elle est prévue dans le cadre de conditions générales ou d'un mandat relevant de l'exercice d'une profession libérale."

Ici, le risque de stipulations pécuniaires excessives ou prohibant le droit à la libre résiliation pourrait ainsi être atténué par les tribunaux (notamment si la peine pécuniaire devient excessive).¹¹

Il faudrait dans un tel cas ajouter (comme on l'a dit ci-dessus) qu'une telle convention est nulle si

⁵ Art. 11 al. 1 CO.

⁶ Cf. art. 394 al. 1 CO.

⁷ Art. 1 al. 2 CO.

⁸ Art. 12ss CO.

⁹ Art. 377 CO.

¹⁰ Art. 418r.

¹¹ Art. 163 al. 3 CO.

elle est prévue dans le cadre de conditions générales ou d'un mandat relevant de l'exercice d'une profession libérale.

La Fédération Suisse des Avocats vous remercie de prendre en compte ses remarques et vous prie d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, l'expression de sa considération distinguée.

Président FSA
Sergio Giacomini

Secrétaire général FSA
René Rall