

TF 4A_240/2016 OU LES LIMITES DU PACTUM DE PALMARIO

FRANÇOIS BOHNET*

Prof., Dr. iur., LL. M., avocat à Neuchâtel

Mots-clés: *pactum de palmario*, accord sur les honoraires, honoraires de résultat

Si l'arrêt 4A_240/2016 du 13.6.2017, destiné à la publication, confirme la non-contrariété du *pactum de palmario* à l'art. 12 let. e LLCA, il pose d'importantes cautions quant à son admissibilité. Tout d'abord – c'est un rappel –, la rémunération de base doit être convenable en ce sens qu'elle doit couvrir les charges et assurer un gain raisonnable à l'avocat. Ensuite, la rémunération dépendant du résultat ne doit pas être plus élevée que la rémunération de base, afin de ne pas devenir essentielle pour l'avocat et risquer de remettre en cause son indépendance. Enfin, l'accord doit être passé en début de mandat ou après la résolution du litige, afin d'éviter qu'il ne soit imposé au client. Selon l'auteur, le deuxième critère fixé – une limite maximale de la prime au montant de l'honoraire de base –, qui vise à éviter une rémunération excessive de l'avocat, manque sa cible. Il convient en effet d'examiner le caractère adéquat des honoraires, prime comprise, en prenant en compte l'ensemble des critères utiles à la fixation des honoraires de l'avocat: temps consacré au mandat, importance et difficulté de la cause, qualification de l'avocat, situation économique du client et résultat obtenu.

I. Introduction

L'art. 12 let. e LLCA interdit le *pactum de quota litis* (pacte de part au résultat en lieu et place des honoraires). Il ne dit rien en revanche du *pactum de palmario* (pacte prévoyant une prime en sus des honoraires). Comme le retient le Tribunal fédéral dans son arrêt 4A_240/2016 du 13.6.2017, c'est uniquement le fait de faire dépendre le principe même des honoraires du résultat qui est prohibé par cette disposition. Il le déduit (consid. 2.7.1 et 2.7.2) du texte allemand («*Sie dürfen vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen*») et italien («*prima della conclusione di una causa, non può stipulare un accordo nel quale il suo cliente s'impegni a versargli parte dei proventi della causa anziché onorari*») de la norme. À notre avis, on peut aussi interpréter en ce sens le texte français, puisqu'il parle de *faire dépendre les honoraires* du résultat – en d'autres termes subordonner les honoraires au résultat – et non le *montant* des honoraires. Le fait que la deuxième phrase de la lettre e exclut de renoncer aux honoraires en cas de perte du procès confirme cette interprétation: le législateur a entendu exclure que le client ne paie rien en cas de perte du procès. Comme en droit romain d'où provient cette notion¹, le *pactum de quota litis* est prohibé, mais non

le *pactum de palmario*². Cela signifie-t-il cependant que tant que l'accord conclu entre l'avocat et son client ne remet pas en cause le principe des honoraires en cas de perte du procès ou de prononcé défavorable, il ne viole par l'art. 12 let. e LLCA et ce quelque soit l'influence du résultat du procès sur le montant des honoraires? Loin de là, selon l'arrêt 4A_240/2016 du 13.6.2017.

II. Résumé des faits

Un avocat présente à son client une facture d'honoraires de CHF 1054 053.90, comprenant CHF 585 116.40 d'honoraires de base (CHF 700.- de l'heure) et une prime de

* L'auteur remercie Michael Ecklin, MLaw, pour son aide dans la préparation de cet article.

1 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 639 N 1553.
2 Ouvrage historique sur le *pactum de palmario*: WOLFGANG ADAM LAUTERBACH, Disputatio Iuridica De Palmario Advocatorum, Tübingen 1671. L'expression est de nos jours avant tout utilisée en Suisse. Le Tribunal fédéral l'employait déjà dans un arrêt de 1915: ATF 41 II 474, 481, JdT 1916 I 361, puis elle est passée dans la doctrine: EMILE ZÜRCHER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zurich 1920, p. 99.

CHF 468 937.50 (honoraires de résultat). Le client n'ayant payé que CHF 560 000.-, l'avocat ouvre un procès pour le solde devant le Tribunal de district de Zurich, qui rejette la demande. En appel, le Tribunal cantonal zurichois reconnaît la validité de l'accord ainsi qu'un tarif horaire de CHF 700.- pour l'ensemble de l'activité. Après diverses coupes dans les honoraires, il condamne finalement le client à verser une somme complémentaire de CHF 294 127.40.

Suite au recours du client, le Tribunal fédéral a examiné l'admissibilité d'un honoraire de résultat (*pactum de palmario*) à l'aune notamment de l'art. 12 let. e LLCA. En l'espèce, il déclare la convention contraire à cette disposition à mesure que le pacte avait été conclu près d'une année après le début du mandat.

III. L'admission de principe du *pactum de palmario*

Après avoir relevé que le *pactum de palmario* était jugé de manière différenciée avant l'entrée en vigueur de LLCA (consid. 2.5), le Tribunal fédéral note qu'il a reconnu son admissibilité sous l'empire de cette loi, en particulier dans l'arrêt 2A_98/2006 et dans un *obiter dictum* de l'ATF 135 III 259 c. 2.3. Il constate ensuite (consid. 2.6) que la très grande majorité des auteurs suisses admet le *pactum de palmario* et que ceux qui n'iaient sa licéité ont généralement abandonné cette position. Cette évolution s'explique essentiellement par l'adoption du Code de déontologie par la Fédération suisse des avocats (entré en vigueur le 1.7.2005), dont l'art. 19 al. 3 prévoit expressément qu'il est admissible de convenir d'une prime en cas de succès, s'ajoutant aux honoraires (*pactum de palmario*).

Le Tribunal fédéral s'intéresse également à la tendance en Europe et remarque que l'heure n'est plus au bannissement des honoraires de résultat (consid. 2.6.3). Il donne des détails de la solution allemande, pourtant difficilement transposable en Suisse, puisqu'elle consiste à admettre, à des conditions strictes³, une sorte de *pactum de quota litis* lorsque l'accès à la justice le justifie. C'est le cas lorsque la situation financière du mandant l'empêche de faire valoir ses droits. Dans ce cadre, en cas d'échec de la procédure, il peut être convenu une réduction, voire même une suppression des honoraires de base, si une augmentation appropriée des honoraires de base est convenue en cas de succès.

Après avoir procédé à une interprétation littérale, historique et téléologique de la loi, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que le *pactum de palmario*, dans son principe, est admissible en Suisse (consid. 2.7).

IV. Les limites

Si le Tribunal fédéral confirme l'admissibilité du *pactum de palmario*, il soumet toutefois ce mode de rémunération de l'avocat à trois conditions cumulatives, qui ne contreviennent pas à une interprétation de l'art. 12 let. e LLCA conforme à la liberté économique de l'art. 27 Cst. (consid. 2.7.5).

Premièrement, et cela confirme sa jurisprudence non publiée au recueil officiel⁴, la rémunération de base ne doit pas être compromise par le *pactum de palmario*. Elle doit être convenable et, quelle que soit l'issue du litige, l'avocat doit pouvoir couvrir ses charges mais également assurer un bénéfice raisonnable. En principe, un honoraire équivalent à l'indemnité d'avocat d'office est considéré comme le montant minimum⁵.

Deuxièmement, la rémunération dépendant du résultat (la prime) ne doit pas être plus élevée que la rémunération de base, afin de ne pas devenir essentielle pour l'avocat et risquer de remettre en cause son indépendance.

Troisièmement, l'accord doit être passé en début de mandat ou après la résolution du litige, afin d'éviter qu'il ne soit imposé au client.

V. Critique

Les limites qu'il convient de poser au *pactum de palmario* résultent à notre avis de trois principes. Tout d'abord, de l'interdiction du *pactum de quota litis* inscrit à l'art. 12 let. e LLCA. Le législateur a entendu interdire à l'avocat de remplacer ses honoraires par une part au gain du procès, parce que lorsqu'il n'est rémunéré qu'en cas de victoire, il perd la distance nécessaire avec la cause et la position de conseil avisé de son client. Ensuite, du principe de l'interdiction des honoraires excessifs, qui découle du devoir de diligence de l'avocat exprimé à l'art. 12 let. a LLCA⁶. Enfin, du devoir d'information du client en matière d'honoraires prescrit par l'art. 12 let. i LLCA.

Les trois critères fixés par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 4A_240/2016 du 13.6.2017 se rattachent chacun à l'un de ces principes. Le premier critère, selon lequel la rémunération de base de l'avocat doit être convenable en ce sens qu'elle doit couvrir les charges et assurer un gain raisonnable à l'avocat vise à éviter que l'avocat ne passe un *pactum de quota litis* déguisé avec son client. Tel était le cas dans l'arrêt 2A.98/2006, du 24.7.2006⁷, premier arrêt à avoir retenu cette modalité du *pactum de palmario*, affaire dans laquelle les honoraires de l'avocat, limités à une taxe d'enregistrement de CHF 1000.- ne représentaient qu'un montant négligeable, les honoraires dépendant presque exclusivement du sort de la procédure puisque toute rémunération supplémentaire n'aurait été due qu'en cas de succès.

3 Art. 2 § 4a du Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren vom 12. Juni 2008.

4 Arrêt du Tribunal fédéral du 24.7.2006 [2A.98/2006].

5 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, op. cit., p. 659 N 1597; ALEXANDER BRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI, Anwaltsrecht, Zurich 2015, N 253, p. 146 s.

6 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, op. cit., p. 521 s. N 1226 ss et les nombreuses jurisprudences cantonales citées.

7 Traduit in FRANÇOIS BOHNET, Les grands arrêts de la profession d'avocat, 3^e éd. Neuchâtel 2015, p. 273.

Le troisième critère, selon lequel la convention doit être passée en début de mandat, se rattache au devoir d'information du client sur le mode de rémunération de l'avocat. L'information sur le mode de rémunération doit certes intervenir en début de mandat, mais c'est sans doute trop généraliser que de considérer qu'un honoraire de résultat ne peut faire l'objet d'une négociation en cours de mandat. On peut par exemple imaginer diverses circonstances qui poussent le client lui-même à demander un changement dans le mode de rémunération, sans qu'il en résulte une pression à son égard, comme envisagé dans l'arrêt 4A_240/2016 du 13.6.2017.

C'est le deuxième critère, selon lequel l'honoraire de résultat ne doit pas dépasser l'honoraire de base touché dans le cadre du mandat et qui vise à notre sens à éviter une facturation excessive, qui mérite ici une attention particulière. À notre avis, ce critère, qui n'était pas en jeu dans l'affaire en cause et qui n'avait pas été établi auparavant, n'a pas été suffisamment affiné. Dans l'arrêt 4A_240/2016, le Tribunal fédéral relève, non sans contradiction, que fixer une limite supérieure à la prime admissible n'est pas nécessaire mais que, néanmoins, cette limite est clairement dépassée si l'honoraire de résultat dépasse le montant de l'honoraire ordinaire. Force est de constater que, par ce procédé, il arrête une limite fixe: le montant de l'honoraire ordinaire semble constituer désormais le plafond de la prime admissible. Dans sa motivation, le Tribunal fédéral explique que celle-ci ne saurait être d'un montant trop important par rapport à l'honoraire ordinaire, pour éviter une remise en question de l'indépendance de l'avocat et prévenir des risques d'abus. Cette condition détermine la mesure admissible entre le montant des honoraires de base et le montant des honoraires de résultat. Or elle ne permet pas d'atteindre l'objectif visé par le Tribunal fédéral. En effet, ce nouveau critère autorise un honoraire de résultat d'autant plus élevé que l'est l'honoraire de base. Il peut ainsi pousser l'avocat à faire durer le procès pour augmenter ses honoraires, tant horaires que de résultat, ou à multiplier, peut-être même artificiellement, son activité dans le même objectif.

Comme le montant de la prime est limité à celui de l'honoraire de base, l'avocat n'aura donc pas intérêt à obtenir une victoire rapide. Ainsi, dans un litige important présentant une valeur litigieuse de CHF 10 000 000.-, une prime de 2% du résultat obtenu sera jugée excessive si les honoraires horaires représentent CHF 100 000.-, mais non s'ils se montent à CHF 200 000.-. Inversement, dans une procédure portant sur une somme de CHF 50 000.-, une prime de CHF 20 000.- en sus des honoraires de CHF 25 000.- respecterait le critère posé.

À notre sens, l'inadéquation de ce critère résulte dans le fait que le caractère approprié des honoraires dépend de nombreux critères (temps consacré au mandat, importance et difficulté de la cause, qualification de l'avocat, situation économique du client et résultat obtenu), qui doivent tous être pris en compte au moment de leur fixation, y compris lorsque l'on examine l'adéquation de la prime. C'est exactement l'analyse à laquelle

avait procédé le Tribunal fédéral dans l'ATF 135 III 259. Dans cette affaire, il avait admis que le droit cantonal genevois n'était pas contraire au droit fédéral en tenant compte notamment du résultat obtenu par l'avocat pour fixer le montant de ses honoraires. En l'espèce, il s'agissait d'honoraires de CHF 634 420.25 puis, ensuite du résultat de la cause matérialisée par l'encaissement de la somme CH 90 004 046.80, d'une note définitive établie par l'avocat fixant le montant total de ses honoraires à CHF 2 127 000.-, soit après déduction des sommes déjà versées, un solde de CHF 1 521 972.70. Le Tribunal fédéral a confirmé l'appréciation de la Cour de Justice genevoise qui avait considéré que, tenant compte de tous les critères (ampleur du travail fourni, complexité de la cause, importance de l'enjeu et résultat obtenu), il était équitable de réduire le montant à une somme ne dépassant pas 2% du résultat obtenu. Or le montant dépendant du résultat admis dans l'ATF 135 III 259 ne dépassait pas seulement l'honoraire ordinaire mais constituait près des deux tiers de l'honoraire. La contradiction est patente. Le Tribunal fédéral semble avoir oublié les chiffres résultant de ce précédent, qu'il ne remet du reste pas en cause. Dans un arrêt portant sur l'*exequatur* d'une décision admettant des honoraires s'élevant à 30% du gain du procès, le Tribunal fédéral avait d'ailleurs relevé que la rémunération de l'avocat dépendant de plusieurs critères, la proportion ne démontrait pas, à elle seule, le caractère prohibitif des honoraires réclamés⁸.

Le Tribunal fédéral évoquant dans son arrêt la tendance européenne en matière d'honoraires de résultat, il n'est pas sans intérêt d'examiner si le critère critiqué ici est repris ailleurs. C'est le cas en Autriche, qui retient que la rémunération de résultat doit être inférieure à celle fixée pour les honoraires ordinaires, c'est-à-dire que le montant des honoraires ne peut pas dépasser 50% des honoraires de base⁹. En revanche, de nombreux pays posent une règle plus générale. Comme le résume en effet très bien la Cour suprême espagnole, la problématique n'est pas pour l'avocat d'obtenir un gain sur la base des résultats mais bien d'obtenir un gain «*uniquement*» sur la base des résultats¹⁰. En Italie, la loi sanctionne depuis le 12.8.2006 le principe d'une large liberté contractuelle étant précisé que l'honoraire doit être *adéquat* au vu de l'*importance de l'activité* et la réputation de la profession¹¹. En France, le montant de l'honoraire de résultat ne doit pas être *exagéré*, ce qui est le cas quand il dépasse la commune mesure.

⁸ Arrêt du TF du 15.9.2014 [5A_409/2014] c 7.2.2.

⁹ MICHAEL AUER, Was ist teurer als ein Rechtsanwalt – kein Rechtsanwalt!, in: MIRKO ROS (éd.), L'honoraire de l'avocat et le résultat, 2007, p. 40-41.

¹⁰ Arrêt de principe de la Cour suprême espagnole [STS 6610/2008] du 4.11.2008.

¹¹ Decreto-Legge 4.7.2006, n. 233 (art. 2^{bis}) modifiant l'art. 2233 du Codice Civile Italiano du 16.3.1942; voir par exemple: REMO DANOVI, Ordinamento forense e deontologia, Milan, 2009, p. 75.

L'exagération a été retenue lorsque l'honoraire de résultat aboutissait à priver le client de près de la moitié du montant des sommes obtenues¹². En revanche, l'honoraire de résultat n'est pas exagéré lorsque les parties ont convenu de passer une convention d'honoraires aux termes de laquelle le client réglerait une provision de € 1000.- à laquelle s'ajouterait un complément d'honoraires de 12% des sommes obtenues, soit judiciairement, soit par transaction¹³. De manière plus générale, il ressort de la jurisprudence que l'honoraire complémentaire admissible est de l'ordre de 5 à 12% des sommes obtenues ou de l'économie réalisée.

Que l'on retienne ou non comme limite un pourcentage de la somme recouvrée, l'adéquation de la rémunération et de la prime se juge selon nous à l'aune de l'activité déployée, de l'importance de la cause, de sa difficulté, des compétences du mandataire, de la situation économique du client et du résultat obtenu. L'arrêt 4A_240/2016 du 13.6.2017 mériterait à notre avis d'être nuancé en ce sens.

¹² Cour d'appel de Paris, ordonnance du 06.1.1999.

¹³ Cour d'appel de Paris, ordonnance du 15.6.2000.

**PRÄVENTION
IM BÜRO**

Sich informieren dauert nur eine Tasse lang.

Erfahren Sie in wenigen Minuten mehr über Sicherheit und Gesundheit im Büro. Zum Beispiel über Stolperfallen und Sturzgefahren. prävention-im-büro.ch

 Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössische Koordinationskommission
für Arbeitssicherheit EKAS



Der Grundstückkauf

Alfred Koller

November 2017, CHF 210.–

3. Auflage, 646 Seiten, gebunden, 978-3-7272-3382-1

Die zweite Auflage des vorliegenden Werks erschien 2001. Seither ist eine Fülle von Literatur und Rechtsprechung ergangen. Auch der Gesetzgeber ist nicht untätig geblieben. Bei der Neubearbeitung konnte es daher vielerorts nicht bei blossen Anpassungen bleiben. Einzelne Beiträge wurden vollständig neu gefasst, andere erheblich verändert. Die insgesamt zwölf Beiträge befassen sich mit folgenden Themen:

- §1 Vom Grundstückkauf im Allgemeinen
- §2 Abschluss des Grundstückkaufvertrags
- §3 Vom Formmangel und seinen Folgen
- §4 Vertragserfüllung und deren Sicherung in sachenrechtlicher Sicht
- §5 Die Haftung des Grundstückverkäufers
- §6 Der Kauf landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke
- §7 Verkauf einer vermieteten Wohnliegenschaft
- §8 Erwerb von Grundeigentum durch Personen im Ausland
- §9 Grundstückkauf: Internationales Privatrecht und Internationales Zivilprozessrecht
- §10 Die Grundstücksversteigerung
- §11 Steuern und andere Abgaben beim Grundstückkauf
- §12 Kommentierter Mustervertrag

Stämpfli

Verlag

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com



OR AT

Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil

Alfred Koller

November 2017, CHF 288.–

4. Auflage, 1675 Seiten, gebunden, 978-3-7272-3383-8

Das vorliegende Werk enthält drei Teile: Wesen, Inhalt und Entstehung der Obligationen (Teil 1); Erfüllung und Nichterfüllung der Obligationen (Teil 2); Erlöschen der Obligationen, besondere Verhältnisse bei Obligationen und Übertragung von Obligationen (Teil 3). Es enthält eine umfassende Darstellung des Bereicherungsrechts (§§ 30–33 OR) wie auch der allgemeinen Lehren des Schadenersatzrechts (§§ 45–53). Auch in der 4. Auflage werden zentrale Aussagen anhand von Beispielen illustriert und wird aufgezeigt, was in den Gesetzesbestimmungen steht, was «hineininterpretiert» werden kann und was richterliche Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) ist.

Mit Rücksicht auf die Praxis wurde der Anmerkungsapparat erheblich erweitert. Auch enthält das Werk neu ein Konkordanzregister für die in der Praxis erschienenen Bundesgerichtsentscheide in französischer oder italienischer Sprache.

Bestellen Sie direkt online:
www.staempflishop.com

