

Anwaltsrubrik / La page de l'avocat

Prêt du client en faveur de son avocat: mise en péril du principe d'indépendance, risque de conflits d'intérêts et atteinte au devoir de diligence

François Bohnet, Dr en droit, avocat, LL.M., Professeur à l'Université de Neuchâtel (Neuchâtel)

I. Introduction

Aux termes de l'article 12 let. b et c LLCA, l'avocat doit exercer son activité professionnelle en toute indépendance et éviter tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé. La question de l'indépendance, comme celle de l'interdiction des conflits d'intérêts, a déjà retenu à de nombreuses reprises l'attention du Tribunal fédéral depuis l'entrée en vigueur de la LLCA. Quatre arrêts de principe ont été rendus, dont trois en l'espace d'une année. Le premier sur la question de l'indépendance de l'avocat employé¹, le deuxième sur la problématique des conflits d'intérêts dits abstraits², le troisième, entre autres, sur le fait que les risques de conflits concrets doivent être établis³, et le quatrième, il y a quelques mois à peine, sur les conflits d'intérêts en cas de représentation de co-prévenus⁴.

Dans un arrêt du 21 juillet 2009⁵, qui n'est hélas pas destiné à une publication au recueil officiel, le Tribunal fédéral détaille sa jurisprudence en matière d'indépendance de l'avocat à l'égard de son client et de risques de conflits entre les intérêts du client et ceux de l'avocat. Il évoque aussi son devoir de diligence. Le présent article propose une brève analyse des conclusions auxquelles parvient cette décision.

II. L'arrêt 2C_889/2008 du 21 juillet 2009

A. Brève présentation des faits

En raison de difficultés financières, un avocat demande à une cliente de longue date de lui accorder un prêt de 15 000.– Euros. Il prétend qu'il devait consigner ce montant en justice pour récupérer une somme litigieuse. L'avocat signe une reconnaissance de dette, par laquelle il s'engage à rembourser cette somme dans les quelques mois.

Le délai de remboursement échu, l'avocat demande à sa cliente de patienter pour le remboursement jusqu'à la vente de ses locaux professionnels à Lausanne. Une fois la vente réalisée, la cliente exige le remboursement immédiat du prêt. L'avocat lui adresse alors une note intermédiaire d'honoraires de plus de 35 000.– Francs suisses, portant sur des opérations effectuées sur plusieurs années. Faute de réaction de sa cliente, l'avocat lui adresse un nouveau courrier par lequel il résilie son mandat et joint une nouvelle note d'honoraires et de débours.

S'en suit une procédure de modération devant le président de la Chambre des avocats, entamée par l'avocat et dans le cadre de laquelle la cliente fait valoir que celui-là a refusé de lui rembourser le prêt privé qu'elle lui avait consenti. Le président de la

Chambre des avocats a ordonné l'ouverture d'une enquête au sens des articles 53 et suivants de la Loi vaudoise du 24 septembre 2002 sur la profession d'avocat, afin d'élucider si la somme de 15 000.– Euros versée à l'avocat par sa cliente, selon la reconnaissance de dette, l'avait été comme « avance » d'honoraires ou à titre de « prêt ». Dans sa demande en validation de ses honoraires, l'avocat avait en effet prétendu que la somme avait été spontanément versée par la cliente, à titre d'avance, compte tenu de ses problèmes de liquidités. Celle-ci n'avait soi-disant pas donné suite ultérieurement à ses demandes répétées de provisions. L'avocat a de plus prétendu que le mail par lequel il sollicitait un prêt et qui faisait état de ses diverses difficultés avait été adressé par erreur à cette cliente: il était soi-disant destiné à une ancienne mandante riche de l'avocat.

Le Tribunal cantonal vaudois a considéré que cet avocat avait, de plusieurs manières, manqué à son obligation d'exercer sa profession

¹ ATF 130 II 87, RDAF 2005 I 519.

² ATF 134 II 108.

³ ATF 135 II 145, consid. 9.2.

⁴ ATF 135 I 261.

⁵ TF 2C_889/2008.

avec soin et diligence. D'une part, il s'était livré à de fausses déclarations devant l'autorité de modération, qui était une autorité judiciaire. D'autre part, il avait sollicité d'une cliente un prêt en utilisant des procédés indignes – notamment en profitant de la relation de dépendance du client à l'égard de son avocat et en se posant en victime – et en ne respectant pas ses engagements de remboursement, avant d'exercer la compensation contre la volonté de sa mandante. En outre, l'avocat avait manqué à son devoir d'indépendance en obtenant un prêt d'une cliente, en tentant de compenser ses honoraires avec le montant du prêt au lieu de rembourser celui-ci, puis en résiliant le mandat à la suite du refus de la cliente d'accepter la compensation.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours interjeté par l'avocat, condamné à une suspension de quatre mois. Son arrêt permet de faire le point sur diverses obligations professionnelles de l'avocat, en particulier le devoir d'indépendance et l'interdiction des conflits d'intérêts et le devoir de diligence.

B. Activité professionnelle de l'avocat et prêt accordé par le client

En accord avec la doctrine⁶, le Tribunal fédéral retient que l'avocat est soumis aux règles professionnelles de la LLCA pour *l'ensemble de son activité professionnelle*, que celle-ci relève de la représentation ou du conseil (consid. 2.1). On admet que l'activité est professionnelle lorsqu'elle intervient à titre onéreux. L'usage du titre d'avocat nous semble également constituer un critère⁷. Selon Schiller⁸, l'avocat agit dans l'exercice de sa profession lorsqu'il est fait appel à lui en vue d'accéder au droit (critère du «*Zugang zum Recht*»).

Il faut évidemment que cette activité soit *en lien direct* avec la profession d'avocat : celui qui exerce à temps partiel comme avocat et qui est employé par une banque (dans les limites posées par l'ATF 130 II 87, RDAF 2005 I 519) n'intervient pas comme avocat dans cette seconde activité et n'est pas soumis aux règles professionnelles la concernant. Cette activité, ou un comportement privé, ne peut avoir d'incidence sur la profession d'avocat que dans la mesure où elle remettrait en cause l'une des conditions personnelles de l'inscription au registre cantonal des avocats, en particulier une condamnation pénale incompatible avec la profession d'avocat (art. 8 let. b LLCA) ou l'existence d'un acte de défaut de biens (art. 8 let. c LLCA ; consid. 2.1 et les références).

Le *prêt* accordé à l'avocat par l'un de ses clients intervient-il à l'occasion de l'activité professionnelle du mandataire ? Le Tribunal fédéral retient justement que l'on doit admettre qu'il y a à tout le moins *connexité* avec l'activité professionnelle (consid. 5.2) et ce, à lire entre les lignes, et

contrairement à l'avis de l'autorité cantonale, que le prêt vise ou non à couvrir une dette professionnelle : l'élément central consiste en bref à déterminer si le prêt est accordé par un client de l'avocat et non la destination du prêt (en l'occurrence, la cliente avait accepté d'aider financièrement son avocat « dans ses problèmes personnels »). En acceptant un prêt de son client – et plus encore en le sollicitant – l'avocat met en péril son indépendance et risque de se retrouver dans une situation conflictuelle (consid. 3.1.2-3.1.3, 6.3). En bref, l'avocat ne peut faire valoir que le prêt intervient à titre privé pour échapper à la censure des articles 12 et 13 LLCA.

C. Prêt accordé par le client et indépendance de l'avocat

Le fait qu'un avocat est le débiteur de son client est soumis au contrôle des autorités de surveillance. Mais cela ne signifie pas qu'un tel comportement soit par principe contraire aux règles professionnelles. Il l'est en particulier en cas d'atteinte au principe d'indépendance. L'avocat doit demeurer indépendant matériellement de son client. Tel n'est plus le cas lorsque sa liberté de décision est atteinte. La Commission genevoise du barreau a ainsi posé que l'avocat ne doit pas accepter de se faire avancer de l'argent à titre de prêt personnel par son client⁹. Le Tribunal fédéral considère que les liens économiques entre l'avocat et son client doivent être *analysés concrètement*, au regard de la situation de l'avocat, notamment de sa situation économique (consid. 3.1.2). Si notre Haute cour tient compte de l'importance du montant en jeu¹⁰, celui-ci n'est donc pas nécessairement déterminant pour juger de

⁶ Walter Fellmann, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich 2005, N 6 ad art. 12 ; Bohnet/Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1119.

⁷ Voir Bohnet/Martenet (cit. note 6) N 1116, 1119.

⁸ Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zurich 2009, N 330 ss.

⁹ Commission du barreau GE (06.02.2006) 60/05, SJ 2007 II 279 (rés.).

¹⁰ ATF 98 Ia 356, consid. 3b.

l'existence d'une *situation de dépendance*. En l'occurrence, le montant prêté n'était pas particulièrement élevé (15 000.– Euros). Mais l'avocat se trouvait dans une situation financière difficile, puisqu'il n'avait pas pu rembourser le prêt, malgré ses promesses. Quant à la résiliation du mandat, elle constituait un aveu de la situation de dépendance dans laquelle s'était retrouvé l'avocat: «lorsque [la cliente], perdant patience, a réclamé le remboursement immédiat du prêt, le recourant n'a trouvé d'autre issue que de résilier le mandat et d'opposer en compensation ses honoraires, ce qui montre qu'il n'était plus en mesure de remplir son rôle de mandataire avec l'indépendance requise » (consid. 6.3).

En revanche, l'avocat peut par exemple bénéficier d'un crédit hypothécaire ou d'une ligne de crédit auprès d'une banque dont il assure la représentation en justice, à moins que ses engagements et sa situation financière ne le placent dans une situation de dépendance face à l'institution bancaire. Pour fixer la limite, on peut s'inspirer de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'impartialité du magistrat. Il convient cependant d'en nuancer la portée, une sévérité accrue s'imposant pour le juge¹¹.

Le même principe devrait être retenu pour l'avocat au service d'une assurance ou d'une entreprise de leasing. On doit également admettre que l'avocat représente son bailleur en justice ou toute personne avec laquelle il entretient des relations contractuelles courantes, sauf circonstances spéciales¹².

Inversement le principe d'indépendance peut être mis en péril lorsque l'avocat est le créancier de son client. Ainsi, l'avocat n'est plus

indépendant s'il est le bailleur de fonds et le créancier hypothécaire de son client et qu'il s'est fait établir des garanties hypothécaires pour la couverture de ses honoraires, échus et non échus¹³.

D. Prêt accordé par le client et conflits d'intérêts

L'interdiction des conflits d'intérêts est une facette du principe d'indépendance, ainsi qu'une expression du devoir de diligence de l'avocat¹⁴. Elle représente selon le Tribunal fédéral une règle cardinale de la profession¹⁵. Celui-ci relève à bon escient dans l'arrêt commenté que le devoir d'indépendance et celui d'éviter tout conflit d'intérêts sont intimement liés: «Ainsi, dans la pratique, la question de savoir si l'avocat a manqué au premier implique généralement d'examiner l'existence d'un risque (concret) de conflit d'intérêts».

Ayant pour tâche la défense des intérêts de son client, l'avocat doit veiller à *ne pas se laisser influencer par ses intérêts personnels*. Il doit refuser une cause dans laquelle ses intérêts sont en jeu ou potentiellement en jeu. Le principe, qui va de soi, ne ressort pas explicitement de l'article 12 let. c LLCA. Le Tribunal fédéral n'hésite pas à le retenir¹⁶. Il le rappelle dans l'arrêt commenté (consid. 3.1.3).

Il convient de relever que l'interdiction doit être particulièrement stricte lorsque les propres intérêts de l'avocat sont en jeu, puisqu'il n'existe pas dans ce cas la possibilité de se dégager entièrement du conflit: ses intérêts peuvent demeurer impliqués même après la fin du mandat. Le Tribunal fédéral rejoint la doctrine sur ce point (consid. 3.1.3).

Lorsqu'il accepte un prêt de son client, l'avocat peut se retrouver dans

une situation embarrassante en cas de *difficultés financières* mettant en péril le remboursement. Que privilégier? Les droits du client ou ses propres intérêts? De plus, relève le Tribunal fédéral, il existe un risque que l'avocat ne limite pas ses efforts à ce qui est nécessaire, dans le but d'augmenter ses honoraires et de réduire l'étendue de sa dette, moyennant compensation (consid. 3.1.3). C'est exactement ce qui s'est passé ici: ne pouvant faire face à son obligation de remboursement, l'avocat a résilié le mandat dans un contexte conflictuel et invoqué compensation avec ses honoraires. En d'autres termes, «le cumul du mandat et du prêt a créé le risque (concret) que les intérêts du recourant entrent en conflit avec ceux de sa mandante. Dès lors, le fait que le recourant, placé dans une situation financière précaire, a contracté un

¹¹ TF (09.08.2002) 1P.294/2002, consid. 4.3.2: «Contrairement à ce qui prévalait jadis, se lier par contrat est devenu chose on ne peut plus banale et l'endettement n'est plus réprouvé socialement comme il l'était autrefois. Spécialement, il est notoire que les particuliers requièrent plus volontiers et fréquemment qu'autrefois les services des banques».

¹² TF (09.08.2002) 1P.294/2002, consid. 5.2: «Plus [le débiteur] se trouve confronté à des obligations grevant lourdement ses ressources, plus il pourrait être tenté de protéger son créancier, soit pour éviter de l'affaiblir dans la procédure, soit pour s'accommoder ses bonnes grâces, soit les deux. En revanche, plus le débiteur aura les reins solides, du point de vue financier, au point, par exemple, de pouvoir s'acquitter immédiatement de sa dette, plus son indépendance sera assurée (...)».

¹³ ATF 98 Ia 356, consid. 3b, JdT 1973 I 206.

¹⁴ TF (17.02.2006) 2A.535/2005, consid. 3.1; TF (28.10.2004) 2A.594/2004, consid. 1.1; TF (18.03.2003) 1A.223/2002, consid. 5.2.

¹⁵ TF (18.03.2003) 1A.223/2002, consid. 5.2.

¹⁶ TF (27.07.2007) 2P.318/2006, consid. 11.1.

emprunt auprès de sa mandante porte atteinte à l'art. 12 lettres b et c LLCA» (consid. 6.3).

E. Prêt accordé par le client et devoir de diligence

L'avocat doit *se comporter correctement* dans l'exercice de sa profession (art. 12 let. a LLCA)¹⁷. Son devoir de diligence lui dicte de s'abstenir de

toute activité susceptible de mettre en cause la confiance placée en lui. A l'égard de son client, l'avocat doit se garder de tout procédé susceptible de mettre en cause les intérêts de celui-ci. Soudoyer un client en présentant sa situation de manière alarmante et en profitant des liens créés pour obtenir un prêt de celui-ci, porte manifestement atteinte à ce devoir. Tel est également le cas à notre avis d'une déclaration de compensation qui interviendrait alors que l'avocat a promis un remboursement. Le Tribunal fédéral laisse quant à lui ouverte la question de l'abus de la part de l'avocat dans ces circonstances (consid. 4.2)

III. Conclusion

Les prêts personnels du client en faveur de son avocat sont à prohiber. Ils remettent en cause l'indépendance de l'avocat, sont source de conflits et peuvent porter atteinte à la confiance placée en lui. Nul doute que l'avocat est soumis à de nombreuses pressions. Mais il peut aussi en exercer. Celles-là expliquent qu'il bénéficie de divers privilèges ; celles-ci justifient qu'il soit soumis à des devoirs professionnels. Pour s'y conformer, l'avocat évitera à tout prix d'avoir recours à l'aide de ses clients dans les situations difficiles, au risque sinon de mettre en péril les valeurs qui seules peuvent lui assurer de meilleurs lendemains.

¹⁷ TF (10.07.2008) 2C_150/2008, consid. 7.1, Bollettino 36/2008 74.