

# NOTES D'HONORAIRES ET SECRET PROFESSIONNEL

## BENOÎT CHAPPUIS

Avocat, professeur titulaire à l'Université de Genève et professeur honoraire à l'Université de Fribourg

## TANO BARTH

Avocat, assistant à l'Université de Genève

Mots-clés: honoraires, relevé d'activité, *time sheet*, secret professionnel, assistance judiciaire, assurance

L'établissement d'une note d'honoraires détaillée, incluant notamment la description précise des prestations effectuées par l'avocat, est devenue la règle dans la pratique. Ce mode de faire, facilité par les logiciels de gestion des études d'avocats, doit être approuvé, car il satisfait pleinement aux exigences du devoir d'information de l'avocat institué aussi bien par le Code des obligations que par la LLCA. Il présente cependant des risques sous l'angle de la protection du secret professionnel. La note d'honoraires peut devoir être produite devant des autorités, des assurances ou d'autre tiers. Dans la mesure où elle contient de nombreuses indications confidentielles, l'avocat devra prendre toute mesure utile pour que ces dernières ne soient pas divulguées sans nécessité absolue.

## I. Les principes régissant la note d'honoraires

### 1. La nécessité d'une note d'honoraires détaillée

Il est aujourd'hui loin le temps où – à titre de note d'honoraires – l'avocat envoyait à son client une simple lettre dans laquelle il se bornait à lui communiquer le montant des honoraires dus pour une période déterminée. Parfois, l'avocat ajoutait une brève description des services rendus, sans pour autant entrer dans plus de détails.

Plusieurs facteurs ont concouru à la survenance d'une profonde évolution au cours des deux dernières décennies.

En premier lieu, celle des mentalités, en particulier la recherche de plus de transparence dans la vie des affaires, qui a eu pour résultat que les clients ont demandé à recevoir des explications plus détaillées sur le montant des honoraires qui leur étaient facturés. Si cette évolution a d'abord gagné la clientèle professionnelle, elle s'est ensuite étendue plus largement aux clients privés. Le développement de la concurrence dans le monde des services juridiques (banques, assurances, fiduciaires et maintenant plateformes en ligne) n'a pas été étranger à la naissance de ces changements, le client ayant aujourd'hui plus facilement les moyens de comparer le coût que représente pour lui la consultation d'un avocat.

En deuxième lieu, l'évolution juridique a elle aussi été amenée à jouer un rôle important. L'art. 12 let. i LLCA – en vigueur depuis le 1.6.2002 – dispose en effet que lorsque l'avocat accepte un mandat, «il informe son client des mo-

dalités de facturation et le renseigne périodiquement ou à sa demande sur le montant des honoraires dus». Cette norme institue un véritable devoir d'information de l'avocat concernant les honoraires. En réalité, cette disposition de droit administratif n'a pas réellement modifié la situation préexistante, puisque, sur le plan contractuel, l'art. 400 CO imposait déjà une obligation similaire au mandataire, incluse dans le devoir général de reddition de comptes<sup>1</sup>. Il n'en reste pas moins que l'ancrage exprès d'un devoir d'information spécifique en matière d'honoraires dans la LLCA a eu pour résultat de souligner l'importance de la question. L'avocat n'a pas à présenter d'emblée et spontanément un détail de facture, mais est tenu de le faire aussitôt que le client le requiert<sup>2</sup>. Il paraît cependant plus conforme au système de retenir que l'avocat ne doit pas attendre

1 CHAPPUIS/GURTNER, N 1347; DIAGNE, p. 107; BGFA-FELLMANN in Fellmann/Zindel, art. 12 N 172; CR LLCA-VALTICOS, art. 12 N 292-293.

2 TF, 2C\_314/2020 du 3. 7. 2020 (résumé en français in BARTH, L'obligation de l'avocat d'avoir un relevé d'activité (timesheet), CJNI/dRSK du 30. 9. 2020), c. 4.3; TF, 4A\_144/2012 du 11. 9. 2012, c. 3.2.2; TF, 2C\_133/2012 du 18. 6. 2012, c. 4.3; BOHNET/MARTE-NET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1785; CHAPPUIS/GURTNER, N 183; FELLMANN, Anwaltsrecht, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2017, N 506.

d'être interrogé par son client pour lui présenter une note d'honoraires contenant au minimum les indications nécessaires pour apprécier le mode de facturation et le travail accompli<sup>3</sup>. Le texte même de l'art. 12 let. i LLCA précise en effet que l'avocat renseigne périodiquement son client ou à la demande de ce dernier sur le montant des honoraires dus. Le mot «périodiquement» implique un caractère spontané de la remise d'informations financières par l'avocat à son client. Certes, la loi semble limiter ce devoir au montant des honoraires, mais il tombe sous le sens que l'avocat, en informant son client du montant des honoraires dus, lui remettra les éléments nécessaires pour juger du caractère adéquat de ce montant.

En troisième lieu, le développement de logiciels spécialement destinés aux avocats a permis à ces derniers d'établir des notes d'honoraires comportant l'énumération, jour par jour, de toutes les prestations facturées. Alors qu'établir une véritable note détaillée représentait un travail considérable une ou deux décennies plus tôt, la chose est devenue aisée lorsque tous les avocats de l'étude sont instruits à remplir journalièrement leur relevé d'activité (*time sheets*). Il est donc de plus en plus fréquent aujourd'hui de voir des notes d'honoraires indiquant tant les opérations effectuées que le nom des avocats qui sont intervenus pour chacune d'entre elles, pendant quelle durée et les taux horaires pratiqués. Le descriptif des opérations effectuées atteint parfois un haut degré de détail, permettant au client de savoir avec précision le contenu de l'opération effectuée par l'avocat ou ses collaborateurs.

Cette évolution doit être saluée, car il est normal que le client soit pleinement renseigné sur le mode de calcul de la prestation – le versement des honoraires – à laquelle il est tenu. Le contrat de mandat présente la particularité de ne pas compter la rémunération du mandataire parmi les éléments essentiels sur lesquels les parties doivent se mettre d'accord pour que le contrat soit valablement conclu (le mandat pouvant même être gratuit)<sup>4</sup>. Cela rend d'autant plus important le devoir d'information auquel le mandataire est tenu. À défaut d'être contractuellement fixée, la rémunération du mandataire doit au moins être compréhensible pour le client.

Cela dit, ce mode de faire ne va pas sans risques. Une note d'honoraires détaillée n'est rien moins qu'une véritable radiographie de l'exécution du mandat. Selon le degré de détail – en fonction de celle qui ressort des *time sheets* remplis par les avocats intervenus dans l'affaire –, le lecteur de la note d'honoraires peut prendre connaissance de faits hautement confidentiels, en particulier ceux mettant en évidence la stratégie mise en place par l'avocat (personnes contactées, experts pressentis, établissements financiers impliqués, etc.). Une note d'honoraires peut parfois même révéler l'existence, voire le contenu de discussions transactionnelles et ainsi, sa production non anonymisée en procédure pourrait exposer l'avocat à des sanctions disciplinaires (art. 12 let. a LLCA interprété à la lumière de l'art. 6 et 26 al. 2 CSD)<sup>5</sup>. Il convient donc de prendre des mesures adéquates pour que ce document ne

puisse être consulté que par des personnes qui sont dûment autorisées à le faire. Cette nécessité implique des précautions et la mise en place de certaines cautèles.

## II. Les risques liés à l'envoi d'une note détaillée

De manière générale, l'avocat doit convenir avec son client du mode de communication qui convient par ce dernier, qu'il s'agisse du courrier postal, des courriels ou de communications téléphoniques. Il doit s'assurer de la confidentialité de ses communications et, partant, s'enquérir auprès de son client ce qui est approprié à sa situation. Ce mode de faire doit être établi au début de la relation contractuelle, charge au client d'informer son avocat de tout changement de sa situation privée ou professionnelle qui aurait pour conséquence une modification du mode de communication.

Ce qui est vrai de manière générale pour toutes les communications de l'avocat l'est également pour la note d'honoraires qui est, comme tout document produit par l'avocat, soumise au secret professionnel. Cela l'est d'autant plus devenu avec l'évolution susdécrite des notes détaillées.

### 1. L'envoi postal

L'envoi postal est le mode le plus usuel de transmission d'une note d'honoraires. Ce mode peut cependant se révéler problématique aussi bien lorsque le destinataire est une personne physique que s'il s'agit d'une personne morale.

Pour une personne physique, il se peut que le courrier soit usuellement relevé, voire ouvert indifféremment par les membres de la famille. Si les détails d'une note d'honoraires sont de nature à révéler des faits que son destinataire souhaite garder secrets, il doit convenir avec son avocat du mode de transmission approprié. Il arrive dans de telles situations que le client souhaite simplement être informé de ce qu'une note d'honoraires a été émise et qu'il vienne la consulter à l'étude.

Pour une personne morale, il est de manière générale nécessaire pour l'avocat de convenir avec le représentant de cette dernière avec lequel il traite, à qui il doit rendre compte<sup>6</sup>, étant précisé que c'est la personne morale qui définit le cercle des personnes avec lesquelles l'avocat peut s'entretenir de son mandat<sup>7</sup>. Il en va naturellement ainsi d'une note d'honoraires détaillée dont il devra convenir du mode d'envoi, notamment si le courrier doit être envoyé à une personne spécifique et si une mention «confidentiel» doit être apposée sur l'enveloppe.

<sup>3</sup> CHAPPUIS/GURTNER, N 1347.

<sup>4</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Genève, Zurich, Bâle 2016, N 4595 ss.

<sup>5</sup> ATF 144 II 473, c. 4.5; ATF 140 III 6, c. 3.1; TF, 2C\_243/2020 du 25.6.2020, c. 3.4.1.

<sup>6</sup> CHAPPUIS/GURTNER, N 685.

<sup>7</sup> CHAPPUIS/GURTNER, N 685.

## 2. L'envoi par e-mail

L'envoi de facture par e-mail s'est maintenant largement répandu, nombreux étant les clients qui réclament ce type de transmission. Hormis les risques liés à toute transmission électronique, notamment le piratage, il faut tenir compte de ceux qui sont liés à l'accessibilité soit de l'ordinateur du client de l'avocat soit à celle de sa messagerie. Il arrive fréquemment que, au sein d'une entreprise, les messageries soient partagées entre un certain nombre de personnes. Si le correspondant de l'avocat entend que les communications de ce dernier ne puissent pas être connues d'autres personnes de l'entreprise, il lui appartient d'instruire l'avocat de lui envoyer toute correspondance en mode privé, confidentiel ou crypté (concrètement, l'e-mail ne peut être ouvert qu'avec un mot de passe), ce qui en empêche la consultation par des tiers. Si l'avocat a l'impression que son interlocuteur n'est pas parfaitement conscient des risques liés à l'envoi d'une note d'honoraires détaillée, son devoir de diligence (art. 398 CO et 12 let. a LLCA) lui impose d'attirer son attention sur cette question.

On doit également garder à l'esprit la situation qui a donné matière à un récent arrêt du Tribunal fédéral<sup>8</sup>. Une épouse, vivant séparée de son mari, a eu accès au compte *Gmail* de ce dernier, protégé par un mot de passe qu'elle avait trouvé inscrit sur un papier découvert par hasard dans un tiroir de l'ancien bureau commun du domicile conjugal. Il est à relever que le Tribunal fédéral a considéré que la connexion indue remplissait les éléments constitutifs de l'art. 143<sup>bis</sup> al. 1 CP (accès indu à un système informatique). La gestion des nombreux mots de passe dont chacun dispose aujourd'hui est un problème difficile à résoudre, ce qui conduit fréquemment à des comportements risqués, notamment en les notant dans des documents – physiques ou informatiques – aisément accessibles à des tiers. Cela peut être vrai tant dans la vie privée qu'en entreprise. L'avocat n'est évidemment pas responsable des négligences de son client dans la gestion et la conservation de ses mots de passe. Mais la prudence le conduira néanmoins à attirer l'attention de son mandant, s'il n'est pas un professionnel manifestement expérimenté, sur les risques de l'envoi électronique de la note d'honoraires et les précautions qu'il faut prendre.

## III. La prise de connaissance par des tiers

### 1. Les autorités pénales

Une note d'honoraires peut se trouver dans un dossier pénal dans diverses circonstances, notamment au terme d'une saisie effectuée contre le client de l'avocat ou contre ce dernier lui-même s'il est prévenu. Le CPP contient deux normes principales concernant la protection du secret, l'art. 171 (intitulé «droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel») et l'art. 264 (intitulé «restrictions», par quoi il faut comprendre les restrictions apportées au droit de l'autorité de procéder à un séquestre d'objets ou de valeurs)<sup>9</sup>.

La protection du secret est assurée par la loi, pour autant que l'avocat ne soit pas lui-même prévenu, ce que

l'art. 264 al. 1 let. c et d CPP précise expressément<sup>10</sup>. Lorsque l'avocat fait lui-même l'objet de l'enquête, le secret professionnel n'a plus cours et l'autorité pénale n'est pas limitée dans ses investigations. Elle peut notamment saisir la correspondance d'avocats non prévenus ayant, dans le contexte de l'affaire faisant l'objet de l'enquête, assuré le remplacement de l'avocat prévenu<sup>11</sup>. La correspondance relative à un mandat antérieur bénéficie en revanche de la protection de l'art. 264 CPP<sup>12</sup>. Cependant, lorsque la saisie de la correspondance d'un avocat est possible aux termes de la loi, reste posée la question des mesures de protection qui doivent être prises pour préserver, dans la mesure du possible, le secret dû aux clients de l'avocat prévenu. Il s'agit essentiellement du caviardage des documents<sup>13</sup>.

### 2. L'assurance responsabilité civile ou de protection juridique

Il arrive fréquemment que les honoraires de l'avocat soient pris en charge par une assurance responsabilité civile ou de protection juridique. La relation entre l'assurance, l'assuré et l'avocat doit être qualifiée de stipulation pour autrui: l'assureur (le promettant) promet à l'assuré (le stipulant) qu'il effectuera sa prestation du contrat – la prise en charge de la note d'honoraires – en faveur de l'avocat (le bénéficiaire)<sup>14</sup>. Aucun lien contractuel ne lie l'avocat et l'assurance<sup>15</sup>.

L'assurance demandera généralement le relevé d'activité – parfois même le dossier complet du client – à l'avocat en se fondant sur l'art. 39 al. 1 LCA obligeant l'ayant droit à fournir, sur demande de l'assureur, tous les faits servant à déterminer les circonstances dans lesquelles le sinistre s'est produit ou à fixer les conséquences du sinistre. Cette disposition a pour but de permettre à l'assureur de déterminer si les prétentions de l'assuré sont justifiées<sup>16</sup>. Dans le domaine des assurances juridiques, cette disposition est concrétisée par des clauses contractuelles

<sup>8</sup> ATF 145 IV 185.

<sup>9</sup> Pour des cas d'application de ces dispositions concernant des avocats, cf. TF, 1B\_167/20015; 1B\_350/2013; 1B\_303/2013; ATF 138 IV 225 = JdT 2014 IV 24.

<sup>10</sup> TF, 1B\_303/2013, c. 6.

<sup>11</sup> ATF 138 IV 225, c. 6.3 = JdT 2014 IV 24.

<sup>12</sup> TF, 1B\_167/2015, c. 3; ATF 138 IV 225, c. 6.3 = JdT 2014 IV 24.

<sup>13</sup> ATF 132 IV 63, c. 4 = SJ 2006 I 287.

<sup>14</sup> BOHNET/ECKLIN, Avocat et assurance de la protection juridique, in: Blaise Carron/Christoph Müller (éds), 2<sup>e</sup> Journée des droits de la consommation et de la distribution, Assurance de protection juridique, Clauses contractuelles abusives, Nouveautés législatives et jurisprudentielles, Neuchâtel (Cemaj) 2016, N 127.

<sup>15</sup> BOHNET/ECKLIN (cité n. 14), N 125; KRAUSKOPF/MÄRKI, Juristische Dienstleistungen des Rechtsschutzversicherers, Rechtliche Grundlage und Haftung, in Walter Fellmann (éd.), Rechtsschutzversicherung und Anwalt, Tagung vom 4. 4. 2017 in Luzern, Berne 2017, p. 126.

<sup>16</sup> BRULHART, Droit des assurances privées, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2017, N 743; CHAPPUIS/GURTNER, N 771-773.

prévoyant que l'assuré libère l'avocat du secret professionnel vis-à-vis de l'assurance. Une telle clause est généralement justifiée par l'assurance afin qu'elle puisse apprécier l'opportunité de la procédure à engager et vérifier le caractère raisonnable des honoraires facturés<sup>17</sup>.

Cette levée du secret professionnel prévue dans les contrats d'assurance se heurte cependant à deux obstacles: l'art. 168 OS et l'art. 4 al. 5 LPD (art. 4 al. 6 nLPD).

Selon l'art. 168 OS, la disposition d'un contrat d'assurance par laquelle la personne assurée s'engage à délier son mandataire du secret professionnel à l'égard de l'entreprise d'assurance n'est pas applicable s'il y a conflit d'intérêts et que la transmission à l'entreprise d'assurance de l'information demandée peut être préjudiciable à la personne assurée. La levée du secret professionnel n'est pas applicable si deux conditions cumulatives sont réalisées: il y a conflit d'intérêts et l'information est préjudiciable aux intérêts de l'assuré.

Il y a conflit d'intérêts dans les situations classiques de conflit d'intérêts – par exemple l'assurance prend en charge les frais pour deux parties opposées dans un procès –, mais également lorsque l'assurance pourrait, en raison de l'information transmise, prendre une décision préjudiciable aux intérêts de l'assuré. Dans la première hypothèse, une information préjudiciable est toute information qui pourrait être utile à la partie adverse dont les frais sont pris en charge par la même assurance. Dans la deuxième hypothèse, la condition du conflit d'intérêts et celle d'information préjudiciable aux intérêts de la personne assurée se recourent<sup>18</sup>.

Selon l'art. 4 al. 5 LPD (art. 4 al. 6 nLPD), un consentement au traitement de données n'est valable que s'il est donné librement, clairement et après avoir été dûment informé. Le consentement doit être exprès en cas de données sensibles. Si l'avocat entend transmettre des données sensibles à l'assurance protection juridique, il doit disposer du consentement explicite de son client à une telle transmission<sup>19</sup>.

Compte tenu de ces cautions relatives à la transmission d'informations aux assurances, deux solutions apparaissent possibles pour communiquer des éléments du dossier, en particulier la note d'honoraires détaillée à l'assurance. La première est que l'avocat ne transmette aucune information à l'assurance, mais uniquement au client (l'assuré), à sa charge de transmettre les informations qu'il souhaite à l'assurance. La deuxième est que l'avocat fasse systématiquement valider à son mandant toute transmission d'informations à l'assurance<sup>20</sup>.

### 3. La production de la note dans une procédure pour établir les frais d'avocat

La production d'une note d'honoraires d'avocat est parfois nécessaire pour établir dans une procédure l'existence et la quotité d'un dommage.

C'est ainsi qu'en matière de responsabilité civile, il est fréquemment nécessaire de produire en justice les factures d'avocat comme preuve du dommage subi par le client. C'est le cas lorsque ce dernier est lésé par un acte illicite

commis par un tiers et que, dans le calcul de son dommage, il fait valoir ses frais d'avocat, ainsi qu'il est fondé à le faire conformément aux principes régissant la matière<sup>21</sup>. Il sera fait droit à sa prétention pour autant que ces frais soient appropriés, c'est-à-dire qu'ils couvrent des opérations nécessaires facturées à un tarif n'étant pas excessif<sup>22</sup>.

Il peut par ailleurs s'avérer nécessaire de devoir produire une note d'honoraires afin de se voir allouer des dépens plus élevés, en particulier lorsque ceux-ci ne sont pas fixés en fonction de la valeur litigieuse<sup>23</sup>.

Si, à ces fins, l'avocat est amené à justifier sa note d'honoraires à l'égard de la partie adverse – celle qui a lésé son client –, il prendra soin de ne donner que les indications véritablement nécessaires à l'établissement du caractère approprié du montant facturé.

Il est vrai que la production de la facture intervient, par définition, avec le consentement du client qui cherche à se faire rembourser, par le responsable, les frais auxquels il a été exposé. Cela ne dispense pas l'avocat, en mandataire diligent, d'attirer l'attention de son client sur la nécessité de protéger sa sphère intime en ne révélant pas sans raison l'entier et le détail des opérations effectuées pour son compte.

### 4. L'assistance judiciaire

Le droit à l'assistance judiciaire est un droit constitutionnel (art. 29 al. 3 Cst.) devant permettre à la personne indigente d'accéder à la justice et de défendre ses droits de la même manière qu'une personne disposant de ressources suffisantes<sup>24</sup>.

Le rapport juridique entre l'avocat, son client et l'assistance judiciaire peut être qualifié de relation tripartite dans laquelle l'État confère à l'avocat la mission de défendre les intérêts du justiciable démuné, lui conférant une

17 BOHNET/ECKLIN (cité n. 14), N 125; DIDISHEIM, L'avocat et l'assurance de protection juridique, in François Chaudet/Olivier Rodondi (éds), L'avocat moderne, Regards sur une profession dans un monde qui change, Mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son centenaire, Bâle 1998, p. 123.

18 FELLMANN, Anwaltsrecht (cité n. 2), N 1926.

19 FELLMANN, Kostengutsprache und Rahmenvereinbarung – juristische Qualifikation und berufsrechtliche Schranken, in: Walter Fellmann (éd.), Rechtsschutzversicherung und Anwalt, Tagung vom 4. 4. 2017 in Luzern, Berne 2017, p. 80.

20 Solutions proposées par BOHNET/ECKLIN (cité n. 14), N 158.

21 ATF 139 III 190, c. 4.2; GEISSBÜHLER, Le droit des obligations, vol. 1: partie générale, Genève 2020, N 642-649; RIBORDY, La prise en charge des frais d'avocat, in Stephan Fuhrer/Christine Chappuis (éds), Droit de la responsabilité civile et des assurances: Liber amicorum Roland Brehm, Berne 2012, p. 367 ss; WERRO, Responsabilité civile, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2017, N 1126.

22 RIBORDY (cité n. 21), p. 377.

23 TF, 2D\_35/2016 du 21. 4. 2017, c. 6.2, où le Tribunal fédéral a jugé que la Cour de justice du canton de Genève a appliqué arbitrairement le droit cantonal en allouant CHF 1000.- de dépens alors que la note d'honoraires produite démontrait une activité de plus de 30 heures dans le dossier.

24 CORBOZ, Le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire, in SJ 2003 II p. 68.

sorte de mandat en faveur d'un tiers assimilable à une stipulation pour autrui<sup>25</sup>.

Le droit à l'assistance judiciaire ne garantit pas une prise en charge définitive des frais de justice par l'État. Si les conditions d'octroi se sont modifiées en cours de procès, le droit à l'assistance judiciaire peut être retiré. De plus, les montants versés à la suite de l'octroi de l'assistance judiciaire peuvent être réclamés au bénéficiaire dès que sa situation financière permet le remboursement (*cf.* en procédure civile, pénale et administrative fédérale: art. 123 al. 1 CPC; art. 135 al. 4 CPP; art. 65 al. 4 PA)<sup>26</sup>. Il est par ailleurs admissible de faire dépendre l'octroi de l'assistance judiciaire de la cession du gain éventuel du procès jusqu'à concurrence du montant des frais judiciaires échéant au requérant et des frais de représentation par avocat<sup>27</sup>.

En matière de note d'honoraires et du secret professionnel, deux problématiques doivent être abordées: concernant la production de la note d'honoraires à l'État, l'avocat doit être attentif à ne pas divulguer d'informations qui pourraient nuire au client (1) et le client doit être informé de la note d'honoraires qui sera envoyée à l'État (2).

*A) La production de la note d'honoraires détaillée à l'État*  
Concrètement, en général à la fin du mandat, l'avocat doit produire à l'État sa note d'honoraires détaillée afin que ces honoraires soient payés. En procédure civile et pénale, cette note d'honoraires devra être présentée au tribunal ou au ministère public – pour les procédures pénales – statuant au fond (art. 119 al. 3 CPC; art. 135 al. 2 CPP).

Cette situation peut être très délicate, car comme nous l'avons vu précédemment, la note d'honoraires est une véritable radiographie de l'exécution du mandat, permettant à la personne la lisant de prendre connaissance d'éventuels désaccords avec le client, des recherches juridiques effectuées, des points faibles du dossier, de la stratégie adoptée et même de l'existence de discussions transactionnelles, voire de leur contenu.

La situation est d'autant plus délicate que dans certains cantons, la pratique d'indemnisation est volontairement restrictive, quant au tarif ou encore à la reconnaissance de l'étendue des activités «raisonnables»<sup>28</sup>. Les pratiques d'indemnisation sont en particulier restrictives dans les cantons où les frais liés à la défense d'office et le financement du pouvoir judiciaire émarginent du même budget, au point qu'un éventuel dépassement du budget de l'assistance judiciaire aura des conséquences concrètes sur les prestations auxquelles le personnel judiciaire, dont les magistrats, aurait droit<sup>29</sup>. Le canton de Genève est l'un des exemples les plus extrêmes de pratique agressive en matière d'indemnisation restrictive – sa pratique en matière d'indemnisation a même été qualifiée, à diverses reprises, d'arbitraire<sup>30</sup> – ce probablement en raison du budget commun entre les indemnisations d'assistance judiciaire et le budget du pouvoir judiciaire. Dans les cantons appliquant ces pratiques restrictives, l'avocat est presque forcé, afin de s'assurer d'obtenir sa rémunération, de devoir présenter une note d'honoraires aussi détaillée que possible.

Nonobstant ces pratiques parfois très restrictives en matière d'indemnisation, il est indispensable que l'avocat ne révèle pas des informations pouvant péjorer les intérêts du client ou révélant des discussions transactionnelles. Dans un tel cas, il est recommandé d'indiquer le temps d'activité et, si cela est possible, une partie de l'information, éventuellement en anonymisant les informations que l'avocat ne souhaite pas voir révélées.

En cas de refus d'indemnisation par l'assistance judiciaire d'activités ayant été anonymisées faute de précision, l'avocat pourra recourir et en parallèle, solliciter une décision constatatoire de l'autorité de surveillance que l'activité était en effet nécessaire à la défense des intérêts du client. L'émolument de l'autorité de surveillance sera, à tout le moins en cas de succès de la démarche de l'avocat, remboursé par l'assistance judiciaire.

*B) L'obligation d'informer le client de la note d'honoraires envoyée à l'État*

Certains avocats considèrent qu'il serait inutile, voire inapproprié, de parler de la note d'honoraires avec un client au bénéfice de l'assistance judiciaire, en particulier en cas de défense d'un prévenu en matière pénale. Or, le fait qu'un client soit au bénéfice de l'assistance judiciaire ne signifie pas qu'il ne doit pas être tenu au courant de l'état des honoraires. L'assistance judiciaire signifie en effet que l'État paie l'avocat, en prenant à sa charge le risque que le client ne soit jamais en mesure de rembourser les frais judiciaires et honoraires d'avocat. Cependant, l'assistance judiciaire n'est pas un don de la part de l'État, mais bien un prêt que le client devra, si sa situation financière le permet, rembourser. L'avocat a donc également le devoir, en matière d'assistance judiciaire, de renseigner périodiquement son client sur le montant des honoraires (art. 12 let. i LLCA; art. 400 CO).

L'obligation de renseigner périodiquement le client sur le montant des honoraires signifie en particulier que l'avocat doit, avant d'envoyer sa facture détaillée à l'assistance judiciaire, soumettre le projet de facture détaillé au client pour validation avant envoi. Ceci permettra en particulier à l'avocat de se protéger de tout reproche de violation du secret, dès lors que le client a eu la possibilité, s'il

<sup>25</sup> ATF 141 III 560, c. 3.2.2; ATF 141 IV 344 = JdT 2016 IV p. 155, c. 4.2; HOFMANN, La responsabilité de l'avocat d'office, ATF 143 III 10, in *Revue de l'avocat* 5/2017, p. 219; JORDAN, Défense d'office: une institution à la croisée des chemins?, in *Forum pénale* 4/2017, p. 246.

<sup>26</sup> ATF 141 IV 262, c. 3.2; ATF 122 I 5 = JdT 1997 I p. 312, c. 4a.

<sup>27</sup> ATF 142 III 131, c. 2-4.

<sup>28</sup> JORDAN (cité n. 24), p. 247.

<sup>29</sup> JORDAN (cité n. 24), p. 250.

<sup>30</sup> Par exemple: TF, 6B\_1078/2014 du 9.2.2016, c. 4; TPF, BB.2016.369 du 17.7.2017, c. 4.2.4, où le Tribunal pénal fédéral a considéré que la pratique de l'assistance judiciaire à Genève «heurte le sentiment de justice»; pour une présentation des diverses violations systématiques du droit à l'indemnisation de l'avocat par l'assistance judiciaire genevoise, voir BARTH, Les honoraires: mode d'emploi, in *La Lettre du Conseil* n° 68, *Ordre des avocats de Genève*, 02.2020, p. 42-43.

voyait une information qu'il ne souhaitait pas voir transmise, de le faire savoir à l'avocat afin qu'il anonymise ladite information.

##### 5. Dans le contexte du recouvrement d'honoraires par l'avocat

Le recouvrement de ses honoraires par un avocat requiert la levée préalable de son secret professionnel. C'est le principe qu'a posé le Tribunal fédéral<sup>31</sup>, alors que les pratiques cantonales en la matière étaient divergentes<sup>32</sup>. Cet arrêt semble cependant être passé quelque peu inaperçu, de sorte que les pratiques cantonales sont demeurées disparates.

Le Tribunal fédéral a finalement rendu un arrêt de principe, dans lequel il a eu l'occasion de se prononcer de manière détaillée sur la question<sup>33</sup>. Il a en particulier confirmé qu'une procédure de recouvrement d'honoraires requérait une levée préalable du secret. Il a par ailleurs indiqué que dans la procédure de levée du secret, l'avocat devait expliquer pourquoi il ne lui était pas possible d'exiger une provision couvrant ces frais. Ce principe sur l'exigence d'une provision a cependant été tempéré par le Tribunal fédéral, qui exige à présent simplement que l'avocat démontre avoir fait un effort pour tenter de percevoir des honoraires pendant l'exécution du mandat<sup>34</sup>.

L'exigence d'une levée du secret préalable à une procédure de recouvrement d'honoraires a eu un grand écho, d'autant plus qu'elle a été suivie, quelques mois plus tard, d'un arrêt confirmant la condamnation pénale (art. 321 CP) d'un avocat qui avait saisi un tribunal civil de mesures provisionnelles en relation avec sa créance d'honoraires, sans avoir reçu préalablement une décision de levée de son secret<sup>35</sup>.

Pour satisfaire aux conditions posées par le Tribunal fédéral, il est recommandé de suivre une procédure en trois étapes pour obtenir une levée du secret professionnel, avant de procéder au recouvrement d'honoraires:

1. *Rappel de la facture.* Si cette étape n'est pas imposée par la loi ou la jurisprudence, elle est opportune: certains défauts de paiement résultent simplement d'oublis ou d'inadvertances.
2. *Demander au client d'être libéré du secret.* Une procédure de levée du secret auprès de l'autorité de surveillance est subsidiaire, en ce sens qu'elle ne peut avoir lieu que dans la mesure où le client s'oppose à la levée du secret ou n'est plus en mesure de donner son consentement<sup>36</sup>. Le refus du client peut se déduire par une absence de réponse dans un certain délai, par exemple dix jours.
3. *Requérir de l'autorité de surveillance la levée du secret professionnel.* Si le client n'a pas libéré l'avocat du secret, ce dernier peut saisir l'autorité compétente selon le droit cantonal pour demander à être relevé de son secret. L'avocat devra démontrer pourquoi il ne lui était pas possible de couvrir les coûts en se faisant verser une provision par le client<sup>37</sup>, ou à tout le moins qu'il a fait des efforts pendant l'exécution du mandat pour percevoir des honoraires et n'est pas resté totalement inactif pour percevoir son paiement<sup>38</sup>.

Une fois libéré de son secret, l'avocat pourra procéder au recouvrement des honoraires de manière usuelle, tout en devant faire preuve d'une certaine retenue dans les faits qu'il allègue dans la procédure de recouvrement. Concrètement, il ne devra se limiter qu'à alléguer les faits pertinents concernant sa rémunération<sup>39</sup>.

Rappelons encore, à toutes fins utiles, que l'avocat ne peut procéder à de la rétention sur le dossier dans le but que le client lui paie ses honoraires. Le refus de restituer les pièces est un moyen de pression inadmissible exercé sur le client, constitutif de contrainte pénale (art. 181 CP)<sup>40</sup>.

#### IV. Conclusion

Il est aujourd'hui indispensable que l'avocat soit en mesure de produire une note d'honoraires détaillée. Il doit en premier lieu pouvoir la produire à son client, qui y a droit. Il doit en deuxième lieu pouvoir la produire pour son client, par exemple pour réclamer des frais d'avocat avant procès ou pour motiver une haute allocation de dépens. Il doit en troisième lieu pouvoir la produire à des tiers, par exemple à l'assurance protection juridique ou encore à l'assistance judiciaire, afin de démontrer le caractère approprié des honoraires réclamés. Finalement et en dernier lieu, l'avocat doit parfois pouvoir produire cette note d'honoraires détaillée à l'encontre de son client, dans le cadre d'une procédure de recouvrement des honoraires.

La production d'une note d'honoraires détaillée n'est cependant pas un acte anodin: celle-ci informe avec précision des activités effectuées dans le mandat et peut révéler la stratégie adoptée, des discussions transactionnelles ou encore des faits que le client souhaite garder confidentiels. L'avocat doit donc faire attention d'une part au fait que tant les courriers que les e-mails peuvent être réceptionnés et lus par des tiers et, d'autre part, à ce que la note d'honoraires ne révèle aucune information préjudiciable au client lorsqu'il la produit à des tiers (assistance judiciaire, assurance protection juridique, autorité judiciaire, etc.).

<sup>31</sup> TF, 2C\_42/2010 du 28. 4. 2010.

<sup>32</sup> CHAPPUIS/GURTNER, N 868 ss.

<sup>33</sup> ATF 142 II 307 = JdT 2017 I 51.

<sup>34</sup> TF, 2C\_439/2017 du 15. 5. 2018, c. 3.4.

<sup>35</sup> TF, 6B\_545/2016 du 6. 2. 2017.

<sup>36</sup> TF, 2C\_461/2014 du 10. 11. 2014, c. 4.1; TF, 2C\_587/2012 du 24. 10. 2012, c. 2.4.

<sup>37</sup> ATF 142 II 307 = JdT 2017 I 51, c. 4.3.3 in fine.

<sup>38</sup> TF, 2C\_439/2017 du 15. 5. 2018, c. 3.4.

<sup>39</sup> BOHNÉT/MELCARNE, La levée du secret professionnel de l'avocat en vue du recouvrement de ses créances d'honoraires, in SJ 2020 II 29, p. 41.

<sup>40</sup> ATF 122 IV 322 = JdT 1998 IV p. 109.