

CONVENTION DE MANDAT ET INFORMATIQUE – QUELS SONT LES POINTS À RÉGLER?

WOLFGANG STRAUB*

Dr en droit, LL.M., avocat à Berne, membre du comité de la FSA pour les nouvelles technologies.

Mots-clés: conventions de mandat, chiffrement du courrier électronique, dossier électronique des clients, externalisation de l'informatique, protection des données

La communication électronique entre l'avocat et le client, ainsi que la tenue de dossiers électroniques, soulèvent des questions qui devraient être réglées dans une convention de mandat. Un modèle sera présenté ci-dessous. Comme l'exemple est aussi utile en italien et en anglais, la présente contribution sera aussi publiée dans ces deux langues dans le prochain numéro de la Revue de l'Avocat.

I. Introduction

1. Objectif de la convention proposée

Dans mon dernier article¹, j'avais proposé de clarifier, dans les relations de mandat, les questions liées à l'utilisation de l'informatique par l'avocat (notamment le chiffrement du courrier électronique). A quoi pourrait concrètement ressembler une convention de mandat?

Certains Ordres cantonaux ont préparé, à l'attention de leurs membres, des modèles de convention² dont l'accent porte essentiellement sur la question des honoraires³. Le texte que je proposerai mettra également en évidence les questions liées à l'informatique (notamment le courrier électronique, ainsi que la tenue et l'archivage de dossiers électroniques). La convention sera présentée intégralement afin de replacer ces éléments informatiques dans le contexte global du mandat⁴.

2. Contrat de mandat et procuration

La relation contractuelle qui lie l'avocat et son client repose en principe sur les règles du mandat⁵. La loi ne prévoit pas de forme particulière (art. 11 CO), de sorte qu'il peut également être conclu oralement. Le client considère souvent que l'objet du contrat est défini dans la procuration qu'il signe et remet à son avocat. Or, les procurations sont plutôt destinées aux tiers, tribunaux, cocontractants ou parties adverses. La description de l'affaire dans la procuration permet toutefois de cerner le cadre général du mandat.

Les formulaires de procuration proposés par les Ordres cantonaux intègrent souvent des dispositions qui clarifient les relations internes entre l'avocat et son client (dans le formulaire de l'Association des avocats bernois, p.ex., l'obligation de verser une provision). L'objet du contrat n'est toutefois réglé que succinctement. Les dispositions légales qui agrémentent la procuration (CO, LLCA, LPD) ne peuvent elles aussi couvrir que partiellement le cadre du mandat. Il paraît dès lors judicieux de

transcrire dans une convention les obligations et droits essentiels, ainsi que les processus de communication

Traduction libre de l'article intitulé «*Mandatsvereinbarungen und IT – was ist zu regeln?*».

- * Pour leurs suggestions et leurs précieux commentaires, je remercie tout particulièrement STEPHAN BEUTLER, GEORGES CHANSON, CHRISTOPH GASSER, PATRICK MIDDENDORF, STEPHAN ROTHENBÜHLER, PATRICK SALZMANN, RALPH SCHLOSSER, JÜRIG SCHNEIDER, ROBERTO VALSANGIACOMO et FRIDOLIN WALTHER.
- 1 WOLFGANG STRAUB, «*Clic informatique*»: qu'apportent l'informatique et les nouvelles technologies dans les études d'avocats?, Revue de l'avocat 11-12/2012, pp. 516 à 520 et 1/2013, pp. 27 à 33.
- 2 L'Ordre des avocats de Lucerne a mis en ligne un modèle de convention (<http://www.lav.ch/dateien/Auftrag.doc>). Celui de l'Ordre des avocats de Zurich peut être demandé au secrétariat.
- 3 Le modèle proposé ci-dessous se réfère à une rémunération calculée d'après le temps consacré à l'affaire (selon un taux horaire). L'admissibilité d'une prime en cas de succès a longtemps été controversée en droit suisse. Tant Lucerne que Zurich présentent aujourd'hui un modèle qui se réfère non seulement à un taux horaire, mais aussi à une prime en cas de succès. A mon avis, les réflexions sur la prime en cas de succès s'appliquent par analogie à l'éventualité (certes, plutôt rare) où les dépens prononcés par le tribunal sont plus élevés que le taux conventionnel. A première vue, le modèle selon lequel l'avocat peut toujours se prévaloir du montant le plus élevé semble inapproprié. Cependant, le *pactum de palmario* peut aussi conduire à une baisse du taux horaire de base. Pour les relations entre le taux horaire de base et la prime en cas de succès, voir également http://www.bgfa.ch/de/02_rechtsprechung/05_standesregeln.htm?eintrag_id=722.
- 4 Le texte de ce modèle peut également être téléchargé au format Word sous <http://www.advobern.ch>. Les éventuelles modifications de la version en ligne par rapport à la présente version demeurent réservées.
- 5 Le modèle publié ci-dessous se réfère lui aussi au contrat de mandat. Les règles du contrat d'entreprise peuvent toutefois s'appliquer à certaines activités de l'avocat (comme la rédaction de conditions générales d'après les instructions du client). Voir à ce sujet FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 2535 ss.

et de collaboration entre l'avocat et le client, ne serait-ce que pour des raisons de transparence pour les deux parties.

3. Nécessité d'adapter le modèle au cas particulier

Le texte proposé ci-dessous s'inspire de la convention utilisée au sein de notre étude. Il se réfère donc à des processus de travail qui nous sont propres (en particulier pour la tenue et l'archivage des dossiers électroniques), avec pour corollaire que le modèle devra être adapté par l'avocat qui souhaite l'utiliser, en tenant compte de l'ensemble des circonstances qui régissent son affaire.

Pour la formulation, nous nous sommes efforcés, d'une manière générale, de contribuer à la transparence et au bon équilibre contractuel : à dessein, la convention ne contient par exemple pas de limitation ou d'exclusion de responsabilité⁶. Le texte ne prétend ni à l'exhaustivité ni à la résolution de tous les points qui pourraient ou devraient être réglés dans une convention de mandat.

Eu égard à la diversité des mandats que l'avocat peut exécuter dans sa profession (représentations d'office, expertises, gestion immobilière, conseils d'administration, ...), il n'est guère possible d'ébaucher un texte qui puisse d'emblée répondre à toutes les éventualités. Le modèle présenté ci-dessous est surtout conçu pour des mandats de procédures ou de conseil. En outre, il s'applique à un avocat qui exerce avec des associés dans une étude à partage des frais généraux. Lorsque l'étude est

une personne morale, p. ex. une société anonyme d'avocats, le texte devra être adapté en conséquence.

4. Relations internationales

Le modèle proposé contient une clause d'élection de droit et de juridiction. Lorsqu'il s'agit de relations internationales, il n'est pas exclu que surgisse un conflit entre le droit suisse et les normes impératives de l'Etat qui s'estime compétent (p. ex. en matière de droit des consommateurs⁷, de la protection des données, ...). Ces conflits ne peuvent être résolus dans un modèle de convention standard, dès lors qu'il est impossible de prévoir à l'avance le lieu et le moment auxquels se rattachera la convention. La question de la validité d'une élection de droit ou de juridiction doit donc toujours être appréciée dans le cas concret.

⁶ Les limitations ou exclusions de responsabilité inscrites dans les conventions de mandat sont problématiques au regard de l'art. 12 let. a LLCA. Voir à ce sujet la décision nuancée de l'autorité de surveillance des avocats zurichois du 5 juillet 2007, ZR 106/2007, pp. 309 à 312.

⁷ Selon l'opinion défendue ici, les mandats exécutés par l'avocat ne tombent pas, en droit suisse, sous la notion de «contrats conclus avec des consommateurs» telle qu'elle est définie à l'art. 32 al. 2 CPC, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une prestation de «consommation courante». Voir à ce sujet l'arrêt de la Cour suprême du canton de Berne du 24 août 2009, APH 09 30, c. 3, et du Tribunal cantonal de Saint-Gall du 13 février 2007, BZ.2007.68, c. III.

II. Modèle

Contrat de mandat

entre

[Société ou prénom, nom et adresse du client], ci-après «**Client**»

et

[Prénom et nom de l'avocat, nom de l'étude et adresse], ci-après «**Avocat**»

dans le cadre de _____

1. Bases

1.1 Bases légales

Les parties sont liées par un **contrat de mandat** au sens des art. 394 ss du Code des obligations suisse (CO).

L'avocat agit conformément aux dispositions qui régissent sa profession. A ce titre, il est soumis à l'**autorité de surveillance cantonale** [désignation complète] sise à [adresse].

1.2 Bases contractuelles

Le client et l'avocat reçoivent **chacun un exemplaire** du présent contrat.

Les **mises en forme** (italique, gras, ...) n'ont d'autre but que celui de faciliter la lecture du contrat.

2. Cadre du mandat

[Brève description du mandat: son objet, ses objectifs et les éventuelles limitations (p. ex. lorsqu'il est fait appel à un avocat correspondant)]

Sauf convention contraire, les présentes dispositions s'appliquent aussi à une extension du mandat initial ou à des **mandats supplémentaires**.

L'avocat s'engage à exécuter le mandat avec soin et diligence, dans le seul intérêt du client. Le **résultat** n'est jamais garanti, en particulier l'issue favorable d'une procédure.

Sauf convention contraire, le client autorise l'avocat à **encaisser** tous paiements liés au litige, ainsi que tous dépens octroyés par le tribunal.

3. Représentation du client à l'égard des autorités, parties adverses, etc.

Lorsque l'avocat représente son client face à des tiers, il justifie son pouvoir de représentation au moyen d'une **procuration**. A ce titre, l'avocat utilise [le formulaire officiel de l'Ordre cantonal/le texte de procuration annexé].

L'avocat s'engage à ne faire usage de cette procuration que dans les cas nécessaires, y compris lorsqu'il s'agit d'une procuration générale. Hormis les cas où il y a péril en la demeure (en particulier lorsque le client n'est pas en mesure d'agir dans le délai et qu'il y a risque de forclusion), l'avocat s'engage à n'effectuer aucune démarche sans avoir préalablement consulté son client.

4. Fin du mandat

L'exécution du mandat repose sur la confiance mutuelle des parties. Le client peut en tout temps **révoquer ex nunc** le mandat et toute procuration y relative.

L'avocat **peut lui aussi répudier** le contrat (voir le ch. 9.1 pour la rémunération des services accomplis jusqu'à la répudiation). Il évitera, dans la mesure du possible, de résilier en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO). Il n'y a pas de résiliation en temps inopportun lorsque le client ne donne pas suite aux demandes de provisions et que l'avocat répudie le mandat pour ce motif (voir le ch. 9.2 en corrélation avec le ch. 9.3).

5. Devoir mutuel d'information

5.1 Du côté de l'avocat

Le client peut en tout temps demander une information complète sur l'**évolution de son mandat**. L'avocat discute préalablement avec le client de la correspondance importante et des mémoires qu'il entend expédier. Il oriente spontanément son client sur le résultat des négociations qu'il a menées et l'informe de la correspondance reçue ou envoyée en lui adressant une copie par e-mail (voir à ce sujet le ch. 6.2), fax ou courrier postal.

L'avocat oriente son client sur les **aspects juridiques** les plus importants du mandat. Au terme de celui-ci, l'avocat n'a cependant pas d'obligation d'informer son client sur l'évolution du droit (nouvelle législation, changement de jurisprudence ou de pratique administrative,...).

Dans l'esprit d'un échange d'informations, le client, en cas d'incertitude, doit **spontanément demander des explications** à l'avocat ou lui communiquer son éventuelle insatisfaction quant à l'exécution du mandat.

Lorsque le client ne donne pas d'instructions contraignantes particulières et que l'ensemble des circonstances montrent que telle n'était manifestement pas l'intention du client, l'avocat peut échanger des informations sur le mandat avec des **collaborateurs ou des conseillers externes du client**, ainsi qu'avec des tiers qui fournissent leurs services dans le cadre du mandat (ch. 8).

5.2 Du côté du client

Pour que l'avocat soit en mesure d'exécuter son mandat en toute connaissance de cause, le client a l'obligation de lui donner des **informations complètes et exactes**, y compris lorsque la situation a évolué en cours de mandat. L'avocat est par ailleurs tributaire du fait que son client lui livre à temps l'ensemble des documents nécessaires à l'accomplissement du mandat. L'avocat part du principe que les informations données par son client sont correctes.

Lorsque, au cours d'affaires précédentes, le client a déjà donné à d'autres personnes travaillant au sein de l'étude des informations qui pourraient s'avérer utiles au présent mandat, il doit en aviser l'avocat.

6. Communication électronique

6.1 Risques

La transmission d'informations par voie électronique (courrier électronique, fax, applications sur Internet, ...) comporte généralement des risques, en particulier le fait qu'un tiers non autorisé puisse **prendre connaissance des données transmises ou en faire une utilisation abusive**, ou encore que le transfert des informations soit défectueux. Une transmission chiffrée permet de réduire ces risques, p. ex. en chiffrant les pièces jointes à l'e-mail ou en utilisant une plateforme de messagerie sécurisée.

6.2 Communication dans le cadre du présent mandat

Lorsque les informations liées au présent mandat ne doivent être transmises que par le biais d'un transfert de données chiffrées, la *procédure de chiffrement* suivante sera appliquée:

[Le mot de passe initial est le suivant: _____]

Le client s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires à la sécurité des mots de passe et des données d'accès.

Lorsque les parties n'ont pas défini de procédure de chiffrement (cf. ci-dessus), le client autorise explicitement l'avocat à utiliser un transfert des données non chiffré, en toute connaissance des risques liés à cette manière de communiquer.

Ces instructions peuvent être modifiées en tout temps par le client. Pour éviter tout malentendu, le changement devra être communiqué par écrit à l'avocat.

6.3 Facturation des frais supplémentaires

Les éventuels **frais** découlant de la transmission chiffrée (en particulier les coûts facturés par les plateformes de messagerie sécurisée) peuvent faire l'objet d'une facturation supplémentaire pour le client, s'ajoutant ainsi aux frais forfaitaires définis au ch. 9.4.

Lorsque le chiffrement des données génère un **temps de travail supplémentaire** pour l'avocat, le taux horaire défini au ch. 9.1 s'applique.

7. Tenue des dossiers

Dans l'accomplissement de son mandat, l'avocat décide librement de la manière dont il tiendra ses dossiers. Il peut ainsi, en plus ou en remplacement des dossiers au format papier, créer des **dossiers électroniques**. Ceux-ci contiennent notamment les adresses, toutes les données liées aux prestations, le courrier électronique, ainsi que la copie de toutes les pièces entrant ou sortant de l'étude. Ces dossiers électroniques sont accessibles à tout collaborateur de l'étude.

Les **pièces originales** (décisions judiciaires, contrats, courrier postal adressé à l'avocat) sont en règle générale directement remises au client. L'avocat transmet à son client une copie électronique de la correspondance (voir également à ce sujet le ch. 6.1). Le client peut aussi demander que ces copies lui parviennent au format papier. Le client est seul responsable de la conservation des documents originaux qui lui ont été remis par l'avocat. Après réception de ces documents, le client ne peut plus exiger la tenue ou l'archivage des dossiers.

Pour rester en conformité avec ses obligations comptables et de conservation des pièces (en particulier à l'égard de l'administration fiscale), l'avocat conserve certains documents (p. ex. les notes d'honoraires) pendant une durée habituelle de 10 ans dès la fin du mandat. Pour être en mesure de répondre à certaines questions venant sur le tard, l'avocat est également en droit de conserver tout ou partie des dossiers durant une période plus longue. Si l'avocat cesse de pratiquer, il peut confier tous ses dossiers (électroniques ou au format papier) aux associés de l'étude ou à l'Ordre cantonal.

L'avocat peut externaliser la maintenance ou l'**exploitation de ses systèmes informatiques**. **Par la signature du présent contrat, le client donne son accord à une éventuelle externalisation des données**. L'avocat doit, quant à lui, s'assurer que toutes ses obligations professionnelles et la protection des données sont respectées en permanence. Lorsque des tiers et leurs collaborateurs engagés dans une externalisation sont susceptibles d'accéder aux données du client, ils doivent préalablement s'engager auprès de l'avocat à en garder le secret en tout temps.

8. Participation d'autres collaborateurs de l'étude

L'avocat exerce sa profession avec d'autres avocats dans une infrastructure et sous une raison sociale communes. En revanche, chaque avocat est seul responsable de l'exécution du mandat qui lui est confié par un client. Les autres avocats n'endossent une **responsabilité à l'égard du client** que s'ils sont eux-mêmes à l'origine d'un dommage survenant dans un cas particulier.

Au cours du mandat, l'avocat peut **faire appel à des collaborateurs de l'étude** (en particulier des associés, des collaborateurs juridiques ou le secrétariat). Il reste toutefois responsable de leurs actes. Sauf convention contraire pour des cas particuliers, la note d'honoraires est toujours établie au nom de l'avocat.

Après consentement préalable du client, l'avocat peut aussi faire appel à des **spécialistes externes** (en prenant notamment contact avec un avocat correspondant suisse ou étranger, ainsi que d'autres experts). Sauf convention contraire expresse, les mandats y relatifs sont donnés au nom et pour le compte du client.

En cas d'absence, l'avocat peut se faire représenter par ses collaborateurs ou ses associés (y compris les collaborateurs de ces derniers). Ces personnes **sont légitimées à signer au nom du client les éventuels documents nécessaires à l'exécution du mandat** (notamment les mémoires à faire parvenir aux autorités dans un certain délai). Leur pouvoir de représentation est toutefois limité à celui de l'avocat.

9. Honoraires et frais

9.1 Honoraires

Les honoraires de l'avocat sont calculés selon le temps effectif consacré à l'affaire. Les parties conviennent des **taux horaires** suivants (TVA en sus): _____

Lorsque le mandat s'étend sur plusieurs années, l'avocat conserve le droit d'**ajuster les taux horaires** initialement convenus. Les nouveaux taux sont déterminés d'un commun accord.

Le **travail effectué par le secrétariat** n'est en principe pas facturé. Font exception les travaux administratifs particulièrement importants ou complexes à effectuer dans un cas particulier, pour lesquels une facturation séparée devra préalablement être convenue avec le client.

En cas de **résiliation du mandat**, l'avocat est en droit de facturer les prestations fournies jusqu'à la date de résiliation. En outre, toutes les démarches à effectuer en raison de la fin du mandat (p. ex. informer les tribunaux et les parties de la résiliation, la constitution d'un dossier pour le nouvel avocat) sont facturées selon les taux prévus au ch. 9.1.

9.2 Provisions

L'avocat peut en tout temps exiger des **provisions** (pour des prestations futures ou déjà réalisées partiellement). Ces provisions ne portent pas intérêts.

L'avocat peut **établir un décompte** détaillé des prestations et des paiements effectués (provisions et év. paiements de tiers selon ch. 9.7) périodiquement ou après la fin du mandat. Le client peut à tout moment demander une facture intermédiaire.

9.3 Facturation

Le temps de travail est **saisi** de manière détaillée par tranches de 0,1 heures. Le client peut à tout moment demander un décompte des prestations déjà fournies par l'avocat.

L'avocat est en droit de facturer les prestations fournies sur une base mensuelle et de faire parvenir au client des **factures intermédiaires**.

Les factures (intermédiaires et finales) sont – sauf convention contraire explicite – exigibles et payables **dans les 30 jours** suivant la date de la facture. Quant aux **provisions, elles doivent être payées dans les 10 jours**. Pour faciliter l'identification du paiement, le client utilisera le numéro de référence mentionné sur le BVR.

Aux honoraires et frais s'ajoute la **TVA**, calculée selon le taux légal en vigueur.

9.4 Frais

Au tarif horaire s'ajoute également le remboursement des frais générés par l'exécution du mandat. Le remboursement des frais **se calcule en principe forfaitairement par un taux de ____% appliqué au montant des honoraires**. Ce taux comprend les frais de télécommunication, les photocopies et les frais postaux.

En présence de normes impératives s'opposant à un décompte forfaitaire (en particulier si le client bénéficie de l'assistance judiciaire), les frais seront calculés au **prix effectif**. Dans ce cas, sous réserve de droit impératif contraire, les frais seront facturés comme suit au client: _____

Le **temps de déplacement** – pour autant qu'il ne soit pas utilisé à d'autres fins – compte comme temps de travail. Les frais de déplacement sont calculés selon les taux suivants: _____

Les **émoluments** judiciaires ou administratifs et autres frais de tiers qui incombent au client ne doivent pas être avancés par l'avocat, même si la facture est adressée à son nom. Si l'avocat effectue l'avance des frais, il est en droit d'en réclamer le remboursement intégral auprès du client.

9.5 Dépens

Le remboursement des frais d'avocat, en cas d'adjudication des conclusions par le juge, est réglé par la loi. Cependant, à l'égard du client, la convention d'honoraires est seule pertinente (ch. 9.1). Lorsque les **dépens alloués sont inférieurs aux honoraires prévus par la présente convention** (notamment pour un travail important reposant sur une faible valeur litigieuse), l'avocat est en droit d'exiger la différence, sous réserve des dispositions impératives concernant l'assistance judiciaire.

En revanche, si les **dépens sont supérieurs** à ce qui a été convenu avec le client, l'avocat peut se prévaloir de l'intégralité du montant alloué par le juge.

9.6 Assurance de protection juridique

Si le client est assuré en protection juridique, il informe l'avocat de la couverture dont il bénéficie. **Le client autorise explicitement l'avocat à fournir à l'assurance des informations orales ou écrites sur le mandat**. L'avocat oriente le client sur la correspondance échangée avec l'assurance, ainsi que sur les paiements effectués par celle-ci.

Dans la mesure où l'assurance a garanti sa couverture jusqu'à un certain montant, l'avocat est en droit de facturer ses honoraires et ses frais **directement à l'assurance**. Pour le cas où le montant garanti par l'assurance se situe au-dessous ou au-delà du montant prévu par la présente convention, le ch. 9.5 s'applique par analogie.

9.7 Avoirs de clients

Les montants que l'avocat reçoit pour le client sont déposés sur un **compte avoirs de clients**. Il s'agit d'un compte commun pour les avoirs de tous les clients de l'avocat. Les sommes qui y transitent sont gérées de manière totalement distincte des avoirs privés de l'avocat. Celui-ci informe le client sur les versements qui le concernent.

Les avoirs de clients – sauf convention contraire explicite – ne portent pas intérêts. Lorsque le client souhaite disposer de ses avoirs, l'avocat les lui transfère immédiatement. L'avocat est toutefois en droit de **compenser** ses honoraires et ses frais.

10. For et droit applicable

La présente convention est régie exclusivement par le **droit suisse**.

Par sa signature, le client reconnaît le siège de l'étude de l'avocat à ____ comme **for exclusif**, sous réserve de droit impératif contraire.

Signatures

Si le client est une personne morale, le(s) soussigné(s) certifie(nt) disposer des droits de signatures nécessaires pour valablement représenter cette personne morale. Il(s) s'engage(nt) à informer immédiatement l'avocat d'une éventuelle radiation de sa/leur signature.

Lieu et date: _____

L'avocat: _____

Lieu et date: _____

Le client: _____

[Nom et fonction des éventuels représentants autorisés à signer]