

zione del diritto, in: La Convenzione di Lugano nella pratica forense e nel suo divenire, Atti delle giornate di studio del 3e 4 giugno 2002, CFPG Collana rossa vol. 30, 2004, pag. 1–23, part. pto. III.6 pag. 5–6, che solleva gli argomenti menzionati nel citato Messaggio per la predetta riserva proposta dal Consiglio federale all'art. 34 n. 2 CL; cfr. anche la decisione IX ZB 2/03 del Bundesgerichtshof tedesco del 22 luglio 2004 «<http://www.bundesgerichtshof.de>»).

3.5 La posizione del Tribunale di appello, che ha riconosciuto una decisione estera facente seguito ad un atto introduttivo irritantemente notificato in Svizzera per via postale diretta, appare, in conclusione, in contrasto con la dottrina largamente maggioritaria e con l'inequivocabile giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. Nella misura in cui essa possa prestare il fianco a malintesi, pure la giurisprudenza del Tribunale federale va intesa nel senso che l'intimazione postale diretta della domanda giudiziale al convenuto viola insanabilmente l'art. 27 n. 2 CL in combinazione con la riserva svizzera all'art. 10 lett. a CLA65, indipendentemente dal fatto che l'irrita notificazione abbia causato al convenuto un qualsivoglia pregiudizio concreto; sotto l'ovvia riserva della incondizionata costituzione in giudizio.

IX. Beweisrecht – Preuves – Prove

Urkunde – Titre – Documento

(857) Extrait de l'arrêt de la I^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans la cause A.X. contre Y. (recours en matière civile) 4A_15/2009 du 15 septembre 2009; ATF 135 III 597

Art. 400 al. 1 CO; 321 CP; 13 LLCA; Reddition de compte; secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'héritière du client

Le droit à la reddition de compte subsiste après la fin du mandat et il se transmet aux héritiers du mandant. Cependant, le secret professionnel de l'avocat est opposable aux héritiers du client. Ce secret fait échec à l'action en reddition de compte fondée sur l'art. 400 al. 1 CO, lorsque celle-ci est intentée par les héritiers du client et qu'elle porte sur des renseignements que l'avocat recherché avait recueillis dans son activité professionnelle spécifique. Même délié du secret professionnel, l'avocat demeure entièrement libre de se taire.

Art. 400 Abs. 1 OR; 321 StGB; 13 BGFA; Rechenschaftsablegung; Anwaltsgeheimnis gegenüber den Erben des Klienten

Das Recht auf Rechenschaftsablegung überdauert die Beendigung des Auftrages und geht auf die Erben des Auftraggebers über. Indessen steht das Anwaltsge-

heimnis einem Gesuch der Erben auf Rechenschaftsablegung gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR insofern entgegen, als es Informationen zum Gegenstand hat, welche der Anwalt im Rahmen seiner spezifisch anwaltlichen Tätigkeit erlangt hatte. Selbst wenn er vom Berufsgeheimnis entbunden wird, ist es dem Anwalt unbenommen zu schweigen.

Art. 400 cpv. 1 CO; 321 CP; 13 LLCA; Rendiconto; segreto professionale dell'avvocato nei confronti dell'erede del cliente

Il diritto al rendiconto sussiste dopo la fine del mandato e si trasmette agli eredi del mandante. Tuttavia, il segreto professionale dell'avvocato è opponibile agli eredi del cliente. Questo segreto ostacola l'azione in rendiconto fondata sull'art. 400 cpv. 1 CO quando essa è introdotta dagli eredi del cliente e riguarda delle richieste d'informazione che l'avvocato convenuto aveva raccolto nel quadro della sua attività professionale specifica. Anche se è stato svincolato dal segreto professionale l'avvocato resta libero di tacere.

3. L'art. 400 al. 1 CO oblige le mandataire à rendre compte de sa gestion au mandant, en tout temps et à la demande de celui-ci, et de lui restituer tout ce qu'il a reçu du chef de cette gestion, à quel que titre que ce soit. La demanderesse fait valoir qu'elle a succédé à son père dans tous ses droits de mandant envers le défendeur, et elle fonde sa demande de renseignements et de documents sur cette disposition. Le droit de tout héritier d'exiger des renseignements sur les biens de la succession, consacré par la jurisprudence relative aux art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC (ATF 132 III 677 consid. 4 p. 684), est présentement hors de cause car les successions des époux X. ne sont pas soumises au droit suisse.

3.1 En règle générale, selon l'art. 402 al. 1 CO, le mandat se termine à la mort du mandant. La demanderesse a de plus révoqué, comme le permet l'art. 401 al. 1 CO, celui confié par son père au défendeur. Néanmoins, le droit à la reddition de compte subsiste après la fin du mandat et il se transmet aux héritiers du mandant (ATF 133 III 664 consid. 2.5 p. 667). Les précédents juges ont en principe reconnu ce droit à la demanderesse, et ils ont partiellement admis ses prétentions; ce point n'est plus litigieux. En l'état de la contestation, il est seulement nécessaire de déterminer si le secret professionnel de l'avocat est opposable à l'héritière du client décédé, et justifie de retrancher, de l'ensemble des renseignements et documents relatifs au mandat, ceux couverts par ce secret.

Le Tribunal fédéral a depuis longtemps jugé que les banquiers ne peuvent pas opposer le secret bancaire aux héritiers de leurs clients passés de vie à trépas, parce que ces héritiers sont devenus les maîtres du secret (ATF 82 II 555 consid. 7 p. 567; 133 III 664 consid. 2.5). Le droit aux renseignements porte au minimum sur tout ce qui concerne le patrimoine du client disparu; le banquier est autorisé à retenir les renseignements strictement personnels qui lui étaient

éventuellement confiés (ATF 133 III 664 consid. 2.5; voir aussi ATF 74 I 485 consid. 2 p. 493; 89 II 87 consid. 6 p. 93). La demanderesse se réfère à ces principes; selon son argumentation, ils doivent être transposés sans changement au secret professionnel de l'avocat.

3.2 Selon l'opinion la plus répandue en doctrine, le secret professionnel de l'avocat est pleinement opposable aux héritiers du client décédé; l'autorité de surveillance compétente peut éventuellement le lever et l'avocat est alors libre, s'il trouve cela convenable, de fournir des renseignements aux héritiers. Les auteurs expliquent parfois que, de son vivant, le client avait le droit de délier l'avocat de son secret professionnel, que ce droit était strictement personnel et qu'il ne s'est donc pas transmis aux héritiers (FRANÇOIS BOHNET et VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, p. 782, n^{os} 1919 à 1921; HANS VEST, in Stefan Trechsel et al., *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 2008, p. 1333/1334, n^o 28 ad art. 321 CP; WALTER FELLMANN, in *Kommentar zum Anwalts-gesetz*, 2005, n^o 73 ad art. 13 LLCA; GIOVANNI TESTA, *Die zivil- und standes-rechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten*, 2001, p. 147 let. c et p. 149 in initio; CHRISTIAN FAVRE et PATRICK STAUDMANN, *Le secret professionnel de l'avocat et ses limites*, in *L'avocat moderne*, 1998, p. 305; LORENZ ERNI, *Anwaltsgeheimnis und Strafverfahren*, in *Das Anwaltsgeheimnis* n^o 4, 1997, p. 15 n^o 29; LELIO VIELI, *Der Anwalt als Partei im Zivilrecht*, in *Das Anwaltsgeheimnis* n^o 2, 1994, p. 47 in medio et p. 61 let. dd; JÜRIG BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, 1983, p. 104; PAUL WEGMANN, *Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts*, 1969, p. 171).

Certains auteurs consacrent une mention particulière aux circonstances éventuellement connues de l'avocat et propres à intéresser personnellement les héritiers, telles que les dispositions à cause de mort prises par le défunt, les biens de la succession et les dettes qui la grèvent. Selon l'une de ces contributions, ces éléments ne sont pas couverts par le secret professionnel à l'encontre des héritiers, et ceux-ci ont donc le droit d'être renseignés (BERNARD CORBOZ, *Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP*, SJ 1993 p. 92). Selon les autres études, l'intérêt des héritiers justifie seulement que l'autorité de surveillance, si l'avocat l'en requiert, autorise la communication de ces mêmes éléments (BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, n^o 1919, avec référence à la jurisprudence de divers cantons; VEST, *loc. cit.*; WEGMANN, *op. cit.*, p. 174). On envisage parfois que les héritiers puissent s'adresser eux-mêmes à l'autorité de surveillance (BOHNET/MARTENET, *ibid.*; opinion contraire: BERNARD BERTOSSA, *Le secret professionnel de l'avocat*, SJ 1981 p. 322 ch. 2), mais nul ne met en doute que l'avocat, même délié du secret professionnel, demeure libre de se taire entièrement. Enfin, selon un avis isolé, les héritiers du client ont le droit de tout apprendre, sans aucune restriction, du mandat auparavant confié à l'avocat (GEORG GAUTSCHI, in *Commentaire bernois*, 1971, n^o 16d ad art. 398 CO).

3.3 Tout mandataire assume, même s'il ne l'a pas expressément promis, une obligation de garder le silence sur les faits dont la divulgation pourrait être préjudiciable au mandant (FELLMANN, in Commentaire bernois, 1992, n^{os} 42 et 43, 63 et 64 ad art. 398 CO). Celui-ci est donc en droit d'exiger du mandataire qu'il lui rende compte de sa gestion et, simultanément, qu'il garde le silence envers les tiers. Ces deux prétentions coexistent et, au décès du mandant, elles passent l'une et l'autre aux héritiers (sur la transmission du droit au silence: FELLMANN, Commentaire bernois, n^o 80 ad art. 398 CO). Le mandataire ne saurait donc, après la disparition du mandant, opposer l'obligation de garder le silence à celle de rendre compte aux héritiers; il est au contraire le débiteur de ces deux obligations.


L'avocat est en outre soumis au secret professionnel selon les art. 321 CP et 13 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61). Selon cette première disposition, une violation du secret professionnel engage la responsabilité pénale de l'avocat. A la différence de l'obligation contractuelle de garder le silence, le secret professionnel ne couvre pas toutes les affaires que l'avocat s'est chargé de gérer; il porte seulement sur ce qui relève de l'activité professionnelle spécifique d'un avocat, et d'autres services qui pourraient aussi être fournis par des gérants de fortune, des fiduciaires ou des banquiers, tels que l'administration de sociétés et la gestion de fortune ou de fonds, en sont exclus (ATF 112 Ib 606; voir aussi ATF 132 II 103 consid. 2.1 p. 105; 120 Ib 112 consid. 4 p. 119). La Commission du barreau a dûment souligné cette délimitation.

Par rapport à l'obligation contractuelle de garder le silence, le secret professionnel se distingue sur un autre point encore, essentiel dans la présente affaire: aux termes de l'art. 321 ch.2 CP, la révélation de faits couverts par le secret n'est licite que dans deux éventualités strictement définies, réalisées lorsque l'avocat a fait la révélation avec le consentement du client, ou lorsque, sur proposition de l'avocat, l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit. L'art. 321 ch. 3 CP réserve une hypothétique législation fédérale ou cantonale qui obligerait l'avocat à témoigner en justice ou à renseigner des autorités. Ainsi, au regard de l'art. 321 CP, les héritiers du client ne jouissent d'aucune prérogative particulière; ils demeurent étrangers à la relation ayant existé entre l'avocat et le client décédé, et ce conseil est tenu, sauf à encourir une sanction pénale s'il subsiste un lésé susceptible de déposer plainte, de leur opposer le secret professionnel. Sous menace des sanctions disciplinaires prévues par l'art. 17 LLCA, l'art. 13 LLCA oblige aussi l'avocat à observer le secret professionnel à l'encontre des tiers, sans limitation dans le temps, c'est-à-dire aussi à l'encontre de l'héritier du client. Cette dernière disposition précise textuellement que même s'il est délié du secret professionnel, l'avocat n'est pas tenu de révéler les faits concernés.

3.4 Le secret professionnel de l'avocat est donc institué et régi par des dispositions particulières de droit fédéral, édictées dans l'intérêt général parce que ce secret est un élément important de la protection de l'ordre juridique et de l'accès à la justice (BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 744 n^{os} 1804 à 1807; FELLMANN,

Anwaltsgesetz, n° 4 ad art. 13 LLCA; voir aussi WALTER SCHLUEP, *Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat*, in *Das Anwaltsgeheimnis* n° 1, 1994, p. 37 n° 44 et 45, p. 51 n° 63). Ces dispositions particulières priment les règles générales concernant le contrat de mandat, en tant qu'elles ne concordent pas entièrement avec ces dernières. Il s'ensuit que, conformément à l'opinion de la doctrine presque unanime, le secret professionnel est opposable aux héritiers du client. En particulier, ce secret fait échec à l'action en reddition de compte fondée sur l'art. 400 al. 1 CO, lorsque celle-ci est intentée par les héritiers du client et qu'elle porte sur des renseignements que l'avocat recherché avait recueillis dans son activité professionnelle spécifique.

La demanderesse ne met pas en doute que les précédents juges aient correctement distingué, parmi les services fournis à son père par le défendeur, entre ce qui relevait de l'activité professionnelle spécifique d'un avocat et ce qui relevait d'autres activités. Pour le surplus, le défendeur n'a pas obtenu d'être délié du secret professionnel, et de toute manière, il était en droit de refuser les informations et documents demandés. La décision présentement attaquée, rejetant partiellement l'action en reddition de compte, est donc conforme au droit fédéral.

Note François Bohnet (Cas du trimestre), Héritiers et secret professionnel de l'avocat 

La confiance placée par le client dans son avocat est essentielle pour l'accomplissement de ses tâches. Si le client ne peut pas se fier entièrement à son mandataire, il ne l'informerait pas de tout ce qui a de l'importance, et son avocat ne pourra pas lui fournir des conseils parfaitement avisés. Assuré du fait que son avocat ne peut être contraint par une autorité – le cas échéant sur requête d'un tiers – de révéler les faits qui lui ont été confiés, le client peut lui présenter ouvertement sa situation et bénéficier pleinement de ses services. Le secret professionnel, tel qu'il est garanti par les articles 321 CP et 13 LLCA, est ainsi un élément central dans la consécration effective des droits matériels du justiciable¹.

Le secret professionnel vaut à l'égard de tout tiers, qu'il s'agisse d'un privé ou d'une autorité. L'avocat ne peut révéler à quiconque des faits soumis au secret, fût-il un proche ou un parent du client. Cependant, la portée du secret doit être distinguée suivant qu'il porte ou non sur des faits révélés à l'avocat dans le cadre de son activité spécifique. On entend par là les activités qui relèvent pour le client de l'accès au droit ou à la justice², soit en particulier la représentation et la dé-

1 Voir les importants développements de WALTER R. SCHLUEP, *Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat*, *Das Anwaltsgeheimnis*, vol. 1, Zurich 1994, 16 N 13, 37 N 44, 58 N 70, 71–76.

2 JEAN-PIERRE GROSS, *Le secret professionnel de l'avocat*, in *Il segreto professionale dell'avvocato e del notaio: atti del pomeriggio di studio del 24 marzo 2003*, Lugano/Bâle/Genève 2003, 12.

fense en justice, ainsi que le conseil. Pour ces activités, l'avocat ne peut être contraint de témoigner en justice ou de produire des documents, même s'il a été délié par son client (art. 13 LLCA). En revanche, pour les activités étrangères au mandat d'avocat au sens strict, qu'elles soient privées, politiques, commerciales ou sociales, le Tribunal fédéral rappelle dans l'arrêté commenté que le secret n'a qu'une portée conventionnelle (*obligation contractuelle de garder le silence*; art. 398 CO) et ne peut être opposé aux autorités.

Il va de soi que l'avocat peut, quel que soit le cadre dans lequel les confidences lui ont été faites, les révéler à un tiers lorsqu'il y a été autorisé par son client, le cas échéant de manière implicite³. Si le client vient à chaque entretien portant sur la planification de sa succession avec son conjoint, l'avocat pourra, sauf cas particulier, partir du principe qu'il est en droit de discuter au téléphone avec celui-ci sur des points évoqués lors des entretiens. La prudence est toutefois de mise, et l'avocat serait bien inspiré de demander quelles informations il est en droit de fournir au(x) tiers.

La situation se complique en cas de décès du client. Le Tribunal fédéral rappelle justement que le secret professionnel au sens des articles 321 CP et 13 LLCA est opposable à ses héritiers et que celui-ci fait échec à l'action en reddition de compte intentée par ceux-ci et fondée sur l'article 400 al. 1 CO. L'avocat peut informer les héritiers sur des faits couverts par les articles 321 CP et 13 LLCA lorsqu'il y a été autorisé par son client, le cas échéant de manière implicite. Etablir l'existence d'une levée implicite n'est certes pas aisé. Il nous paraît à tout le moins que l'avocat devrait pouvoir fournir les renseignements que son client aurait manifestement souhaité donner à ses héritiers. En particulier, il faut retenir que l'avocat peut informer de manière détaillée les héritiers sur les procès en cours⁴, sous réserve des éléments que le client n'aurait manifestement pas souhaité voir révélés à ses héritiers. Si en revanche l'avocat peut considérer que les faits n'auraient pas été révélés par le client, il demeure soumis au secret les concernant. Le Tribunal fédéral ne suit pas l'avis apparemment isolé de CORBOZ qui considérerait que le secret ne peut pas être opposé aux héritiers lorsque ceux-ci ont intérêt à obtenir les informations couvertes par le secret (dispositions à cause de mort prises par le défunt; détermination des biens de la succession et des dettes qui la grèvent). A notre sens, et le Tribunal fédéral semble prêt à l'admettre, si l'avocat ne peut pas, dans le cas auquel il fait face, admettre l'existence d'une levée implicite du secret, il peut requérir de l'autorité de surveillance qu'elle l'autorise à communiquer ces mêmes éléments, compte tenu d'un intérêt prépondérant des héritiers à la révélation⁵. Quant au droit des héritiers – reconnu

3 ATF 98 IV 217, consid. 2; voir FRANÇOIS BOHNET /VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1908, et les références.

4 Voir KGer SZ (23.07.1992) EGV-SZ 1992, 85 N 35, RSJ 1995 118; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1921, et les réf. à la doctrine allemande.

5 Dans ce sens, ZR 82 (1983) 35 N 15, consid. 3; EGV-SZ 1992 85 N 35, RSJ 1995 118.

par certains tribunaux⁶ – de s’adresser eux-mêmes à l’autorité de surveillance, le Tribunal fédéral n’avait pas en l’occurrence à l’examiner. De toute manière, comme le retient notre Cour suprême, l’avocat, même délié, peut refuser de révéler les faits qui lui ont été confiés. On devrait cependant admettre que l’avocat ne pourra pas se prévaloir de ce privilège lorsque son client l’avait instruit de donner telle ou telle information à un tiers après sa mort. Il ne s’agit plus alors d’une levée du secret mais bien plutôt d’un mandat *post-mortem*.

En revanche, l’avocat doit renseigner les héritiers sur les faits dont il a eu connaissance en dehors de son activité professionnelle spécifique, à moins que ceux-ci ne soient strictement personnels. Le Tribunal fédéral ne tranche certes pas expressément ce point, puisqu’il retient simplement que le mandataire est lié par ses deux obligations de discrétion et de rendre compte, mais sa jurisprudence en matière de secret bancaire, qu’il cite au passage et qui va dans ce sens, devrait s’appliquer aux activités étrangères au mandat d’avocat au sens strict. Il va de soi cependant que l’avocat refusera de donner des informations à une personne ne disposant pas du statut d’héritier, à moins là encore que le client lui ait donné mandat de la renseigner sur tels ou tels faits. Doit-il par ailleurs ne donner l’information qu’en cas de demande de tous les héritiers ou de l’exécuteur testamentaire? Oui a priori, le patrimoine du défunt entant dans leurs biens communs.

X. Prozesserledigung – Fin du procès – Fine del processo

Urteil – Jugement – Sentenza

(858) Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. X. gegen Y. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_169/2009 vom 15. Juli 2009

Art. 6 § 1 EMRK; Öffentliche Urteilsverkündung; Recht auf eine öffentliche Verhandlung (nicht gegeben bezüglich Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege)

Weder die Bundesverfassung noch die EMRK legen fest, auf welche Art und Weise die öffentliche Verkündung erfolgen muss. Insbesondere wird nicht verlangt, dass das Urteil an einer öffentlichen Verhandlung mündlich verlesen oder gar begründet wird.

6 RJN 2005 299; RJN 2005 300.