TF, 17.12.2018, 4A_313/2018

Le secret professionnel de l'avocat vaut également à l'égard des tribunaux. Un témoignage recueilli en violation de ce secret est donc vraisemblablement un moyen de preuve illicite ne pouvant être pris en compte qu'aux conditions de l'art. 152 al. 2 CPC. Le Tribunal fédéral semble également considérer que le secret professionnel de l'avocat étranger amené à témoigner dans un procès civil en Suisse au sujet d'une activité typique déployée à l'étranger pourrait être régi par le droit suisse.

Faits

Dans le cadre d'une succession ouverte en Italie, un avocat genevois et deux co-conseils italiens sont mandatés par une héritière. Celle-ci souhaite notamment agir contre l'un de ses anciens avocats, par qui elle estime avoir été lésée.

Ce dernier exerce en Italie, de sorte que le dépôt d'une plainte pénale dans ce pays est envisagé. Le projet est notamment abordé lors d'une réunion de juin 2009 entre l'héritière et ses avocats. Lors de cette réunion, un désaccord survient sur un autre point, de sorte que l'avocat genevois remet son mandat à disposition, sans réaction de l'héritière.

Peu de temps après, un journal italien rapporte que l'ancien conseil de l'héritière aurait été victime d'une tentative d'extorsion de la part de celle-ci et de son avocat genevois. En réaction, ce dernier saisit un procureur italien d'une plainte pénale dirigée contre l'avocat italien et signée en son nom propre. Il en informe l'héritière le même jour, précisant avoir agi à sa demande en référence aux discussions de juin 2009.

Deux jours plus tard, le 3 juillet 2009, l'héritière révoque le mandat confié à l'avocat genevois, notamment au motif qu'elle n'avait pas été informée du dépôt de la plainte pénale.

En définitive, le litige entre l'ancien conseil italien et l'héritière, respectivement l'avocat genevois, génère deux procédures civiles et deux procédures pénales en Suisse et en Italie. L'avocat sollicite le remboursement par l'héritière des frais engagés dans ce contexte. Celle-ci conteste devoir ces montants.

Les tribunaux genevois sont saisis d'une demande tendant au paiement du solde des frais. Dans ce contexte, le Tribunal de première instance procède notamment à l'audition de deux co-conseils italiens de l'avocat. Ce dernier est débouté en première et deuxième instance (ACJC/441/2018 du 10 avril 2018) et recourt devant le Tribunal fédéral.

Droit

Parmi les diverses questions de fait et de droit soulevées par le recourant, deux points font principalement l'objet des développements du Tribunal fédéral.

Le recourant estime tout d'abord que l'autorité de recours n'aurait pas dû écarter les témoignages de ses deux co-conseils italiens, quand bien même l'héritière ne les avait pas déliés de leur secret professionnel.

Dans un premier *obiter dictum*, le Tribunal fédéral rappelle que le secret professionnel de l'avocat vaut également à l'égard des tribunaux dans la mesure où il se fonde sur une règle de droit public. Le CPC n'institue pas une obligation de garder le silence, mais prévoit un droit de refuser de témoigner (art. 161 al. 2 CPC) et une prise en compte très limitée des moyens de preuve obtenus de manière illicite (art. 152 al. 2 CPC).

Selon une ligne doctrinale à laquelle le Tribunal fédéral semble souscrire, un témoignage recueilli en violation du secret professionnel de l'avocat tombe sous le coup de l'art. 152 CPC, et ne peut donc être pris en compte que lorsque l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant.

Dans un second *obiter dictum*, le Tribunal fédéral s'interroge sur le droit régissant la question du secret professionnel d'un avocat étranger ayant déployé une activité typique à l'étranger lorsqu'il est amené à témoigner dans un procès civil se déroulant en Suisse. Il semble ici favoriser la thèse selon laquelle le droit suisse s'appliquerait comme *lex fori*, pour des raisons de simplicité et de *ratio legis* du secret professionnel.

Ces questions sont toutefois laissées ouvertes. En effet la question de savoir si l'autorité de recours aurait dû appliquer le droit suisse pour déterminer le contenu du secret professionnel des avocats italiens est sans pertinence, puisque l'application de ce droit

aurait également conduit au rejet des prétentions du recourant. Le fait que l'autorité précédente ait considéré que le droit italien avait un contenu semblable au droit suisse n'est pas non plus critiquable, car les éléments soulevés par le recourant ne permettent pas de conclure que les droits italien et suisse donneraient une portée différente au secret professionnel dans le cas d'espèce.

Le Tribunal fédéral examine ensuite un second grief relatif à la question d'une éventuelle violation de l'art. 402 al. 1 et 2 CO. Il rappelle que, pour être remboursable au sens de cette norme, une impense doit avoir objectivement été nécessaire à l'exécution du mandat ou correspondre aux instructions du mandant. Or, en l'espèce, le recourant aurait dû s'assurer de l'accord de l'héritière après avoir remis son mandat à disposition sans obtenir de réponse. Il ne disposait donc pas des instructions indispensables. Les frais engagés par le recourant n'ayant pas leur origine dans l'exécution régulière de son mandat, ils ne sauraient pas non plus être considérés comme nécessaires à son exécution.

Partant, le Tribunal fédéral rejette le recours.

Note

L'intérêt de cet arrêt réside essentiellement dans ses *obiter dicta*. Le Tribunal fédéral y ébauche en effet des développements relatifs à plusieurs points non encore tranchés par la jurisprudence fédérale.

Premièrement, il semble considérer le témoignage d'un avocat recueilli en violation du secret professionnel comme une preuve illicite dont l'utilisation reste possible aux conditions de l'art. 152 al. 2 CPC, et non comme une preuve irrégulière ne pouvant jamais être prise en compte dans la mesure où le juge ne devrait pas l'administrer. La distinction a son importance lorsque l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant par rapport au caractère illicite de la preuve, au sens de l'art. 152 al. 2 CPC.

Secondement, le Tribunal fédéral paraît favorable à une application de la *lex fori* pour déterminer le contenu du secret professionnel d'un avocat dans le cadre d'un procès civil. Ce contenu pourrait en conséquence être librement revu par le Tribunal fédéral (art. 95 let.

a LTF), alors qu’il ne revoit en principe pas l’application du droit étranger (sous réserve de l’arbitraire et de la question, jamais tranchée, de son pouvoir de cognition lorsque la question de droit étranger a une nature préjudicielle).

Proposition de citation : Quentin Cuendet, Le secret de l’avocat étranger entendu dans le cadre d’une procédure civile en Suisse, in: https://lawinside.ch/765/