

Alain B. Lévy*

Le devoir d'information de l'avocat

Mots clés : Devoir d'information, responsabilité contractuelle, responsabilité extracontractuelle, responsabilité pénale, responsabilité disciplinaire

I. Introduction

L'avocat exerce une profession libérale et offre à ses clients des services relevant principalement de deux types: le conseil juridique et la représentation en justice. Quel que soit le type de service, la relation contractuelle entre l'avocat et le client constitue un mandat. En conséquence, le droit des obligations détermine en premier lieu les devoirs de l'avocat mandataire envers son mandant, en particulier son devoir d'information.

Le client n'a pas seulement un droit de recevoir des informations de son avocat, mais il a lui-même aussi l'obligation de lui en fournir. L'inobservation de cette obligation pourra avoir pour conséquence de modifier ou de restreindre le devoir d'information de l'avocat et le cas échéant de limiter sa responsabilité.

La profession d'avocat, à l'instar de celle de médecin, de banquier ou encore d'assureur, occupe dans la société une position particulière pour deux raisons. D'une part, la défense des droits d'un justiciable est une composante essentielle de l'Etat de droit. D'autre part, comme auxiliaire de la justice, l'avocat est en relation avec des tiers dont les intérêts sont protégés, notamment les parties adverses, les confrères, les magistrats et l'Etat lui-même. Il est donc justifié que l'exercice de la profession soit soumis à une autorisation et à un contrôle étatique, notamment au moyen de règles professionnelles contenues dans la loi sur la libre circulation des avocats¹ (LLCA) et par des règles déontologiques émanant de la profession. Ces cauteles ont pour corollaire le monopole de la représentation en justice. Les normes professionnelles et déontologiques constituent la seconde source principale du devoir d'information de l'avocat aux côtés d'autres sources légales ou principes généraux du droit, particulièrement envers des tiers.

En qualité de confident nécessaire, l'avocat est lié à son client par le secret professionnel protégé par le code pénal et la LLCA pour la plus large part de ses activités, particulièrement celles qui relèvent spécifiquement du barreau. Cette obligation de secret, parallèlement au devoir de discrétion découlant du mandat, concerne la question de l'information dans la mesure où elle li-

mite, voire exclut le devoir d'information que l'avocat peut avoir à l'égard de tiers.

La présente contribution examinera les fondements du devoir d'informer (II), l'objet et le contenu de l'information due (III), puis l'information due par le client et aux tiers (IV) et enfin la responsabilité pour la violation du devoir d'information (V).

II. Les fondements du devoir d'informer

1. Le droit des obligations

Les relations entre l'avocat et son client sont indiscutablement régies par le droit du mandat lorsqu'elles ont pour objet une activité relevant de la profession d'avocat, qu'il s'agisse d'une activité protégée ou non par le monopole, ou d'une activité typique ou non de la profession.

La principale disposition légale relative aux obligations du mandataire, l'article 398 al. 2 CO, se borne à prescrire lapidairement la bonne et fidèle exécution du mandat, ce que l'on traduit ordinairement par l'obligation de diligence et l'obligation de fidélité. En matière d'information, l'article 400 al. 1 CO dispose que le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion à la demande du mandant, ce qui est toutefois très loin de couvrir tous les aspects du devoir d'information, de l'avocat en particulier.²

On peut débattre des questions de savoir si les obligations d'information et de conseil du mandataire découlent du devoir de diligence ou de celui de fidélité, ou encore si le devoir de fidélité s'impose à tous les mandataires ou seulement à ceux qui ont qualité d'intermédiaire ou de fiduciaire.³

Peu importe ici car, tel étant le cas de l'avocat, le devoir de fidélité s'impose à lui en toute hypothèse. A cet égard, il faut relever que ce devoir découle du statut de l'avocat, non de la nature du service qui lui est demandé.⁴

* Avocat au barreau de Genève, docteur en droit, professeur titulaire à la faculté des sciences économiques de l'Université de Fribourg, ancien Président de la Fédération Suisse des Avocats. L'auteur tient à adresser tous ses remerciements à son associé Jean-Pierre Augier pour sa précieuse collaboration dans l'élaboration de cette contribution. Première publication de l'article in: Chappuis/Winiger (édit.), *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2009, p. 35–58, complété ici par un chapitre relatif à l'information due aux héritiers.

1 Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) du 23 juin 2000, RS 936.61.

2 W. FELLMANN, *Berner Kommentar, Obligationenrecht Bd VI.2.4*, OR 394–406, *Der einfache Auftrag*, Bern 1992 (cité ci-après FELLMANN BK), art. 398 N° 146 et art. 400 N°s 53–54; R. H. WEBER, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, art. 1–529 OR, 4^e éd., Bâle 2007, (cité ci-après WEBER BaK), art. 400 N° 1; F. WERRO, *Commentaire romand, Code des obligations I*, CO art. 1–529 (cité ci-après WERRO CR), art. 400 N°s 4–5. Cf. également P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Zurich 2003 (cité ci-après TERCIER), N°s 4690 et 4699.

3 C. BRETTON-CHEVALIER, *Les rétrocessions perçues par l'avocat*, in: *Défis de l'avocat au XXI^e siècle*, Genève 2008, p. 207–55, p. 211; WERRO CR, art. 398 N°s 13, 16 et 27; cf. également FELLMANN BK, art. 398 N° 409; TERCIER N° 4689; WEBER BaK, art. 398 N° 9.

4 BRETTON-CHEVALIER, op. cit. p. 213; cf. également C. LOMBARDINI, *la responsabilité civile de l'avocat vis-à-vis des clients*, in: *Défis de l'avocat au XXI^e siècle*, Mélanges en l'honneur de Madame le Bâtonnier Dominique Burger, Genève 2008, p. 517 ss, p. 528.

Dans le quasi silence de la loi, c'est donc à la jurisprudence civile ainsi qu'à la doctrine qu'il incombe de définir et cerner le devoir contractuel d'information, sa portée générale et ses contenus particuliers. On examinera donc plus loin quelles sont les normes de comportement que le mandat impose en la matière à l'avocat, notamment à la lumière des règles professionnelles et déontologiques.

Les règles professionnelles et déontologiques auxquelles l'avocat est par ailleurs tenu, à l'instar de règles de l'art, sont en effet propres à servir de critères pour déterminer l'étendue de certaines des obligations contractuelles envers le client ainsi que le niveau de la diligence requise.⁵ En outre, il faut admettre que le mandat conclu entre le client et son avocat comprend a priori l'engagement de ce dernier de respecter les règles professionnelles, en tout cas dans la mesure où celles-ci ont une portée bénéficiant au client.

On peut en déduire que la violation d'une telle règle professionnelle présume la violation d'un devoir contractuel, avec pour conséquence que l'avocat aurait alors pour se libérer à prouver que la règle dépasse les exigences générales ou concrètes du mandat. A l'inverse, le respect de la norme professionnelle devrait présumer l'absence de violation, de sorte que ce serait alors au client de prouver que la règle est insuffisante au regard du droit du mandat ou du cas particulier.⁶

2. Les règles professionnelles

Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, dont le but n'est pas seulement de garantir cette libre circulation mais également d'unifier et de fixer les principes applicables à la profession d'avocat en Suisse, le droit fédéral régit de manière exclusive les règles professionnelles auxquelles est soumis l'exercice de la profession.⁷

Il n'y a donc en la matière plus place pour le droit cantonal, ce dernier, comme par exemple la loi genevoise sur la profession d'avocat, n'ayant dès lors plus d'autre vocation que celle de législation d'application de la loi fédérale. Il n'est pas question non plus d'une application directe des règles déontologiques, auxquelles renvoyaient expressément certaines lois cantonales. La LLCA conduit ainsi à opérer une distinction claire entre règles professionnelles, édictées par l'Etat, aujourd'hui la Confédération, et les règles déontologiques émises par les organisations professionnelles, ordres d'avocats ou barreaux.⁸

Les règles professionnelles régissent l'activité d'avocat dans un but d'intérêt public, afin de protéger à la fois la confiance que le public doit pouvoir faire à la profession, les intérêts des parti-

culiers qui ont recours aux services de l'avocat, ainsi que le fonctionnement de la justice dont les avocats sont les auxiliaires. Elles sont notamment le corollaire du monopole que l'Etat concède à l'avocat.⁹ Tous les avocats y sont soumis quel que soit le canton au registre des avocats duquel ils sont inscrits, et qu'ils appartiennent ou non à un ordre d'avocats.¹⁰

La transgression des règles professionnelles est sanctionnée par une responsabilité disciplinaire instituée par la loi. Elle l'est indirectement seulement par la responsabilité à l'égard du client, dans la mesure où, comme on l'a indiqué ci-dessus, les règles en cause se trouvent comprises dans le droit du mandat, soit qu'elles permettent de préciser l'étendue des obligations découlant de la loi, soit qu'on les considère comme incluses dans les conditions du contrat conclu avec l'avocat.

La LLCA régit certes de manière exclusive la profession d'avocat en Suisse mais on ne saurait dire, s'agissant des règles professionnelles, qu'elle le fasse de façon exhaustive.¹¹ En effet, si plusieurs des règles posées à l'article 12 de cette loi sont assez précises, il en est d'autres de portée beaucoup plus générale, en particulier celle (lit. a) selon laquelle l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence.

Le devoir d'information par exemple ne fait l'objet d'une disposition que sur un de ses aspects ponctuels, celui des honoraires (lit. i), les autres obligations en matière d'information devant être déduites de la notion générale de soin et diligence, notion dont il appartient le cas échéant à la jurisprudence disciplinaire de détailler la portée.

Les normes déontologiques gardent par conséquent une certaine portée juridique dans la mesure où elles peuvent aider à interpréter et préciser les règles professionnelles.¹² Cependant, les dispositions de la LLCA doivent d'abord chercher à s'appliquer de manière autonome.¹³ En outre, la référence à des règles déontologiques suppose qu'il s'agisse de normes reflétant une opinion largement répandue au niveau national.¹⁴

3. Les normes déontologiques

L'unification des règles professionnelles au niveau suisse a en particulier pour but d'assurer la libre circulation des avocats en soumettant ceux-ci à des normes uniformes de comportement quel que soit le canton où ils déploient leur activité. Il en découle que l'ordre juridique ne saurait se satisfaire de règles déontologiques matériellement différentes d'un canton à l'autre.¹⁵

C'est donc afin d'unifier les règles déontologiques sur tout le territoire de la Confédération que la Fédération suisse des avocats (FSA) a adopté le 10 juin 2005 un Code suisse de déonto-

5 FELLMANN BK, art. 398 N° 173; TERCIER N° 4670; WERRO CR, art. 398 N° 14; cf. également B. CHAPPUIS, Signification et fonction des règles déontologiques, in: *Droit suisse des avocats*, Berne 1998, p. 127 ss, p. 129.

6 TERCIER N° 4671.

7 Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 28 avril 1999, FF 1999 (cité ci-après Message), p. 5335 et 5355; A. B. LÉVY, Le Code Suisse de Déontologie, in: *Défis de l'avocat au XXI^e siècle*, Genève 2008, p. 147 ss, p. 150–151; C. REISER, La Commission du Barreau et la surveillance des avocats sous l'angle de la LLCA et de la LPAv/Ge, in: *SJ 2007 II 237*, p. 239–242.

8 Message, p. 5367; ATF 130 II 270 consid. 3.1.2 p. 275.

9 Message, p. 5339.

10 Message, p. 5367.

11 Cf. Message, p. 5355 et 5368 où le terme d'exclusif serait préférable à celui d'exhaustif.

12 Message, p. 5368 et 5355; REISER, op. cit., p. 242.

13 ATF 130 II 270 consid. 3.1.3 p. 276; ATA/Ge 500/2006 du 19.09.06, in: M. VALTICOS et L. JACQUEMOUD ROSSARI, La jurisprudence de la Commission du barreau 2002–2006, in: *SJ 2007 II 255*, p. 260; LÉVY (note 7), p. 151.

14 ATF 130 II 270 consid. 3.1.1 p. 275; ATA/Ge, ci-dessus note 12, ibidem.

15 Cf. notamment note 7 ci-dessus.

logie (CSD).¹⁶ Les règles de celui-ci s'imposent à tous les membres de la FSA, soit aux avocats eux-mêmes qui appartiennent aux différents ordres cantonaux d'avocats.

Les règles déontologiques, contrairement aux règles professionnelles qui s'imposent à l'ensemble des avocats, ne s'appliquent directement qu'aux membres de l'organisation professionnelle qui les émet. Elles possèdent néanmoins une certaine portée normative à l'égard de tous puisqu'elles peuvent servir à interpréter ou préciser le contenu des règles professionnelles.

A l'instar de la LLCA, le Code suisse de déontologie contient une norme générale (art. 1) selon laquelle l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence et dans le respect de l'ordre juridique. En matière d'information, il est un peu plus précis que la loi puisque, en plus de la question des honoraires (art. 18), il fait obligation à l'avocat d'établir avec son client des relations clairement définies (art. 2 al. 1) et d'informer son client de l'évolution du mandat (art. 2 al. 2).

Il faut en outre relever que le Code de déontologie des avocats européens, édicté par le Conseil des Barreaux de la Communauté Européenne (CCBE) et auquel la FSA a adhéré, s'applique aux avocats suisses membres de celle-ci dans leurs rapports professionnels avec des avocats de l'Union Européenne ou lorsqu'ils y déploient une activité.¹⁷ Le contenu de ce code, quoique plus détaillé, est comparable au Code suisse de déontologie, notamment en matière d'information.

4. L'obligation d'informer des tiers

Si l'avocat a un devoir d'information principalement à l'égard de son client, il n'en est pas moins tenu dans l'exercice de sa profession à certaines obligations d'information à l'égard de tiers, nonobstant la protection du secret professionnel dont bénéficie le client. Ces obligations, sur quelques unes desquelles on reviendra ci-dessous, ont des fondements très divers qui vont des principes généraux du droit, en particulier les règles de la bonne foi et le respect de l'ordre juridique, aux prescriptions ou règles jurisprudentielles plus précises, sur le blanchiment d'argent ou l'obligation de témoigner par exemple, en passant par des règles professionnelles ou déontologiques imposant des devoirs envers le juge ou les confrères.

III. Objet et contenu de l'information due

1. Information et conseil

On distingue généralement, parmi les devoirs découlant de la diligence ou de la fidélité, celui d'information ou de renseignement d'une part et celui de conseil et de mise en garde d'autre part, devoirs considérés comme des obligations accessoires, mais non moins importantes.¹⁸ En substance, la différence entre l'information et le conseil réside en ce que la première consiste

à fournir des données, des renseignements de fait, alors que le second consiste à donner des avis et des conseils. S'agissant de la profession d'avocat, ces distinctions sont toutefois relatives.¹⁹

En effet, le conseil, à côté de la représentation en justice, est le service typique de l'avocat, de sorte qu'il constitue le plus souvent l'objet même du mandat, donc une obligation principale.²⁰ Cela est également valable pour l'information dans la mesure où l'avocat est amené, dans le cadre du conseil, à fournir des données au client, ne serait-ce déjà que sur l'état de la législation ou de la jurisprudence. Par conséquent, information et conseil sont étroitement liés et il est souvent difficile de déterminer si une obligation particulière incombant à l'avocat relève de l'une ou l'autre.

Il convient donc d'adopter ici une conception large du devoir d'information, celle-ci incluant en particulier le devoir de mise en garde ou de donner certains conseils essentiels indépendamment de l'objet du mandat. Ce devoir d'information au sens large sera examiné d'abord quant aux principes directeurs et ensuite quant à quelques aspects ponctuels de l'activité d'avocat.

2. Les principes directeurs

a) L'intérêt du client

Le principe cardinal régissant l'activité de l'avocat, notamment son devoir d'information, est celui de l'intérêt du client. Le premier devoir de tout mandataire est en effet de veiller diligemment et fidèlement aux intérêts du mandant.²¹ Le Code de déontologie des avocats européens exprime le principe en ces termes: «*Sous réserve du strict respect des règles légales et déontologiques, l'avocat a l'obligation de toujours défendre au mieux les intérêts de son client*». Il doit ainsi entreprendre tout ce qui peut être utile à son mandant et naturellement s'abstenir de tout acte qui pourrait être préjudiciable à ce dernier.²²

La défense des intérêts du client connaît donc une limite générale, celle du respect de l'Etat de droit. Le Code suisse de déontologie (art. 1) stipule ainsi que l'avocat exerce sa profession «*dans le respect de l'ordre juridique*». Il en découle que l'avocat ne doit pas inciter ou aider son client à violer la loi, question qui concerne cependant plus le conseil que l'information. Dans ce second domaine, le respect de l'ordre juridique se traduit par certaines obligations à l'égard de tiers, comme on le verra ci-dessous.

b) L'utilité de l'information

L'utilité de l'information est le critère essentiel qui en détermine l'objet et l'obligation de fournir des renseignements. L'avocat doit ainsi informer son mandant «*de tout ce qui est important pour lui*» (et ce «*en relation avec le mandat*», ce qu'on verra

16 Sur la genèse du CSD, LÉVY (note 7), p. 152–153.

17 Art. 14 et 15; cf. Message, p. 5368.

18 Cf. notamment TERCIER N^{os} 4690–4691; WEBER BaK, art. 398 N^o 26; WERRO CR, art. 398 N^o 13 et 16–18.

19 F. SOLDATI, Il dovere di informazione dell'avvocato nei confronti del cliente, in: Droit suisse des avocats, Berne 1998, p. 219 ss, p. 221.

20 WERRO CR, art. 398 N^o 16.

21 Art. 398 al. 2 CO.

22 FELLMANN BK, art. 398 N^{os} 23–24; TERCIER N^o 4687; WEBER BaK, art. 398 N^o 8.

plus loin).²³ On pourrait parler ici d'information pertinente et nécessaire. Doit en particulier être considérée comme telle celle dont le client a besoin pour prendre les décisions qui lui reviennent, notamment les options stratégiques, et pour donner des instructions adéquates.²⁴

Comme pour la mesure de la diligence en général, savoir ce qui dans un cas concret constitue une information importante ou nécessaire doit être déterminé selon des critères objectifs et en fonction des circonstances particulières à l'espèce.²⁵ Pour déterminer des critères objectifs, les règles professionnelles, les normes déontologiques et les usages de la profession joueront un rôle important.

c) *Le cadre contractuel du devoir*

Les critères d'intérêt et d'utilité conduisent à un second principe relatif à l'objet de l'information due, celui de son cadre contractuel. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'avocat doit informer son mandant de ce qui est important pour lui «*en relation avec le contrat*».²⁶ La question délicate est de déterminer jusqu'où va la notion de relation avec le mandat. Il est évident que l'avocat doit faire part à son client de toutes les informations utiles qui concernent précisément l'affaire qui lui est confiée.

Mais on peut se demander si le devoir d'information s'étend plus largement, au-delà de l'affaire confiée, à tous renseignements en possession de l'avocat et qui devraient lui apparaître utiles, eu égard aux intérêts de son client en général. Il en résulterait que l'avocat, du seul fait d'être consulté, serait tenu de veiller dans leur ensemble aux intérêts de son mandant. Une telle extension du devoir d'information irait trop loin car elle ferait de l'avocat le tuteur de son client²⁷ et ne serait guère compatible avec le droit du mandat.

Le mandataire est bien responsable de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 399 al. 2 CO), soit de l'affaire dont il est chargé ou des services promis (art. 394 al. 1). La question ne concerne donc pas l'étendue du devoir d'information, mais l'étendue du mandat, laquelle est déterminée par la convention des parties ou par la nature de l'affaire (art. 396 al. 1).²⁸ Dans la majorité des cas, le mandat de l'avocat ne fait pas l'objet d'un accord spécifique, de sorte que ce sera la nature de l'affaire, soit à nouveau les circonstances concrètes, qui détermineront l'étendue du devoir d'information.²⁹

Cependant, la notion de relation avec l'affaire confiée est sujette à interprétation et peut soulever des problèmes délicats.³⁰ Par exemple, l'avocat chargé de rédiger un contrat et de conseiller sur le contenu de celui-ci doit-il s'enquérir et informer

son client des conséquences fiscales de l'opération? Doit-il de même rechercher des informations et renseigner son client sur la valeur de l'objet du contrat ou la solvabilité du cocontractant? A défaut de vouloir ou pouvoir examiner lui-même de telles questions, l'avocat sera bien inspiré, au regard de son devoir de conseil et de mise en garde, d'attirer l'attention du client et de l'inviter au besoin à consulter un fiscaliste ou à rechercher lui-même des renseignements.³¹

Il convient par ailleurs de réserver les cas extrêmes où l'avocat, totalement en-dehors du cadre de son mandat ou simplement et à l'occasion de celui-ci, aurait connaissance de faits concernant son client et à propos desquels l'omission d'information et de mise en garde serait génératrice de responsabilité extracontractuelle. La question revient à examiner toute la problématique de l'illicéité objective voire de la responsabilité fondée sur la confiance.

d) *Les compétences de l'avocat et du client*

En qualité de mandataire professionnel spécialisé, de surcroît au bénéfice d'un monopole, jouissant d'une autorité accrue en vertu de ses connaissances et de sa position, l'avocat est soumis à un devoir d'information particulier à l'égard de son client.³² Il en découle notamment que le principe selon lequel la diligence requise dépend des compétences du mandataire connues du mandant³³ n'a qu'une portée très limitée. Le mandataire doit en effet posséder les compétences qu'on est en droit d'exiger de toute personne diligente, de sorte que l'avocat ne doit pas accepter un mandat qu'il n'est pas en mesure d'assumer correctement.³⁴ Le devoir d'information de l'avocat est susceptible de varier en fonction des qualités du client, en ce sens qu'elle doit être adaptée à l'expérience, aux connaissances et à la compréhension de celui-ci, en particulier dans la perspective des décisions et des instructions qui lui appartiennent.³⁵ Le devoir d'information ne se concrétisera pas de la même manière si son destinataire est le service juridique d'une grande entreprise ou un profane sans aucune expérience des affaires.

e) *La qualité des informations*

L'information due, selon les critères d'utilité et d'importance ou de nécessité précédemment évoqués, est généralement décrite comme devant être complète, exacte et dispensée à temps.³⁶ Il faut ajouter qu'elle doit être spontanée.³⁷ Les renseignements doivent être complets dans la mesure du nécessaire, ne pas être tronqués ou comporter de lacunes. Leur exactitude s'entend

23 TF 4C.398/2006 du 13.2.2007 consid. 3.

24 FELLMANN BK, art. 398 notamment N^{os} 160, 168 et 171; TERCIER N^o 4690; WERRO BaK, art. 398 N^o 17.

25 ATF 134 III 534 consid. 3.2.2 p. 538; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 1 b p. 195; cf. également LOMBARDINI (note 4), p. 525.

26 TF 4C.398/2006 du 23.2.2007 consid. 3; FELLMANN BK, art. 398 N^o 168; WERRO CR, art. 398 N^o 17.

27 Cf. TF 4C.336/2001 du 22.1.2002 consid. 3b

28 FELLMANN BK, art. 398 N^o 145; TERCIER N^o 4633; WEBER BaK, art. 398 N^o 9.

29 FELLMANN BK, art. 398 N^{os} 168, 171 et 173.

30 FELLMANN BK, art. 398 N^o 413.

31 TF 4C.42/2006 du 28.2.2006 consid. 2.2.

32 Cf. notamment ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 2 a p. 303.

33 ATF 134 III 534 consid. 3.2.2., p. 538; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 1 c p. 195.

34 TF 4C.80/2005 du 11.8.2005 consid. 2.2.1; FELLMANN BK, art. 398 N^{os} 408-411; LOMBARDINI, (note 4), p. 524.

35 W. FELLMANN, Die Haftung des Anwaltes, in: Droit suisse des avocats, Berne 1998, p. 185 ss (cité ci-après FELLMANN Haftung), p. 200 s.; SOLDATI (note 19), p. 224.

36 TF 4C.398/2006 du 13.2.2007 consid. 3; WERRO, art. 398 N^o 17.

37 ATF 115 II 62 = JT 1989 I 539 consid. 3 a et 3 d p. 542 et 544; SOLDATI (note 19), p. 223; WEBER BaK, art. 400 N^o 2; WERRO CR, art. 400 N^o 4.

avant tout de leur véracité. Leur fourniture à temps implique souvent qu'elle le soit régulièrement.

L'information doit être donnée par l'avocat de manière spontanée et pas seulement à la requête du client. C'est là que le devoir d'informer se distingue et va au-delà de l'obligation de fournir les renseignements nécessaires à rendre compte de la gestion selon l'article 400 al. 1 CO. Naturellement, la faute de l'avocat qui non seulement n'informe pas son client spontanément, mais de surcroît ne donne pas suite à sa demande, sera d'autant plus lourde.

Comme indiqué ci-dessus, l'information porte sur des faits alors que le conseil implique un avis, les deux étant étroitement imbriqués dans les services de l'avocat. L'exigence d'une information complète et exacte ne peut donc s'appliquer par analogie au conseil que dans une mesure limitée. D'une part, seules les données factuelles et les bases juridiques du conseil sont soumises à cette exigence. D'autre part, l'avocat ne sera tenu pour responsable d'un conseil erroné que dans la mesure où celui-ci était déraisonnable, en particulier parce qu'il procède d'une appréciation manifestement fautive des faits, d'une interprétation insoutenable de la loi ou d'une méconnaissance de la jurisprudence et de la doctrine.³⁸

Le risque inhérent à l'activité d'avocat, dont il faut tenir compte du point de vue de sa responsabilité³⁹ à côté de circonstances particulières telles que la complexité et la difficulté de l'affaire traitée, devrait cependant être susceptible d'atténuer aussi dans une certaine mesure la rigueur de l'exigence d'une information complète et exacte. Là encore tout dépendra de l'appréciation du cas d'espèce.

f) *L'étendue temporelle du devoir*

Le devoir d'information s'étend naturellement à toute la durée de l'exécution du mandat. Il existe cependant dès avant la conclusion du contrat et peut perdurer après la fin de celui-ci. Au stade de la formation du contrat, lors des premiers contacts avec le client qui envisage de lui confier un mandat, l'avocat doit déjà lui fournir certains renseignements, notamment en ce qui concerne ses honoraires et la « faisabilité » a priori du mandat. Le défaut d'information à ce stade est donc susceptible de fonder une responsabilité pour *culpa in contrahendo*.⁴⁰

Même après la fin du mandat, la reddition de comptes, le règlement des honoraires et la clôture du dossier, on peut admettre que l'avocat assume encore un devoir résiduel d'information,⁴¹ s'il parvient à sa connaissance des faits importants pour le client et en relation directe avec le mandat qui lui avait été

confié. La durée d'un tel devoir résiduel devrait cependant rester limitée.

g) *Limitation conventionnelle du devoir*

En vertu de la liberté contractuelle et vu le caractère essentiellement dispositif du droit du mandat, les parties peuvent aménager leurs relations et obligations respectives, notamment dans une convention écrite, selon un contrat standard ou par référence à des conditions générales. Si cette pratique est courante dans plusieurs domaines, chez les banquiers ou architectes par exemple, tel n'est traditionnellement pas le cas dans la profession d'avocat. On constate toutefois depuis quelques années, sous l'influence de l'internationalisation de la profession, que certains grands cabinets font signer à leurs clients des conventions sous forme de lettre précisant notamment l'objet du mandat, la rémunération et le for en cas de litige. Sans tomber dans l'excès d'une convention fleuve, une telle pratique, ou simplement une lettre confirmant en particulier au client l'objet du mandat, peut apparaître opportune dans la perspective de circonscrire le devoir d'information.

Il serait théoriquement possible qu'un tel contrat de mandat comporte, dans les limites de l'article 100 CO, des clauses exonérant l'avocat de sa responsabilité, en général ou sur certains points particuliers, à raison de la négligence légère. Juridiquement, de telles clauses poseraient plusieurs questions non clairement résolues:⁴² premièrement, la profession d'avocat est-elle une industrie concédée par l'autorité au sens de l'article 100 al. 2 CO? Deuxièmement, une telle exclusion est-elle compatible avec la nature du contrat de mandat, l'obligation essentielle du mandataire étant la diligence? Troisièmement, une telle exclusion est-elle admissible au regard des règles professionnelles auxquelles est soumis l'avocat?

L'assimilation des professions réglementées, comme celle d'avocat, à une industrie concédée par l'autorité est discutable. Contrairement au cas des banques assimilées à une telle industrie,⁴³ le Tribunal fédéral ne s'est pas penché sur la question et la doctrine reste partagée.⁴⁴ Toutefois, vu en particulier les arguments relatifs à la concurrence et aux situations de monopole qui justifient les restrictions des articles 100 al. 2 et 101 al. 3 CO,⁴⁵ la profession d'avocat, même dans la mesure où elle comprend la représentation en justice, ne devrait pas être soumise à ces restrictions.

Selon une conception défendue en particulier par Gautschi, une exclusion ou limitation de responsabilité serait exclue en matière de mandat, car cela serait incompatible avec la diligence

38 TF 4C.336/2001 du 22.1.2002 consid. 3b; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 3 d p. 197; LOMBARDINI (note 4), p. 527; sur la connaissance de la jurisprudence et de la doctrine, cf. ATF 134 III 534 consid. 3.2.3.3, p. 539.

39 ATF 134 III 534 consid. 3.2.2p. 537–538; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 1b p. 194; ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 2a p. 303.

40 FELLMANN BK, art. 398 N° 150.

41 Cf. SOLDATI (note 19), p. 222. Sur l'information due aux héritiers, cf. ci-après ch. IV.3.

42 FELLMANN Haftung, p. 211; LOMBARDINI (note 4), p. 538.

43 ATF 112 II 450 p. 455.

44 Cf. R. H. WEBER, Berner Kommentar, Band VI.I.5, Die Folgen der Nichterfüllung, art. 97–109, Berne 2000 (ci-après WEBER BK), art. 100 N° 116.

45 WEBER BK, art. 100 N° 117–118; L. THÉVENOZ, Commentaire romand, Code des obligations I, CO art. 1–529, Genève/Bâle/Munich 2003 (ci-après THÉVENOZ CR), art. 100 N° 28; cf. aussi S. DU PASQUIER et P. FISCHER, La responsabilité civile de l'avocat dans une étude constituée en personne morale, RSDA 6/2008, p. 548 ss, p. 555.

inhérente à l'obligation de moyens.⁴⁶ Alors que la question a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral,⁴⁷ la majorité de la doctrine rejette cependant cette opinion,⁴⁸ avec certaines nuances toutefois,⁴⁹ à juste titre. Des limitations de responsabilité dans le cadre des articles 100 et 101 CO sont donc en principe admissibles, à condition toutefois d'être clairement expliquées et convenues, et de ne pas vider de sa substance la diligence inhérente au mandat.

Au regard des règles professionnelles et déontologiques auxquelles est soumis l'avocat, des limitations de responsabilité apparaissent admissibles dans la mesure toutefois où elles ne vont pas au-delà de ce qui est usuel.⁵⁰ Pourraient donc être admises par exemple une limitation de somme, l'exclusion de certains types de dommage ou le transfert au client de risques particuliers.⁵¹ En revanche, on conçoit mal que sur la base de la différence de régime entre obligé (art. 100 al. 2) et auxiliaire (art. 101 al. 2)⁵² le travail des collaborateurs fasse l'objet d'une exclusion de responsabilité plus étendue.

En pratique, les clauses limitatives de responsabilité, surtout si elles ont un caractère général, n'auront souvent qu'une efficacité relative face au pouvoir d'appréciation du juge. Si celui-ci entend qualifier la faute de grave, la clause sera inopérante vu l'article 100 al. 1 CO. S'il l'estime au contraire légère, il pourra, même en l'absence de clause, écarter la responsabilité en vertu d'une «pesée appréciative» considérant notamment les risques du métier et qualifiant le comportement d'acceptable et non pas d'inacceptable.⁵³

3. Objets particuliers du devoir d'information

Le Code suisse de déontologie (art. 2 CSD) prescrit à l'avocat d'établir avec son client «des relations clairement définies». Il en résulte que l'avocat doit informer d'emblée celui qui le consulte de l'acceptation ou du refus du mandat et au besoin préciser le cadre de celui-ci, les services qu'il envisage de rendre ou ce dont il n'entend pas se charger. A ce stade initial, l'avocat devra faire savoir à son client s'il y a un éventuel risque de conflit d'intérêts. Il lui incombera si nécessaire de donner à son client des précisions sur les limites générales de l'activité d'avocat, le respect de la légalité, l'indépendance, le secret professionnel, la déontologie, etc.⁵⁴

S'agissant en particulier des honoraires, la LLCA stipule (art. 12 lit. i) que, «lorsqu'il accepte un mandat, (l'avocat) in-

forme son client des modalités de facturation et le renseigne périodiquement ou à sa demande sur le montant des honoraires dus». Le Code suisse de déontologie dit pour sa part (art. 18) que «l'avocat informe son client des principes de fixation des honoraires», ce qui implique le refus d'un pactum de quota litis, mais la possibilité d'un pactum de palmario (art. 12 lit. e LLCA et 19 al. 3 CSD). Par analogie, devront également être indiqués les coûts autres que les honoraires, s'ils sont d'une relative importance, susceptibles d'être engendrés par l'exécution du mandat.

La diligence exige ensuite que l'avocat oriente objectivement son client sur le caractère réalisable ou utopique de ses buts ou instructions, sur les avantages ou les inconvénients des mesures qu'il envisage ou souhaite, en d'autres termes sur les risques que comporte l'affaire confiée.⁵⁵ On se trouve là naturellement à la croisée de l'information et du conseil, car l'appréciation du risque repose nécessairement sur des données objectives, dont certaines doivent être fournies par l'avocat, l'état de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine par exemple.

En matière judiciaire,⁵⁶ l'information quant aux risques devra non seulement porter sur l'éventuelle perte du procès au fond, mais également sur les frais de justice et les dépens de la partie adverse auxquels le client pourrait être condamné. Elle devra également porter sur les difficultés et aléas de la procédure, notamment sa durée possible, les voies de recours, etc. Il incombe en particulier à l'avocat de dissuader son client de soutenir des procédures vouées à l'échec, et le cas échéant de lui conseiller la recherche de solutions transactionnelles.

Pendant toute la durée du mandat, il appartient à l'avocat d'informer son client de l'évolution de l'affaire dont il a été chargé (art. 2 al. 2 CSD et 3.1.2. CDAE – Code de déontologie des avocats européens). Cette obligation s'entend de ce qui est utile, c'est-à-dire nécessaire au client pour donner les instructions ou prendre les mesures qui lui incombent. Pour que celui-ci puisse le faire utilement, il faut que l'information soit transmise et reçue à temps. A cet égard, lorsque des délais impératifs, par exemple de recours, sont en jeu, l'avocat doit s'assurer que son client a effectivement été atteint.⁵⁷

Enfin, l'information doit être égale, que l'issue de l'affaire soit favorable ou défavorable au client. L'avocat ne doit en particulier pas taire l'échec des mesures qu'il a prises ou en occulter les conséquences, qu'il n'y soit pour rien ou qu'il en soit responsable.⁵⁸ Dans ce dernier cas, l'avocat est naturellement tenu de relater la situation à son client, ce qui pourra impliquer qu'il lui indique avoir commis une erreur ou une faute, ou encore avoir déclaré le cas à son assurance responsabilité civile.

46 WEBER BK, art. 100 N° 43.

47 ATF 124 III 155 = SJ 1998.689, consid. 3 c p. 698–699.

48 FELLMANN BK, art. 398 N° 515; THÉVENOZ CR, art. 100 N° 18; WEBER BaK, art. 398 N° 34.

49 WEBER BK, art. 100 N° 44; W. WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht 1 art. 1–529, Bâle 2007 (ci-après WIEGAND BaK), art. 100 N° 6.

50 FELLMANN BK, art. 398 N° 515 s.; WEBER BK, art. 398 N° 34 s.; cf. aussi THÉVENOZ CR, art. 100, N° 18 s.

51 WIEGAND BaK, art. 100 N° 6.

52 THÉVENOZ CR, art. 101 N° 38.

53 Cf. notamment ATF 134 III 534 consid. 3.2.1 p. 537–538 et ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 1 b p. 194–195.

54 FELLMANN Haftung, p. 193–195; FELLMANN BK, art. 398 N° 150–151.

55 ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192 consid. Id p. 195; ATF 124 III 155 = JT 1999 I 125, consid. 3 a p. 132–133.

56 FELLMANN Haftung, p. 194–195; LOMBARDINI (note 4), p. 529; SOLDATI (note 19), p. 226–228.

57 ATF 110 Ib 94 p. 95.

58 Cf. WERRO CR, art. 398 N° 17; SOLDATI (note 19), p. 219–220.

IV. Devoir d'informer du client et information due aux tiers

1. L'information due par le client

Dans son activité de conseil comme dans celle de représentant en justice, l'avocat est largement dépendant des informations, en particulier des données de fait, qui lui sont fournies par son client.⁵⁹ Les explications données peuvent non seulement manquer d'objectivité mais être lacunaires ou erronées, par inadvertance ou à dessein, le dossier remis être incomplet, certaines pièces être sans pertinence voire fausses. Si tel est le cas, les conseils de l'avocat, les informations qu'il donne lui-même et les démarches qu'il entreprend peuvent en être gravement affectées.

La fourniture d'une information défaillante imputable au mandant pourra avoir plusieurs sanctions, que ce soit par application des principes sur la demeure du créancier (art. 91 CO) ou sur l'inexécution (art. 97 CO) ou encore sur le dommage subi du fait de l'exécution du mandat (art. 402 al. 2 CO). On pourra y voir soit un facteur faisant supporter au client les risques pouvant affecter la prestation de l'avocat ou empêchant le client d'invoquer l'inexécution, le manque de diligence de son mandataire, soit une faute concomitante ou exclusive atténuant la diligence requise ou libérant le mandataire, soit encore, dans des cas extrêmes, une faute pouvant obliger le client à indemniser son avocat du dommage éventuel résultant pour ce dernier de l'information défaillante.

En dehors du paiement des honoraires (art. 294 al. 2 CO), du remboursement des impenses et de la libération des obligations (art. 402 al. 1 CO) ainsi que de la réparation du dommage (art. 402 al. 2 CO), le droit du mandat n'impose expressément pas d'obligation au mandant. Néanmoins, que ce soit au regard de la nature synallagmatique du contrat, des règles sur la demeure du créancier (art. 91 CO) ou selon les exigences de la bonne foi (art. 2 CC), il faut admettre que le mandant a l'obligation, ou à tout le moins l'incombe, de mettre son mandataire en mesure d'exécuter le mandat dont il sera chargé. Il faut en déduire notamment l'obligation pour le client de remettre à son avocat tous les documents nécessaires au mandat et de lui donner des explications exactes.

Cependant, il faut également admettre que l'avocat ne doit pas se fier aveuglément aux informations que lui donne son client. Il lui incombe donc de vérifier celles qui doivent lui paraître douteuses ou qui sont capitales, soit en procédant lui-même à des vérifications dans la mesure du possible, par exemple auprès des registres publics, soit en demandant à son client des précisions ou confirmations.⁶⁰ La crédibilité des informations fournies par le client pourra naturellement dépendre de la personnalité et des compétences de celui-ci.

2. L'information due aux tiers

Le secret professionnel, comme le dit le Code de déontologie des avocats européens (art. 2.3.1) est un «*droit et devoir fondamental et primordial de l'avocat*». Il sert non seulement les intérêts du client, mais également ceux de l'avocat lui-même et de l'administration de la justice.⁶¹ Sa violation est sanctionnée par le droit pénal (art. 321 CP) et il soustrait en particulier l'avocat à l'obligation de témoigner ou de déclarer, même dans l'hypothèse où son client l'y autoriserait. On peut en outre considérer le secret comme l'un des garants de l'indépendance de l'avocat, autre principe essentiel de la profession.⁶² L'article 13 LLCA stipule ainsi que «*l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession*».

La notion d'exercice de la profession s'entend des activités typiques de l'avocat, par opposition à celles que l'on peut qualifier de commerciales. Le secret professionnel protège ainsi non seulement l'activité judiciaire relevant du monopole de l'avocat mais aussi son activité de conseil extrajudiciaire. Sont en revanche soustraites à la protection du secret, ou plus exactement soumises à l'obligation de renseigner, les activités considérées comme atypiques à la profession, en particulier la gérance de fortune ou la gestion de fonds, les activités d'intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent, ainsi que dans plusieurs cas l'administration de sociétés.⁶³ Cela étant, même dans les domaines où il peut être obligé de témoigner ou de renseigner l'autorité, l'avocat reste lié par le secret professionnel à l'égard des autres tiers et en toute hypothèse par un devoir contractuel de discrétion. Dans les situations où il serait susceptible de devoir témoigner ou renseigner, ou lorsque la question est douteuse, l'avocat devrait en informer son mandant.

Le secret professionnel dû au client s'impose «*à l'égard des tiers*» (art. 13 LCCA) autrement dit «*à l'égard de quiconque*» (art. 15 CSD). Il faut naturellement réserver les exceptions qui découlent du mandat lui-même ou des instructions du client. Il est en effet fréquent que le mandat confié comprenne une obligation pour l'avocat de fournir ou transmettre des renseignements à des tierces personnes. Cela ne constitue cependant pas à proprement parler un devoir d'information envers des tiers. L'avocat peut par ailleurs être contractuellement tenu envers son client de fournir des informations adéquates aux correspondants à l'étranger ou sous-mandataires spécialisés qu'il met en œuvre, ou encore aux avocats parallèlement ou conjointement mandatés pour l'affaire. Il va de soi qu'il doit également informer correctement les auxiliaires dont il répond.

L'activité judiciaire implique pour l'avocat l'obligation de donner certaines informations au juge ou à la partie adverse, cela en vertu du droit procédural ou des règles professionnelles et déontologiques. De telles communications doivent être consi-

59 Cf. TF 4C.398/2006 du 13. 2. 2007 consid. 4; LOMBARDINI (note 4), p. 528.

60 ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 3 b p. 304–305; cf. aussi FELLMANN BK, N° 415.

61 Message, p. 5396.

62 ATF 130 II 87 consid. 4.1 p. 93.

63 Message p. 5369; A. B. LÉVY, L'avocat en tant que gestionnaire de fortune, in: Droit suisse des avocats, Berne 1998, p. 515 ss, p. 522–525.

dérées comme autorisées par le mandat d'agir en justice. Au besoin, l'avocat devra rappeler à son client qu'il lui est en particulier interdit de sciemment donner au juge une information fautive ou de nature à l'induire en erreur, ou encore d'user envers la partie adverse de procédés contraires à la loyauté et aux règles de la bonne foi.⁶⁴

Certaines dispositions légales obligent le détenteur du secret professionnel à renseigner l'autorité. Pour les avocats, mais selon leur activité, tel est le cas de la loi sur la prévention du blanchiment d'argent dans le secteur financier⁶⁵ qui impose à tout intermédiaire financier diverses obligations, notamment celle d'informer spontanément l'autorité en cas de soupçons fondés sur l'origine criminelle des fonds, et corollairement de ne pas informer son client de sa communication à l'autorité.⁶⁶ La question essentielle, pas toujours aisée à trancher, est ici encore de distinguer si l'avocat agit dans le cadre typique de sa profession, auquel cas il n'est pas tenu à de telles obligations, ou en qualité d'intermédiaire financier.

L'avocat peut enfin se trouver dans une situation exceptionnelle où la révélation d'un fait couvert par le secret professionnel est indispensable à la protection d'intérêts supérieurs publics ou privés. Il peut en pareilles circonstances se faire délier du secret par son autorité de surveillance, à Genève la Commission du barreau, et, dans ce cas, ne sera pas pénalement poursuivable (art. 321 ch. 2 Code Pénal et art. 12 de la loi genevoise sur la profession d'avocat)⁶⁷.

3. L'information due aux héritiers

Le devoir d'information de l'avocat à l'égard des héritiers de son défunt client pose un problème particulier car ceux-ci ne peuvent être simplement assimilés à des tiers. Il y a lieu de déterminer si l'avocat peut ou doit opposer son secret professionnel aux demandes de renseignements des héritiers. La question relève à la fois du droit du mandat, des successions et du secret professionnel. Le Tribunal fédéral a récemment rendu en la matière deux arrêts dont les solutions pourraient à première vue sembler contradictoires. Le premier, du 15 septembre 2009,⁶⁸ prononcé sous l'angle du droit du mandat, a en effet affirmé la suprématie du secret professionnel, alors que le second, du 7 janvier 2010,⁶⁹ appliquant le droit des successions, a écarté une objection tirée de ce secret. Complétant en particulier un précédent arrêt sur le droit d'être renseigné des héritiers contre un tiers non avocat,⁷⁰ ces deux décisions nous conduisent aux observations suivantes.

a) Secret professionnel et mandat

Quant au droit du mandat, il convient tout d'abord de rappeler, de façon générale, qu'en vertu du principe de la succession uni-

verselle (art. 560 CC) les héritiers sont saisis des prétentions contractuelles qui découlent du mandat et qui subsistent après la fin de celui-ci par la mort du mandant (art. 405 CO), notamment du droit contractuel d'être renseigné.⁷¹ Les prétentions du mandant d'exiger du mandataire qu'il rende compte de sa gestion et qu'il garde le silence à l'égard des tiers passent donc l'une et l'autre aux héritiers. Le mandataire ne saurait par conséquent opposer son obligation de garder le silence à celle de rendre compte aux héritiers.⁷² En bref, sous l'angle du mandat, les héritiers ne sont pas des tiers et le mandataire est tenu de les renseigner.

Le secret professionnel de l'avocat est toutefois d'une nature et d'une portée différentes de l'obligation de discrétion du mandataire. Fondé sur les articles 321 CP et 13 LLCA, il s'en distingue à trois égards. Premièrement, ce secret ne couvre que l'activité typique de l'avocat. Deuxièmement, en tant que *lex specialis*, les dispositions sur le secret professionnel priment les règles générales du contrat de mandat.⁷³ Troisièmement, la révélation du secret n'est licite que dans trois cas:⁷⁴ tout d'abord le consentement du client, ensuite l'autorisation de l'autorité de surveillance (art. 321 ch. 2 CP) – dans ces deux cas l'avocat reste cependant en droit de se taire (art. 13 LLCA) – enfin l'existence d'une disposition légale particulière imposant à l'avocat de renseigner l'autorité ou de témoigner en justice (art. 321 ch. 3 CP).

En d'autres termes, à l'égard des héritiers, ici considérés comme des tiers, le secret professionnel de l'avocat l'emporte sur le droit à l'information hérité du mandat. La solution ainsi retenue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt du 15 septembre 2009 mérite sans conteste d'être suivie. Il convient cependant de relever que cette décision ne se prononçait pas sur la portée du droit successoral, en l'espèce étranger, et les informations réclamées à ce stade de la procédure dépassaient ce qui était pertinent sous l'angle successoral et patrimonial. Par ailleurs, on notera que la prééminence du secret professionnel ne s'impose que s'il y a conflit entre l'intérêt des héritiers à l'information et le secret dû au client défunt. Dans de nombreux cas, à commencer par celui de la reprise par les héritiers d'une affaire, créance, contrat ou procès dont l'avocat était chargé,⁷⁵ le consentement à la révélation peut être présumé. Ce consentement par le titulaire du secret n'est au demeurant soumis à aucune forme, de sorte qu'il peut avoir été donné implicitement.⁷⁶

b) Secret professionnel et droit des successions

Quant au droit des successions, la question est de savoir dans quelle mesure celui-ci imposerait à l'avocat de renseigner les héritiers nonobstant le secret professionnel. Le droit privé suisse ne connaissant pas de droit général à être renseigné⁷⁷ et le secret

64 Cf. notamment art. 4.4 CDAE et 27 LPav Ge; SOLDATI (note 19), p. 226.

65 Loi fédérale du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA), RS 955.0.

66 Lévy (note 63), p. 525–528.

67 LPavGe, RSGe E 6 10.

68 ATF 135 III 597.

69 TF 5A_620/2007 du 7.1.2010.

70 ATF 132 III 677 = JT 2007 I 611, consid. 4 p. 618–621.

71 Idem consid. 4.2.4 p. 621 et ATF 133 III 664 consid. 2.5 p. 667.

72 ATF 135 III 597 consid. 3.1 et 3.3.

73 Idem consid. 3.4.

74 Idem consid. 3.3.

75 Cf. art. 405 al. 2 CO.

76 ATF 97 II 369.

77 ATF 132 III 677 = JT 2007 I 611 consid. 4.2.1 p. 619.

professionnel l'emportant sur le droit à l'information hérité du mandat, on l'a vu, il convient de rechercher si les héritiers bénéficiaires, le cas échéant à l'égard de l'avocat du défunt, d'un droit à l'information intrinsèque au droit des successions,⁷⁸ cela en vertu d'une disposition légale voire d'une interprétation jurisprudentielle de la loi.

Tout d'abord, le droit successoral impose seulement aux tiers de donner des renseignements à l'autorité et sur la situation financière du défunt en cas de bénéfice d'inventaire,⁷⁹ ce qui s'applique aussi à la liquidation officielle.⁸⁰ L'avocat serait donc susceptible d'être tenu par cette obligation, et là se trouve la question la plus délicate. Ensuite, la jurisprudence admet un devoir légal de renseigner à charge du tiers qui est potentiellement lié à l'héritier par une obligation de droit successoral, comme un donataire, ou du tiers possesseur de biens de la succession.⁸¹ Tel ne sera toutefois dans la règle pas le cas de l'avocat. Enfin, le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur une éventuelle application analogique aux tiers de l'obligation de renseigner incombant aux héritiers.⁸² A supposer qu'une telle application soit admise de manière générale, elle ne saurait à notre avis être étendue aux avocats sans égard au secret professionnel.

Dans son arrêt précité du 7 janvier 2010, le Tribunal fédéral a confirmé l'obligation d'une société de renseigner le liquidateur officiel sur les libéralités consenties par le défunt en faveur d'un trust. Il a considéré en outre que ladite société, à supposer qu'elle doive être considérée comme l'auxiliaire d'un avocat, ne pourrait se prévaloir du secret professionnel de celui-ci, ce d'autant plus que la planification financière d'une succession sortirait du cadre de l'activité spécifique d'avocat.⁸³ Ce considérant doit à notre avis être critiqué pour les deux raisons suivantes.

D'une part, au niveau de l'argument particulier tiré de l'activité spécifique de l'avocat, il est vrai que l'administration de personnes morales ou la gestion de patrimoine, le cas échéant par l'intermédiaire d'un auxiliaire, notamment dans une perspective successorale, sortent d'un tel cadre. Par contre, le conseil juridique donné au client pour planifier sa succession relève typiquement de la profession d'avocat. Dans le cas d'espèce, il aurait donc été sans doute plus juste de considérer que la société en cause ne pouvait pas être considérée comme un pur auxiliaire de l'avocat, parce qu'étant elle-même impliquée dans la gestion ou l'administration du patrimoine son activité allait au-delà des services typiques d'avocat.

D'autre part, au niveau du principe général, on ne saurait admettre que l'obligation de renseigner l'autorité chargée de l'inventaire ou le liquidateur officiel l'emporte systématiquement sur le secret professionnel de l'avocat. En effet, l'article 581 al. 2 CC, qui stipule que «celui qui possède des renseignements sur la situation financière du défunt doit sous sa responsabilité les

donner à l'autorité si elle le requiert», pose une règle de portée relativement générale qui vise n'importe quel tiers. A défaut pour la loi successorale de stipuler expressément que l'obligation s'impose nonobstant le secret professionnel, les règles relatives à ce dernier doivent être considérées comme *lex specialis*, propres à l'emporter sur celles du droit successoral, à l'instar de ce qui a été jugé par rapport au droit du mandat. Ce raisonnement s'imposerait *a fortiori* dans l'hypothèse où l'on admettrait une obligation générale de renseigner les héritiers.

Certes, le dilemme est important car il faut admettre avec la jurisprudence que le droit des héritiers doit être protégé de manière large.⁸⁴ Or cela implique en principe que leur soient communiqués tous les renseignements pouvant apparaître objectivement pertinents quant à la consistance de la succession, en particulier sur les libéralités entre vifs potentiellement sujettes à réduction ou à rapport.⁸⁵ De plus, ce droit à l'information au sens large n'est pas limité à la situation au jour du décès mais porte aussi sur les affaires antérieures pertinentes.⁸⁶

Toutefois, le secret professionnel constitue, comme on l'a vu à propos de l'information due aux tiers, un droit et devoir fondamental et primordial de l'avocat, essentiel à l'Etat de droit, qui s'impose à lui, à l'égard de quiconque, pour toutes les affaires relevant de l'exercice de sa profession. Ainsi, à la différence du principe prévalant en matière de secret bancaire,⁸⁷ il est admis par la doctrine majoritaire⁸⁸ et dans l'arrêt du 15 septembre 2009⁸⁹ que la faculté de relever l'avocat de son secret est un droit strictement personnel auquel les héritiers ne succèdent pas.

Le dilemme, entre l'intérêt des héritiers et l'intérêt au secret du défunt client voire de tiers, ne peut être à notre avis tranché que dans le cadre de la levée du secret par l'autorité de surveillance, et en définitive de la conscience de l'avocat. Dans les cas où le client a expressément donné à son avocat la consigne de garder certains faits secrets à l'égard de ses héritiers, ou si une telle obligation découle de la nature du mandat confié, ou encore si non seulement le défunt mais aussi un tiers sont les bénéficiaires du secret, ce dernier ne devrait à notre sens pas être révélé, même en matière patrimoniale. Vu cependant l'incertitude juridique régnant sur la question, l'avocat devrait informer son client du risque qu'il soit contraint de renseigner.

V. La responsabilité pour la violation du devoir d'information

1. Responsabilités contractuelle et extracontractuelle, pénale et disciplinaire

La responsabilité découlant de la violation par l'avocat de son devoir d'information à l'égard de son client est essentiellement

78 Idem consid. 4.2.4 p. 621.

79 Art. 581 al. 2 CC.

80 TF 5A_620/2007 du 7. 1. 2010 consid. 7. 1.

81 ATF 132 III 677 = JT 2007 I 611, consid. 4.2.4 p. 621.

82 Idem consid. 4.2.2 et art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC.

83 TF 5A_620/2007 du 7. 1. 2020 consid. 7.3.2.

84 ATF 127 III 396 = JT 2002 I 299, consid. 3 p. 304.

85 Idem ainsi que ATF 132 III 677 = JT 2007 I 611, consid. 4.2.2 p. 620.

86 TF 5A_620/2007 du 7. 1. 2010 consid. 7. 1.

87 ATF 133 II 664 consid. 2.5 et 2.6.

88 ATF 135 III 597 consid. 3.2.

89 Idem consid. 3.3.

une responsabilité contractuelle. Théoriquement, l'avocat pourrait aussi assumer une responsabilité précontractuelle, ce qui devrait toutefois être exceptionnel vu la présomption d'acceptation immédiate du mandat professionnel (art. 395 CO).

Une responsabilité fondée sur la confiance est aussi envisageable. Envers le client, on ne voit guère qu'elle puisse revêtir une portée indépendante. En revanche, elle pourrait être invoquée par un tiers, en particulier pour la délivrance de renseignements erronés.⁹⁰ Vu toutefois les conditions posées par la jurisprudence en la matière, confiance et attentes éveillées puis déçues dans le cadre d'un rapport particulier et proximité chronologique,⁹¹ les cas où l'avocat pourrait être recherché par un tiers pour renseignements ou avis inexacts devraient en principe être limités à celui de «third party Legal opinion», d'avis ou de renseignements propres à avoir des tiers pour destinataires.⁹²

Une violation du devoir d'information est susceptible de constituer un acte illicite engageant la responsabilité extracontractuelle de l'avocat. Toutefois, les règles professionnelles de l'article 12 LLCA visent à réglementer la profession dans un but d'intérêt public et non pas à protéger le patrimoine des clients.⁹³ Par conséquent, la responsabilité délictuelle ne devrait pratiquement concerner que des cas où une infraction pénale a été commise. Pour le client, ce chef de responsabilité ne serait du reste guère utile vu le concours d'actions. A l'égard des tiers en revanche, sous réserve de la responsabilité fondée sur la confiance, la responsabilité de l'avocat ne pourra être engagée que sur la base délictuelle.⁹⁴

Dans des cas exceptionnels, la violation du devoir d'information de l'avocat, que ce soit à l'égard de son client, de tiers ou de l'autorité, qu'il s'agisse d'omission ou de faux renseignements, peut relever du pénal,⁹⁵ notamment d'infractions contre le patrimoine, comme la gestion déloyale ou l'abus de confiance, ou de délits contre l'administration de la justice, en particulier le blanchiment et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières. C'est toutefois dans le cadre disciplinaire professionnel seulement que la plupart des violations du devoir d'information sont poursuivies, indépendamment de leur sanction contractuelle, avec le cas échéant une incidence préjudicielle sur la responsabilité envers le client ou envers les tiers.

2. La responsabilité contractuelle

a) Le régime de responsabilité

La responsabilité contractuelle du mandataire est selon la jurisprudence soumise au régime général de l'article 97 CO.⁹⁶ En

pratique, la responsabilité de l'avocat est presque toujours recherchée à raison de la mauvaise exécution, essentiellement du défaut de diligence. Les cas d'inexécution totale, d'impossibilité ou de demeure apparaissent devoir être marginaux parce que le mandat n'implique pas une obligation de résultat et qu'il peut être révoqué ou répudié en tout temps. La mauvaise exécution du mandat connaît en réalité deux types de sanction; d'une part l'action en dommages-intérêts pour inexécution selon le régime général et d'autre part la perte totale ou partielle du droit aux honoraires.⁹⁷

Aux termes de la jurisprudence, l'action en dommages-intérêts du mandant est donc soumise à quatre conditions classiques que sont la violation du contrat, le préjudice et la causalité ainsi que la faute, qui est présumée mais dont le mandataire est censé pouvoir s'exculper.⁹⁸ La doctrine débat de la condition de faute car, le mandat étant caractérisé par une obligation de moyens, on peut soutenir avec pertinence que la violation du contrat se confond avec la faute, la preuve du défaut de diligence prouvant du même coup la faute.⁹⁹ Il apparaît donc contradictoire de demander d'un côté au mandant de prouver le défaut de diligence et de l'autre au mandataire de prouver qu'il n'a pas commis de faute.

Ce débat apparaît toutefois assez théorique. En pratique, le client qui veut agir contre son avocat supportera le fardeau de la preuve d'une négligence de ce dernier. Il administrera celle-ci en démontrant, d'une part, l'étendue de la diligence qu'il était objectivement en droit d'attendre de son mandataire compte tenu des circonstances et, d'autre part, que celui-ci n'a pas agi conformément à une telle diligence. Si cette preuve est rapportée, la possibilité pour l'avocat d'invoquer une preuve libératoire est quasiment inexistante, sauf dans des situations tout à fait exceptionnelles.

Les conditions relatives au dommage et à la causalité, dont la preuve incombe au mandant demandeur, sont soumises aux principes ordinaires. S'agissant de la responsabilité de l'avocat, notamment pour insuffisance de conseils ou d'informations, il faut en particulier se demander quelle tournure l'affaire aurait prise et comment le patrimoine du mandant aurait évolué si le mandataire n'avait pas violé son devoir.¹⁰⁰ Pour cette causalité hypothétique, il convient de se fonder sur le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie. Jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a pas fait sienne la jurisprudence allemande selon laquelle le défaut d'information fait présumer que le mandant aurait renoncé à l'affaire s'il avait été correctement informé.¹⁰¹

90 ATF 130 III 345 = SJ 2004.461, consid. 2 p. 464–466; ATF 124 III 363 = JT 1999 I 402, consid. 5 b p. 408.

91 ATF 130 III 345 précité, ibidem; ATF 134 III 449 = JT 2008 I 325, consid. 4.1 p. 327–328; TF 4C.202/2002 du 30.10.2002 consid. 4.1; TF 4C.237/1999 du 4.1.2000 consid. 2 b.

92 DU PASQUIER/FISCHER (note 45), p. 557.

93 DU PASQUIER/FISCHER (note 45), p. 556.

94 FELLMANN Haftung, p. 186.

95 Pour le cas d'un notaire: TF 6B.530/2008 du 8.1.2009 consid. 3.2.

96 Notamment ATF 128 III 22 consid. 2 b p. 24; TF 4C.42/2006 du 28.6.2006 consid. 2.1; TF 4C.193/2001 du 14.5.2002 consid. 2.3.

97 ATF 124 III 423 = JT 1999 I 462, consid. 3 b p. 465–466; ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 2 a p. 303.

98 ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 5 a p. 200; TF 4A.38/2008 du 21.4.2008 consid. 2.1; TF 4C.225/2000 du 8.3.2001 consid. 2.a; FELLMANN BK, art. 398 N° 332; FELLMANN Haftung, p. 187; WEBER BaK, art. 398 N° 32.

99 WERRO CR, art. 398 N° 38.

100 ATF 128 III 22 consid. 2 d p. 26 et cc p. 27; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 5 a p. 200; ATF 124 III 155 = JT 1999 I 125, consid. 3 d p. 135; TF 4C.256/2006 du 12.10.2006 consid. 5.4; TF 4C.381/2004 du 28.6.2005 consid. 2.1–2.2.

101 TF 4A.38/2008 du 21.4.2008 consid. 2.2–2.5.

b) Le défaut de diligence

L'étendue du devoir de diligence de l'avocat, notamment en matière d'information, se détermine selon des critères objectifs¹⁰² et selon les circonstances du cas particulier¹⁰³. Pour définir la diligence raisonnablement exigible, il convient donc de considérer, en particulier au regard des règles et usances de la profession, quel aurait été le comportement d'un mandataire consciencieux placé dans la même situation.¹⁰⁴ Il est en principe exclu que l'avocat puisse invoquer à sa décharge des circonstances personnelles, en particulier son ignorance du droit ou ses compétences insuffisantes dans un domaine particulier.¹⁰⁵ Sous réserve des particularités du mandat confié, qui peut impliquer des exigences accrues, le critère sera celui de tout avocat ayant des connaissances et une capacité professionnelle moyennes. En bref, l'avocat méconnaît son devoir de diligence si le manquement qui lui est reproché représente la violation de règles généralement reconnues et admises.

Le fardeau de la preuve d'un manquement à la diligence due, qui vaut en pratique preuve à la fois de la violation du contrat et de la faute, incombe au client lésé. En principe, surtout si elle a fait l'objet d'une décision disciplinaire, la violation d'une règle professionnelle ou déontologique, si cette dernière a en tout ou partie pour but de protéger les intérêts du client, démontrera la violation de la diligence due. A l'inverse, le respect de telles règles démontrera l'absence de manquement à la diligence.¹⁰⁶ En effet, vu notamment le caractère très général de la norme professionnelle imposant à l'avocat d'exercer sa profession avec soin et diligence, on imagine mal que faute professionnelle et faute contractuelle ne se recoupent pas.

L'avocat répond en principe de toute faute professionnelle, sa responsabilité n'étant pas limitée à la faute lourde, à la négligence grave, mais étant aussi engagée en cas de faute légère, en particulier par négligence et omission.¹⁰⁷ Le degré de gravité de la faute ne peut influencer que sur l'étendue de la réparation (art. 99 al. 3 et 43 al. 1 CO). De même cette dernière devra le cas échéant tenir compte de la faute concomitante du client, par exemple si celui-ci a fourni à son avocat des renseignements inexacts (art. 44 al. 1 CO).¹⁰⁸ Aussi, si l'on peut à grands traits esquisser les contours de la diligence incombant à l'avocat en matière d'information, tout cas particulier de responsabilité doit en définitive être résolu à la lumière des circonstances concrètes.

Dans ce cadre, le Tribunal fédéral considère que l'avocat «*exerce une activité qui comporte un risque dont il faut tenir*

compte du point de vue de la responsabilité civile», en particulier «*pour qualifier une manière d'agir d'acceptable ou d'inacceptable*». Par conséquent, l'avocat ne répond pas nécessairement de chaque omission qui, rétrospectivement, aurait pu éviter un dommage et il faut tenir compte «*de certaines imperfections humaines mineures qui se manifestent nécessairement lors de l'exercice d'une telle profession empreinte de risques*». ¹⁰⁹ Le risque du métier concerne sans doute d'abord l'activité de conseil de l'avocat, en particulier dans le domaine judiciaire. Toutefois, vu la très fréquente imbrication du conseil et de l'information, les considérants qui précèdent méritent certainement de trouver application en matière d'information.

c) Les conséquences de la responsabilité

Le manquement de l'avocat à son devoir de diligence peut, selon la jurisprudence, être contractuellement sanctionné de deux façons. D'une part, «*la violation objective du devoir de diligence entraîne la perte du droit aux honoraires et au remboursement des frais consentis pour l'exécution du mandat*», en tout ou partie selon que les prestations sont totalement ou partiellement utiles au mandant. D'autre part, si cette violation «*occasionne un dommage au mandant et qu'elle se double d'une faute de l'avocat, le client pourra obtenir des dommages-intérêts*», cela conformément aux dispositions générales sur l'inexécution.¹¹⁰

Même en cas d'exécution défectueuse du mandat, le mandataire a droit à des honoraires pour l'activité qu'il a exercée en conformité avec le contrat. Ce n'est que dans le cas où l'exécution défectueuse est assimilable à une totale inexécution, parce que la prestation se révèle inutile ou inutilisable, que le mandataire perd tout droit à une rémunération. Par ailleurs, lorsque les effets de l'absence de diligence ont été corrigés et qu'il n'en résulte pas de préjudice pour le mandant, le travail du mandataire doit être honoré. De même, si le mandataire prend à sa charge le préjudice causé par la mauvaise exécution, son droit aux honoraires subsiste.¹¹¹

Il peut donc y avoir cumul entre le droit à la réduction des honoraires et celui à des dommages-intérêts, de même qu'il peut y avoir compensation entre créance d'honoraires et prétention en dommages-intérêts. Pour des manquements au devoir d'information, on imagine difficilement la seule réduction ou suppression de la rémunération, à moins que le mandat ait eu pour simple objet la fourniture d'informations ou que l'inexactitude des renseignements donnés ait été découverte par le client avant toute action préjudiciable. En pratique, la violation par l'avocat de son devoir d'information devrait donc déboucher sur le droit à des dommages-intérêts, que le client peut faire valoir lorsque les autres conditions de la responsabilité civile sont remplies.

102 ATF 127 III 328 = JT 2001 I 254, consid. 3 p. 257; ATF 120 III 248 consid. 2 c p. 260; ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 2 a p. 302.

103 ATF 134 III 534 consid. 3.2.1 p. 538; ATF 127 III 328 = JT 2002 I 92, consid. 1 c p. 195.

104 FELLMANN BK, art. 398 N° 355; TERCIER N° 4665.

105 FELLMANN Haftung, p. 209–210; WERRO CR, art. 398 N° 14 et 40.

106 TERCIER N° 4671.

107 ATF 120 II 248 = JT 1995 I 559, consid. 2 c p. 560; ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 3 a s. p. 304.

108 ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 4 b p. 306; TF 4C.193/2001 du 14.5.2002 consid. 2.5.

109 ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 1b–c p. 194–195, confirmé notamment par ATF 134 III 534 consid. 3.2.2 p. 537.

110 ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 2 a p. 303.

111 ATF 124 III 423 = JT 1999 I 462, consid. 3 b p. 465–467.

VI. Conclusion

La profession d'avocat s'exerce aujourd'hui dans un monde où l'information sous toutes ses formes tient une place de plus en plus importante. Cela résulte à la fois du développement des technologies, Internet notamment, de l'internationalisation des échanges de toutes sortes et de la complexité croissante des cadres qui gouvernent les rapports sociaux, économiques et juridiques.

L'exercice de la profession n'échappe pas à cette évolution et aux risques qui en découlent. Par rapport à l'activité traditionnelle de représentation en justice, les avocats consacrent une large part de leur travail au conseil voire à des activités extérieures à la profession, comme l'administration de sociétés ou de patrimoines. Parallèlement, la mobilité interne et internationale des avocats va croissant, la profession connaît la concurrence des groupes fiduciaires, les cabinets internationaux se développent et l'on débat des cabinets pluridisciplinaires.

Dans ce contexte général et professionnel, l'avocat d'aujourd'hui n'est pas seulement appelé à recourir aux techniques modernes de l'information et de la communication. Il doit également répondre aux attentes et aux besoins accrus de ses clients d'être régulièrement et précisément informés. Cette exigence est devenue l'un des principaux aspects de l'obligation de diligence de l'avocat en même temps qu'une condition essentielle de la confiance du client.

Avec l'unification des règles professionnelles et déontologiques en Suisse, la violation du devoir d'information sous l'angle de la responsabilité est ainsi appelée à jouer un rôle croissant, peut-être aussi important que celui de la «mauvaise pratique». A l'inverse, l'information dispensée de manière adéquate constituera pour l'avocat une protection contre les griefs de certains clients plus enclins à rechercher leur mandataire qu'à assumer leurs risques. ■