

Jean-Tristan Michel\*

## Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (1<sup>ère</sup> partie)

**Mots clés :** art. 321 CP, art. 13 LLCA, secret professionnel, avocat, CPC fédéral, CPP fédéral, blanchiment d'argent, juristes d'entreprise

### I. Introduction

Les récents développements légaux et jurisprudentiels imposent de se pencher à nouveau sur ce sujet pourtant longuement traité par la doctrine.

Longtemps, le secret professionnel de l'avocat fut défini négativement, à l'art. 321 CP qui fait de sa violation un délit puni, sur plainte, d'une peine privative de liberté de 3 ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Depuis quelques années, le secret professionnel figure également à l'art. 13 LLCA<sup>1</sup> qui en donne une définition positive, laquelle est reprise dans ses principaux éléments à l'art. 15 du Code suisse de déontologie, publié par la FSA<sup>2</sup>.

La nature de l'intérêt juridiquement protégé par cette disposition est controversée en doctrine. En effet, dans la systématique du code, l'art. 321 CP se trouve sous le titre 18, réprimant les infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels, ce qui n'est pas des plus précis, et l'on comprend l'embarras de la doctrine. La jurisprudence a trouvé un compromis et pose un triple intérêt:<sup>3</sup>

1. l'intérêt du client à pouvoir se fier à son mandataire<sup>4</sup>,
2. l'intérêt de celui-ci à être complètement renseigné, et
3. l'intérêt public à pouvoir obtenir une défense efficace (art. 4 aCst.<sup>5</sup> et 6 CEDH).<sup>6</sup>

Dans une première partie, nous examinerons le secret professionnel de l'avocat en lui-même (II), puis, dans une seconde partie ses limites (III) avant de conclure. Les limites seront étudiées

---

des Avocats Vaudois à l'occasion de son centenaire, François Chaudet/Olivier Rodondi (édit.), Bâle 1998, 301, p. 302; GÉRARD PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale suisse*, 2<sup>ème</sup> éd. refondue et augmentée, Zurich 2006, N 774; JEAN-MARC REYMOND, *Le secret professionnel de l'avocat dans les projets de Code de procédure pénale et civile suisses: un droit fondamental du justiciable en péril*, *Revue de l'avocat* 2007, 63, p. 63; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Le droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1804 ss.

- 4 Le Code de déontologie des avocats de l'UE du 28 octobre 1988 (disponible sur le site du Conseil des barreaux européens, CCBE, rubrique Documents), rappelle l'importance du lien de confiance entre l'avocat et le client, relation qui ne peut exister s'il y a un doute sur l'honnêteté, la probité, la rectitude et la sincérité de l'avocat. Ces vertus traditionnelles sont pour l'avocat des obligations professionnelles (v. art. 2.2 Code de déontologie UE); il précise également que la confidentialité fait partie de l'essence de la profession et est un droit premier et fondamental de l'avocat, ainsi qu'un devoir (art. 2.3.1 du Code précité; *moins restrictif*: v. l'art. 1 al. 2 du Code suisse de déontologie (note 2)). V. ég. LAURENT MOREILLON/YVES BURNAND, *L'avocat pénaliste peut-il cacher un dénonciateur?*, in: *L'avocat et le juge face au droit pénal*, Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Amédée Kasser, Mercedes Novier, Odile Pelet et Ralph Schlosser (édit.), Zurich 2005, 125, p. 130; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1804 ss et les réf.
- 5 Aujourd'hui art. 29 et 30 Cst.

- 6 V. REYMOND (note 3), p. 63, qui parle du secret professionnel de l'avocat comme d'«un principe essentiel de notre ordre juridique, nécessaire à la mise en œuvre des garanties de procédure conférées notamment par l'art. 6 CEDH»; v. ég. FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 302. A noter toutefois la restriction mentionnée par MOREILLON/BURNAND (note 4), p. 131 et n. 25, à savoir que la protection de l'art. 6 CEDH ne vaut qu'en cas de poursuite pénale alors que le secret professionnel de l'avocat couvre un champ bien plus large.

---

\* MLaw, doctorant, assistant diplômé au CEDIDAC, Université de Lausanne. L'auteur tient à remercier ici Monsieur le Professeur Daniel Stoll, Professeur remplaçant à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne et premier substitut du Procureur du canton de Vaud, pour sa relecture attentive et ses précieux conseils ainsi que M. Pierre-François Vulliamin, assistant diplômé à l'Université de Lausanne, pour sa relecture et ses suggestions.

- 1 Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, RS 935.61.
- 2 Code suisse de déontologie de la FSA du 10 juin 2005 (disponible sur le site de la FSA, rubrique FSA, Statuts/Code suisse de déontologie).
- 3 BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Vol. II, Berne 2002, N 2 ad art. 321 CP; STEPHAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich, N 1 ad art. 321 CP; BERNARD CORBOZ, *Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP*, SJ 1993, 77 (cité CORBOZ SJ), p. 79–81; CHRISTIAN FAVRE/PATRICK STOUDMANN, *Le secret professionnel de l'avocat et ses limites*, in: *L'avocat moderne*, mélanges publiés par l'Ordre

dans la seconde partie de cet article qui paraîtra le mois prochain.

## II. Le secret professionnel de l'avocat

L'art. 321 CP protège les secrets (1.) acquis par un avocat (2.) dans l'exercice de sa profession (3.).

### 1. Les personnes assujetties au secret

D'après l'art. 321 CP, c'est l'avocat qui est assujéti au secret. Corboz<sup>7</sup> le définit comme «une personne physique ayant des connaissances juridiques et l'autorisation requise pour exercer professionnellement et de manière indépendante l'activité consistant à donner des conseils, défendre les intérêts d'autrui et intervenir devant tous les tribunaux d'un ressort pour assister ou représenter son client».<sup>8</sup>

Sont donc concernés tous les avocats; qu'ils soient suisses ou étrangers<sup>9</sup>, de choix ou commis d'office, malgré leur statut particulier dans ce dernier cas.<sup>10</sup> Le point central étant la titularité du brevet d'avocat.<sup>11</sup> En outre, l'activité doit être exercée dans une étude d'avocat ou une structure analogue<sup>12</sup>, nous y reviendrons.

Une partie de la doctrine soutient que les avocats-stagiaires ne doivent pas être considérés comme des avocats au sens de l'art. 321 CP, étant des auxiliaires de ceux-ci<sup>13</sup>. Cette opinion s'appuie notamment sur le fait qu'ils pratiquent sous la responsabilité de leur maître de stage (v. p.ex. art. 22 al. 2 LPAV VD<sup>14</sup>). Il sont donc des auxiliaires de l'avocat et tombent sous le coup de l'art. 321 CP à ce titre. Compte tenu du fait que pour les défenses d'office en matière pénale, le stagiaire agit en général sous sa propre responsabilité<sup>15</sup>, il se justifie selon nous, de relativiser cette affirmation et de les considérer comme des avocats dans ces cas.<sup>16</sup>

Cette question perdra de son intérêt lors de l'avènement des CPC et CPP fédéraux qui supprimeront la possibilité pour un stagiaire d'être nommé d'office.<sup>17</sup>

On vient de le voir, Corboz impose, comme condition pour être lié par le secret professionnel de l'art. 321 CP, l'indépendance de l'avocat. Les avocats exerçant au sein d'une entreprise (p.ex. une banque ou une assurance) ne sont donc pas liés par le secret professionnel de l'art. 321 CP, s'ils ne peuvent représenter une partie en justice.<sup>18</sup> Toutefois, la question de savoir si l'avocat exerçant dans une entreprise et habilité à donner des conseils juridiques à la clientèle doit être considéré comme lié par le secret professionnel de l'art. 321 CP est controversée en doctrine<sup>19</sup>, même si, selon nous, et au vu du texte clair de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, une telle controverse n'a pas lieu d'être.<sup>20</sup>

Cette controverse est d'ailleurs sur le point de trouver une solution légale. En effet, l'Office fédéral de la Justice a mis en consultation un avant-projet de loi fédérale sur les juristes d'entreprise (AP-LJE) accompagné d'un rapport (rapport LJE).<sup>21</sup> Dans le cadre de cette nouvelle loi, les juristes d'entreprise inscrit dans un registre cantonal prévu par la loi seraient soumis au secret professionnel (art. 12 AP-LJE), lequel serait sanctionné pénalement par l'art. 321 ch. 1<sup>bis</sup> AP-CP, prévu par l'AP-LJE.<sup>22</sup>

Outre l'avocat, sont liés par le secret professionnel les auxiliaires de celui-ci. Favre et Stoudmann les définissent comme «toute personne collaborant à titre professionnel, mais pas forcément à titre d'activité principale, avec une personne tenue au secret et qui se trouve par cette activité habituellement en mesure de prendre connaissance de faits confidentiels».<sup>23</sup> Il convient de signaler ici que la notion d'auxiliaire selon l'art. 13 LLCA est la même que celle de l'art. 101 CO, soit toute personne qui concourt à l'exécution des prestations du mandataire.<sup>24</sup>

Message relatif à l'unification de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, p. 1156, ad art. 125 P-CPP, semble affirmer la même chose en ne mentionnant pas les stagiaires dans la liste des défenseurs en matière pénale.

7 CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 321 CP. Cf. ég. HERBERT BRUNNER, Die Anwaltschaftsgemeinschaft, thèse, Fribourg 1977, p. 6; CORBOZ SJ (note 3), p. 82.

8 Pour une autre définition de l'avocat, v. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1796 ainsi que N 1797 et 1809 ss pour les avocats n'exerçant pas au sein d'une étude.

9 CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 321 CP.

10 PIQUEREZ (note 3), N 774; CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 321 CP; CORBOZ SJ (note 3), p. 83.

11 TRECHSEL (note 3), N 5 ad art. 321 CP, et les réf.; FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 303.

12 CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 321 CP.

13 FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 303, n. 7; moins clair: PIQUEREZ (note 3), N 769.

14 Loi vaudoise sur la profession d'avocat du 24 septembre 2002, RSV 177.11.

15 V. p.ex. art. 22 al. 3 et 24 LPAV VD (note 14); art. 31 LPAV GE (tant sur le plan pénal que sur le plan civil) (Loi genevoise sur la profession d'avocat du 26 avril 2002, RSG E 6 10).

16 Du même avis, BOHNET/MARTENET (note 3), N 1798.

17 V. Message du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, ad art. 66 P-CPC, p. 6893 s., qui renvoie à l'art. 40 LTF pour la définition de l'avocat habilité à représenter professionnellement les parties devant les juridictions civiles. Dite disposition renvoie elle-même à la LLCA (note 1), laquelle dispose qu'est avocat celui qui remplit les conditions de l'art. 6 LLCA, soit notamment la titularité du brevet. Le

18 CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 321 CP; ALBERT-LOUIS DUPONT-WILLEMEN, Le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat, Bulletin de la Fédération Suisse des Avocats, 1986, N 101, p. 18; TRECHSEL (note 3), N 5 ad art. 321 CP; JÖRG SCHWARZ, Anwendung von Art. 321 StGB auf Unternehmensjuristen – Einige Gedanken zu einer laufenden Diskussion, Revue de l'avocat 2006, 338, p. 339 et les nombreuses réf. et p. 341; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1812. La question est laissée ouverte par le Tribunal fédéral: arrêt du TF 1B\_101/2008 du 28 octobre 2008 = SJZ 105 (2009), 14, consid. 4.2, v. ég. le commentaire de DANIEL ZIMMERLI, Eingeschränktes Anwaltsprivileg im Kartellverfahren, Push-Service des arrêts, 10 décembre 2008.

19 Cf. CORBOZ SJ (note 3), p. 83; DUPONT-WILLEMEN (note 18), p. 21 s. et les réf.; parmi les rares soutenant cette thèse, v. MARCEL NIGGLI, Unterstehen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen?, Revue de l'avocat 8/2006, p. 277 ss., qui répond par l'affirmative à cette question.

20 Tant le TPF que le TF semblent être du même avis (v. arrêt du TPF BE.2007.10-13 et arrêt du TF 1B\_101/2008 du 28 octobre 2008), ce qu'a souligné le Rapport Annuel 2009 de la Commission fédérale de la Concurrence (RPW 2009, 16, p. 25).

21 L'avant-projet et le rapport explicatif l'accompagnant sont disponibles sur le site de l'Administration fédérale (rubrique Documentation, Consultation, Procédures de consultation et d'audition en cours).

22 Pour un développement de la question, v. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1814 s.

23 FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 304.

24 Cf. le Message concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 28 avril 1999, FF 1999 5331, p. 5369 s.; v. ég. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1861.

Cette notion est plus large que celle de l'art. 321 CP, qui retient un lien bien plus étroit que ce qu'exige l'art. 101 CO.<sup>25</sup>

Corboz<sup>26</sup> établit la liste suivante des auxiliaires de l'avocat (au sens du CP): ses collaborateurs, clerks et secrétaires, ainsi que le détective ou l'expert engagé par lui. Curieusement, il ne mentionne pas le stagiaire, contrairement à d'autres.<sup>27</sup> Poussant la logique jusqu'au bout, Oberholzer va jusqu'à soutenir que le cercle des auxiliaires de l'avocat est quasiment sans limite<sup>28</sup>, ce qui est contestable, vu le lien étroit exigé par l'art. 321 CP.

Bohnet et Martenet, parlant des auxiliaires selon la LLCA, y ajoutent les stagiaires, les étudiants en stage, les apprentis et toutes les personnes chargées par l'avocat d'accomplir certaines tâches: ainsi une banque, un service de traduction, ou le personnel de nettoyage.<sup>29</sup>

En tout état de cause, c'est à l'avocat qu'il incombe de faire respecter le secret par ses auxiliaires notamment en prenant toutes les mesures nécessaires (accords de confidentialité, surveillance, dispositifs de sécurité, etc.).<sup>30</sup>

## 2. Un secret

Pour qu'il y ait secret<sup>31</sup>, il faut quatre conditions cumulatives:<sup>32</sup>

- le secret doit être un fait connu d'un cercle restreint de personnes;<sup>33</sup>
- il ne doit pas être accessible à tous;
- le maître veut, effectivement, que le secret soit gardé<sup>34</sup>, il peut également souhaiter une divulgation restreinte à certaines personnes, pas avant une certaine date ou limitée à un certain cadre;<sup>35</sup>
- le maître du secret a un intérêt<sup>36</sup> à le taire. Cette condition doit être interprétée plus largement qu'à l'art. 320 CP: alors que l'art. 320 CP exige un intérêt légitime<sup>37</sup>, il n'est pas né-

cessaire, dans le cadre de l'art. 321 CP, que l'intérêt soit justifié d'un point de vue moral, il suffit qu'il existe en fait.<sup>38</sup>

Hormis cette restriction, la notion de secret au sens de l'art. 321 CP est la même qu'à l'art. 320 CP.<sup>39</sup>

Corboz<sup>40</sup> va jusqu'à affirmer qu'il suffit que le client demande à l'avocat de garder une information secrète pour que l'avocat soit tenu, ce qui nous semble logique.<sup>41</sup>

En cas de doute, l'avocat doit s'abstenir de toute communication. C'est à lui qu'il incombe de requérir de son client les instructions nécessaires.<sup>42</sup>

Le secret doit porter sur des faits<sup>43</sup>, même s'ils s'avèrent inexactes.<sup>44</sup> Rentrent dans le secret le fait qu'une personne déterminée ait consulté l'avocat<sup>45</sup>, les documents remis par le mandant à son mandataire<sup>46</sup>, l'ensemble des documents de travail de l'avocat<sup>47</sup> et même le comportement du client à l'égard de son avocat.<sup>48</sup> Il a également été admis qu'il y a violation du secret professionnel si sa révélation conforte dans son opinion la personne qui connaissait déjà le fait.<sup>49</sup>

L'avocat est également tenu pour les faits qu'il tient de tiers et qui concernent son mandant.<sup>50</sup> En principe, l'avocat ne doit donc absolument rien dire qui puisse permettre d'identifier un éventuel mandant;<sup>51</sup> la chose peut devenir délicate, notamment si, pris dans un conflit d'intérêt, un avocat doit refuser un mandat mais sans pouvoir justifier son refus, tenu qu'il est par le se-

25 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1863.

26 CORBOZ (note 3), N 16 ad art. 321 CP; cf. aussi, JÖRG REHBERG, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 1996, p. 431; TRECHSEL (note 3), N 13 ad art. 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1863.

27 FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 303, n. 7; v. ég. PIQUERET (note 3), N 769.

28 NIKLAUS OBERHOLZER, N 6 ad art. 321 CP, in: *Basler Kommentar, Strafrecht II*, Hans Wiprächtinger/Marcel Alexander Niggli (édit.), 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2007.

29 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1861.

30 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1861.

31 Sur la notion de secret, v. JÉRÔME BÉNÉDICT, *Internet et le respect du secret professionnel de l'avocat*, in: *L'avocat moderne, mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son centenaire*, François Chaudet/Olivier Rodondi (édit.), Bâle 1998, p. 267 ss; v. ég. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1834 ss.

32 Cf. CORBOZ SJ (note 3), p. 83 s.

33 ATF 112 Ib 607; ATF 106 IV 133, consid. 3. V. ég. CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 320 et 19 ad art. 321 CP et les réf.

34 ATF 106 IV 133, consid. 3; v. ég. CORBOZ (note 3), N 23 ad art. 321 CP; OBERHOLZER (note 28), N 17 ad art. 321 CP.

35 V. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1839 s.

36 PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht, Delikte gegen den Einzelnen, Besonderer Teil I*, Zurich 1983, p. 100 et FELIX WOLFFERS, *Der Rechtsanwalt in der Schweiz*, thèse, Berne et Zurich 1986, p. 134, exigent que l'intérêt à garder le secret soit légitime; *contra*: CORBOZ SJ (note 3), p. 83 s., pour qui, sous réserve de l'abus de droit, l'intérêt n'a pas à être justifié. Sur l'intérêt du maître à garder le secret, v. ATF 112 Ib 606; ATF 106 IV 131, consid. 3.

37 V. not. CORBOZ (note 3), N 10 ss ad art. 320 CP et les réf.

38 L'intérêt à garder le secret, selon l'art. 320 CP, doit être légitime, cf. CORBOZ (note 3), N 11 ad art. 320 CP et les réf.

39 CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 320 CP. Cf. ég. ATF 127 IV 125, consid. 1; ATF 126 IV 242, consid. 2a; ATF 114 IV 46, consid. 2; REHBERG (note 26), p. 420; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Kurzkommentar, Besonderer Teil II (Straftaten gegen Gemeininteressen)*, 5<sup>ème</sup> éd., Berne 2000, § 59 N 5; *interprétation plus large*: TRECHSEL (note 3), N 3 ad art. 320 CP.

40 Cf. CORBOZ SJ (note 3), p. 84.

41 Du même avis: BOHNET/MARTENET (note 3), N 1839.

42 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1839.

43 CORBOZ (note 3), N 12 ad art. 320 CP; TRECHSEL (note 3), N 4 ad art. 320 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1834; TF, 5 mai 2006 = SJ 2006 I 489, consid. 5.3.1; ATF 112 Ib 607.

44 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1839.

45 TRECHSEL (note 3), N 18 ad art. 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1936. V. ég. *Autorité neuchâteloise de surveillance des avocates et des avocats*, 24 septembre 2003, RJN 2005, 284, p. 292.

46 CORBOZ SJ (note 3), p. 85; TRECHSEL (note 3), N 18 ad art. 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1836. Dans un ATF 117 la 348, le TF a rappelé que des documents volés dans une étude d'avocat conservent leur caractère secret, ils ne peuvent être utilisés dans une procédure pénale.

47 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1836.

48 ATF 97 I 838: litige portant sur les honoraires d'un avocat – dans ce cadre, l'avocat n'est, en principe, pas autorisé à faire des révélations sur le caractère de son ancien mandant. Cf. ég. ATF 97 I 831 consid. 4 = JdT 1973 I 200; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1836; MICHAEL PFEIFER, N 52 ad art. 13 LLCA, in: *Walter Fellmann/Gaudenz Zindel (édit.), Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Zurich 2005.

49 ATF 75 IV 75; JACQUES MICHOD, *Le secret de la procédure pénale en droit vaudois*, thèse, Lausanne 1987, p. 122; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1839.

50 FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 305; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1839. Dans un arrêt 2C.508/2008 du 27 mai 2008, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que «die Rechtsanwälte unterstehen zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles» (consid. 2.1).

51 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1843.

cret. Il convient donc de ne pas se montrer trop rigide dans la défense du secret professionnel et de permettre à l'avocat, dans ces cas, d'invoquer un conflit d'intérêt, même si cela peut permettre l'identification de son client. De même, s'il consulte un confrère, l'avocat doit caviarder les documents remis et/ou anonymiser le cas qu'il présente, malgré le fait que ledit confrère est également tenu au même secret. C'est un secret absolu, nous en reparlerons.

L'obligation de garder le secret ne prend pas fin avec le mandat<sup>52</sup> mais avec la mort du mandataire, détenteur du secret (il ne peut plus le divulguer) ou avec la fin du secret, mais il convient d'être prudent dans l'appréciation de ce dernier cas.<sup>53</sup> Les héritiers de l'avocat, n'étant pas ses auxiliaires, ne sont pas tenus au secret.<sup>54</sup> Il se pose donc ici un problème auquel le droit public tente de remédier en prévoyant souvent la transmission des archives de l'avocat à un confrère.<sup>55</sup>

### 3. Secret confié dans l'exercice de sa profession

L'avocat doit avoir pris connaissance du secret dans l'exercice de sa profession, ou ledit secret doit lui avoir été confié à qualité.<sup>56</sup> Déterminer ce qu'est le cadre de l'activité de l'avocat offre un certain nombre de difficultés. En effet, la profession jouissant d'une estime certaine au sein de la population<sup>57</sup>, l'avocat est souvent sollicité, et ce dans des domaines très différents les uns des autres. Pris entre l'activité (au sens large) des avocats qui se diversifie de plus en plus et un secret professionnel qu'il a lui-même qualifié d'absolu<sup>58</sup>, le Tribunal fédéral a eu recours à un critère de distinction assez restrictif: pour que le fait confié à l'avocat soit protégé par le secret professionnel, il faut que celui-ci lui ait été révélé dans le cadre de son activité typique (ou spécifique)<sup>59</sup>, à l'exclusion des faits appris dans le cadre d'une activité atypique. L'information doit donc avoir un rapport, même ténu<sup>60</sup>, avec sa profession d'avocat<sup>61</sup>, entendue au sens strict.<sup>62</sup> La source de l'information importe peu<sup>63</sup>, il suffit que l'avocat ait appris la chose dans l'exercice de sa profession<sup>64</sup>, même à l'insu

du mandant<sup>65</sup>, que ce soit en lisant un dossier, en examinant des pièces ou en assistant à une audience.<sup>66</sup> Il peut également l'apprendre de tiers.<sup>67</sup> En revanche, cela ne concerne pas ce qu'il pourrait apprendre à titre privé.<sup>68</sup>

Il a été jugé<sup>69</sup> que l'avocat officiant en qualité de curateur de son mandant exerce une activité typique. En revanche, l'activité de gérant de fortune ou de placement de fonds est une activité atypique<sup>70</sup>, donc non couverte par le secret; il en va de même lorsque l'avocat est chargé d'un mandat de recouvrement, comme pourrait l'être une banque ou une fiduciaire.<sup>71</sup>

Si l'avocat est à la fois membre du Conseil d'administration d'une société et son avocat, il y a lieu de distinguer *a posteriori* les deux rôles.<sup>72</sup> Dans une procédure, il pourra lui être demandé de fournir les documents qu'il détient en tant que membre du Conseil d'administration mais pas les lettres qu'il a adressé à la société en tant qu'avocat, ni les réponses de celle-ci, les projets, notes et autres documents qu'il détient en tant qu'avocat. Autrement dit, pour chaque document considéré, il faudra se demander si l'avocat le détient de par sa profession d'avocat ou en tant qu'il est membre du Conseil d'administration de la société en question. En cas de «concours», c'est-à-dire s'il détient un document en tant qu'avocat et en tant que membre du Conseil d'administration, c'est cette dernière qualification qui doit l'emporter; il s'ensuit donc qu'il devra communiquer dit document.<sup>73</sup>

D'après le rapport LJE, si la question se posera probablement avec une plus grande fréquence pour les juristes d'entreprise, l'exercice auquel il faudra procéder reste fondamentalement le même.<sup>74</sup>

Dans le cas où les documents que l'avocat doit communiquer concernent également un autre mandant, il a été admis, avec raison, qu'il puisse caviarder ce qui concerne l'autre mandant.<sup>75</sup>

La conséquence du secret est que l'avocat est tenu de ne pas le divulguer, mais le principe n'est pas absolu, l'avocat peut, par exemple, le confier à ses auxiliaires qui sont également tenus de le conserver en vertu de l'art. 321 CP.<sup>76</sup> Dans le cadre de grandes

52 Art. 13 al. 1 LLCA; CORBOZ (note 3), N 38 ss *ad art.* 321 CP et les réf.; CORBOZ SJ (note 3), p. 89 et les nombreuses réf.

53 V. CORBOZ SJ (note 3), p. 89.

54 CORBOZ (note 3), N 41 *ad art.* 321 CP; TRECHSEL (note 3), N 17 *ad art.* 321 CP et les réf.; NOLL (note 36), p. 101; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1845.

55 Cf. CORBOZ (note 3), N 41 *ad art.* 321 CP; v. ég. art. 4 Code suisse de déontologie (note 2).

56 CORBOZ (note 3), N 26 *ad art.* 321 CP; CORBOZ SJ (note 3), p. 85; FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 306; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1841 s.

57 V. FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 305 s.

58 TF, 11 avril 1996 = SJ 1996, 453, consid. 2b.

59 ATF 120 Ib 112, consid. 4; ATF 112 Ib 606.

60 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1841.

61 ATF 117 Ia 341, consid. 6a/bb qui parle d'un «certain rapport» et TF, 11 avril 1996 = SJ 2006, 453, consid. 2b qui parle d'un «rapport certain». Est-ce une évolution restrictive de la jurisprudence?

62 Cf. *supra*, la définition de l'avocat par CORBOZ, appel de note 7. L'on retrouve cette même exigence de rattachement à l'activité typique, la définition est identique, même si les termes employés sont différents, dans l'AP-LJE: v. rapport LJE (note 21), p. 20 *in fine*.

63 REHBERG (note 26), p. 357; CORBOZ (note 3), N 28 *ad art.* 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1841.

64 PIQUEREZ (note 3), N 769; ATF 101 Ia 10 = JdT 1977 I 279.

65 WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2006, N 58 s. *ad art.* 398 CO.

66 CORBOZ (note 3), N 28 *ad art.* 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1841.

67 CORBOZ (note 3), N 28 *ad art.* 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1841.

68 PIQUEREZ (note 3), N 770; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1841; Arrêt de la Chambre d'accusation neuchâteloise du 19 novembre 1986, RJN 1986, 101; ATF 101 Ia 10 consid. 3 = JdT 1977 I 279.

69 ATF 97 I 831, consid. 4; ZR 1987 N 20; BJP 1992, N 231.

70 ATF 112 Ib 606; v. ég. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1821 ss pour une analyse approfondie des différentes activités commerciales de l'avocat.

71 ATF 120 Ib 119.

72 ATF 115 I 197, consid. 3d: un avocat qui est en même temps administrateur d'une société ne peut refuser, d'une manière générale, de témoigner dans une procédure pénale. Il y a lieu de distinguer entre son activité commerciale et celle relevant spécifiquement du mandat d'avocat. Sur l'art. 162 CP [secret d'affaire], v. p.ex., PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, RSDA 2005, 101, p. 106.

73 Sur cette problématique spécifique, v. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1824 s.

74 V. Rapport LJE (note 21), p. 20 s.

75 ATF 114 III 105, consid. 3., en l'espèce, il s'agissait de la société mère.

76 Cf. CORBOZ (note 3), N 32 ss *ad art.* 321 CP.

études, la procuration que signe le mandant est souvent en faveur de l'étude, l'un des avocats étant nommément désigné comme le principal chargé de l'affaire. Il nous semble que dans ces cas, l'avocat désigné par l'étude est celui qui est tenu à titre principal par le secret. Les autres avocats collaborant au dossier devant être considérés comme ses auxiliaires.

Dans le cas concret d'un stagiaire se rendant tard dans une autre étude pour faire signer un acte de procédure, parce qu'aucun avocat n'est plus présent dans son étude, l'avocat signataire est également tenu par le secret, naturellement, à titre d'auxiliaire, selon nous.

Si l'activité concernée de l'avocat n'est pas protégée par le secret professionnel, il n'en demeure pas moins que ce dernier

est tenu par son obligation de fidélité (art. 398 CO), comme tout mandataire. Cela signifie qu'il ne doit pas livrer spontanément les informations et documents qu'il détient.<sup>77</sup>

La seconde partie de cet article sera publiée dans le numéro de novembre de la Revue de l'Avocat. L'auteur y abordera les limites au secret professionnel, concrètement la levée du secret, le traitement du secret dans les futurs CPC et CPP fédéraux ainsi que les limites dans le cadre d'actions en justice intentées tant contre l'avocat que contre son mandant. ■

---

77 V. p.ex. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1820 et les réf.