

[2 | 2017]

ANWALTS

REVUE

DE L'AVOCAT

GIAN SANDRO GENNA

Sind wir Anwälte fit für die Digitalisierung? SEITE / PAGE 55

PHILIPPE VLADIMIR BOSS

L'autorisation d'exécuter un acte pour un État étranger dans la pratique récente SEITE / PAGE 77

BENOÎT CHAPPUIS/ALEXANDRE STEINER

Le secret de l'avocat dans le CPP et le CPC: entre divergence et harmonie SEITE / PAGE 87



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

LE SECRET DE L'AVOCAT DANS LE CPP ET LE CPC: ENTRE DIVERGENCE ET HARMONIE

BENOÎT CHAPPUIS

Avocat, professeur aux Universités de Genève et Fribourg

ALEXANDRE STEINER

Master en droit

Mots-clés: avocat, secret de l'avocat, avocat étranger, séquestre, témoignage

Le secret professionnel de l'avocat, institué aux art. 13 LLCA et 321 CP, est protégé dans des dispositions spécifiques du CPP et du CPC qui permettent à l'avocat de refuser de témoigner ainsi que de s'opposer à la saisie de documents couverts par le secret. Il apparaît cependant que la terminologie utilisée dans ces dispositions est variable et crée une incertitude sur la question de savoir qui est l'«avocat» qui peut s'en prévaloir. De manière générale, on sait qu'il faut distinguer entre l'avocat titulaire d'un brevet suisse, l'avocat UE/AELE et l'avocat étranger hors UE. La protection du secret de ces différents types d'avocat varie d'une disposition procédurale à une autre, sans que l'on s'explique les raisons qui pourraient fonder de telles variations.

I. Introduction: le secret de l'avocat dans le CPC et le CPP

Dans un récent arrêt,¹ le Tribunal fédéral, devant se prononcer sur les conditions de la levée du secret d'un avocat mandaté en qualité d'exécuteur testamentaire, a saisi l'opportunité pour donner un véritable cours de droit sur le secret professionnel de l'avocat, son histoire, ses fondements et ses buts. Le Tribunal fédéral y rappelle notamment que la protection du secret professionnel vise tant la sauvegarde des intérêts publics que celle des intérêts privés. Notre Haute cour y détaille ainsi l'importance que revêt le secret professionnel de l'avocat dans un État de droit.

À la lecture de cet arrêt, l'avocat devrait pouvoir rassurer son client quant à la pérennité, dans le système législatif suisse, de la protection des secrets que celui-là lui confie. Néanmoins, il est prudent de relever que cette protection n'est pas sans faille ni ne va sans de délicates ambiguïtés. Une brève analyse des conditions d'application des principales dispositions procédurales concrétisant le secret professionnel de l'avocat met en effet en évidence quelques difficultés en lien avec la protection que le législateur lui accorde actuellement. En particulier, on constate l'imprécision de l'emploi du vocable «avocat» dans les dispositions légales pertinentes, cela malgré les efforts entrepris par le législateur pour harmoniser les textes.² Il en

résulte des incohérences quant au champ d'application effectif du secret en procédure.

Les principales dispositions procédurales dont bénéficient les avocats sont, d'une part, le droit de l'avocat de refuser de témoigner (art. 166 al. 1 let. b CPC en matière civile et art. 171 CPP en matière pénale) et la protection contre la production, respectivement le séquestre pénal, de documents contenant des informations couvertes par le secret de l'avocat (art. 160 al. 1 let. b CPC en matière civile et art. 264 CPP en matière pénale). C'est donc à la présentation de ces dispositions qu'il faut s'intéresser en premier lieu.

1. En procédure civile

En matière civile, trois dispositions de procédure concrétisent la protection du secret de l'avocat. La première est la dispense générale, donnée aux parties et aux tiers, de produire des documents lorsque ceux-ci concernent «des

¹ ATF 142 II 307.

² Loi fédérale du 28.9.2012 sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats. Cf. Message du CF relatif à la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, FF 2011 7509.

contacts entre une partie ou un tiers et un avocat autorisé à les représenter à titre professionnel» (art. 160 al. 1 let. b CPC).

La deuxième de ces dispositions concrétise ce droit de refus lorsque l'avocat est partie à la procédure (art. 163 al. 1 let. b CPC), alors que la troisième consacre un droit similaire lorsque l'avocat est entendu comme tiers à la procédure «dans la mesure où, de ce fait, la révélation d'un secret serait punissable en vertu de l'art. 321 CP» (art. 166 al. 1 let. b CPC).

2. En matière pénale

À l'instar de ce qui est prévu en procédure civile, le secret professionnel est protégé en matière pénale. D'une part, l'avocat est autorisé à refuser de témoigner en vertu de l'art. 171 CPP. D'autre part, l'art. 264 CPP empêche le séquestre de documents couverts par le secret professionnel. Le fonctionnement de l'art. 264 CPP nécessite cependant les précisions suivantes.

En vertu de l'art. 264 al. 1 let. a et c CPP, les documents concernant des contacts entre le prévenu et un avocat ne peuvent pas être séquestrés. Il en va de même de la correspondance entre un avocat et une personne qui n'a pas le statut de prévenu, par exemple la partie plaignante ou le témoin. En effet, en vertu de l'article 264 al. 1 let. d CPP, les objets et les documents concernant des contacts entre une autre personne et son avocat ne peuvent pas être séquestrés, à la double condition toutefois que l'avocat soit autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA et qu'il n'ait pas le statut de prévenu dans la même affaire.

Cette dernière disposition a été introduite par la loi du 28.9.2012 sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, en vigueur depuis le 1.5.2013 (cf. supra n. 2). Cette nouveauté législative avait pour objet d'harmoniser les diverses règles de procédure en ce qui concerne le secret professionnel de l'avocat,³ en protégeant ce secret de la même manière que dans le CPC et le CPP.⁴ Les art. 160 al. 1 let. b CPC et 264 al. 1 CPP furent ainsi pris comme modèle.

Selon le message du Conseil fédéral relatif à cette loi,⁵ il était apparu que le secret professionnel des avocats n'était pas protégé de manière identique dans le CPC et le CPP. En effet, l'art. 160 al. 1 let. b CPC prévoyait une protection du secret professionnel lorsqu'il s'agissait de la correspondance de l'avocat et son client, peu importe que ce dernier fût partie ou non à la procédure. Tel n'était en revanche pas le cas de l'ancienne version de l'art. 264 CPP: en l'absence de l'actuelle let. d, il n'était pas prévu de protéger les documents couverts par le secret professionnel de l'avocat, lorsque le client de ce dernier n'avait pas le statut de prévenu, tel un tiers touché par un acte de procédure.⁶ Dès lors, il a été choisi d'ajouter la let. d à l'art. 264 al. 1 CPP, afin d'harmoniser la protection donnée au secret professionnel de l'avocat entre le CPC et le CPP,⁷ de sorte qu'à l'instar de la procédure civile, le statut procédural du client de l'avocat ne change rien à l'interdiction de séquestrer des documents couverts par le secret professionnel.

II. Les quelques incohérences des codes de procédure

En conclusion de ce qui précède, il semble à première vue que la volonté du législateur⁸ ait parfaitement été exprimée dans les codes actuellement en vigueur et que, par conséquent, le secret de l'avocat jouit d'une harmonie procédurale, au bénéfice de règles unifiées. Une analyse littérale des mots choisis par le législateur mène pourtant à une conclusion inverse.

1. En lien avec le séquestre pénal

A) Problématique

Sur le principe, le CPP interdit le séquestre de la correspondance entre le prévenu et un avocat. Une telle protection peut se fonder soit sur la let. a, soit sur la let. c de l'art. 264 al. 1 CPP. En vertu de la let. a, ce sont «les documents concernant des contacts entre le prévenu et son défenseur» qui ne peuvent faire l'objet d'un séquestre. Quant à la let. c, la même règle s'applique pour des objets et des documents «concernant des contacts entre le prévenu et une personne qui a le droit de refuser de témoigner», sauf si cette personne a le statut de prévenu dans la même affaire. Cette dernière disposition renvoie aux art. 170 à 173 CPP (dispense de témoignage), de sorte qu'elle protège la correspondance entre le prévenu et toute personne ayant le droit de refuser de témoigner en vertu de ces derniers articles. Tel est le cas des fonctionnaires (art. 170 CPP), des médias lorsqu'il s'agit de protéger leurs sources (art. 172 CPP), de certaines personnes soumises à un éventuel devoir de discrétion (art. 173 CPP) et, objet de la présente analyse, des personnes astreintes au secret professionnel (art. 171 CPP). Parmi cette dernière catégorie, dont le lien avec l'art. 321 CP ressort implicitement⁹ du texte légal, on retrouve notamment les ecclésiastiques, les médecins, les avocats et les «défenseurs».

Il faut mentionner ici que l'art. 264 al. 1 let. a CPP peut sembler superflu, dans la mesure où la correspondance d'un prévenu avec son défenseur peut déjà être protégée sur la seule base de la let. c, par renvoi à l'article 171 CPP. Seule la réserve prévue expressément à la let. c – au contraire de la let. a – selon laquelle la personne se prévalant du secret professionnel n'est pas protégée si elle est elle-même prévenue permettrait d'en comprendre la nuance. Il n'en est toutefois rien. L'art. 264 al. 1 let. a ne consacre aucune protection absolue du défenseur lorsque

³ Ainsi la PA, la LTFB, la Lcart, la PCD, le DPA et la PPM.

⁴ FF 2011 7511.

⁵ FF 2011 7509.

⁶ CHAPPUIS, Le secret de l'avocat – Quelques questions actuelles, *Revue de l'avocat* 2/2016 p. 55-56.

⁷ FF 2011 7515.

⁸ Cf. Motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 24.04.2009, Curia Vista, 09.3362.

⁹ L'art. 171 al. 1 CPP ne cite pas l'art. 321 CP, mais reprend la liste des professions qui y sont énumérées, à l'exception toutefois des «contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations».

ce dernier est lui-même prévenu.¹⁰ La relation entre les let. a et c a soulevé quelques problèmes d'interprétation, sur lesquels nous ne reviendrons pas ici.¹¹ Quoiqu'il en soit, la correspondance entre un prévenu et un avocat ne peut être séquestrée, à moins que ce dernier soit lui-même prévenu.

Il convient maintenant de préciser ce que le législateur entend par les termes qu'il utilise pour désigner la personne soumise au secret. En vertu de l'art. 264 al. 1 let. a CPP, c'est la correspondance entre le prévenu et «son» défenseur qui ne peut être séquestrée. À cet égard, on doit garder à l'esprit que l'art. 127 al. 5 CPP réserve la défense des prévenus aux seuls avocats autorisés à représenter les parties devant les tribunaux en vertu de la LLCA. Ainsi, dans les faits, l'avocat visé à l'art. 264 al. 1 let. a CPP sera un avocat soumis à la LLCA.

L'art. 264 al. 1 let. c est plus large. La correspondance protégée est celle entre le prévenu et «une personne» bénéficiant de la dispense de témoigner. Ainsi, par référence à l'art. 171 CPP, la correspondance entre le prévenu et un avocat – lequel n'agit pas en qualité de défenseur au sens de l'art. 127 al. 5 CPP – est protégée en vertu de l'art. 264 al. 1 let. c CPP. Dans la mesure où l'art. 171 CPP renvoie à l'art. 321 CP (cf. supra n. 9), c'est en vertu des principes ressortant de cette dernière disposition qu'il y a lieu de procéder à l'analyse.¹² Il est communément admis que la notion d'avocat selon l'article 321 CP vise 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.¹³

Selon la conception généralement admise de l'art. 321 CP, la provenance de l'avocat concerné n'importe guère, de sorte que les avocats étrangers, même ressortissant de pays hors UE/AELE, sont concernés par l'art. 321 CP et, par conséquent, par les art. 171 et 264 al. 1 let. c CPP.¹⁴

En d'autres termes, par le renvoi aux art. 171 CPP et 321 CP de l'art. 264 al. 1 lit. c CPP, la correspondance entre le prévenu et un avocat ne peut être séquestrée, même si ce dernier est titulaire d'un brevet étranger, européen ou non.

Il en va différemment de la protection de la correspondance entretenue entre une personne qui n'a pas le statut de prévenu, tels une partie plaignante ou un témoin, et leurs avocats respectifs. Cette protection est instaurée par l'art. 264 al. 1 let. d CPP selon lequel: «Quels que soient l'endroit où ils se trouvent et le moment où ils ont été conçus, ne peuvent être séquestrés [...] les objets et les documents concernant des contacts entre une autre personne et son avocat, si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la loi du 23.6.2000 sur les avocats et n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire». Selon le texte clair de cette disposition, seuls les avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA bénéficient de la protection de la let. d.

Un premier constat s'impose. À l'inverse des let. a et c, le législateur prend ici la peine d'ajouter une qualification particulière aux avocats couverts par cette norme, à savoir que ceux-ci doivent être autorisés à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA. On entend par-là les avocats titulaires d'un brevet et inscrits au registre (art. 6 al. 1 LLCA), ainsi que les avocats ressortissants des États membres de l'UE ou de l'AELE habilités à exercer dans leur État de provenance conformément à l'annexe à la LLCA et qui pratiquent la représentation en justice en Suisse, que ce soit sous la forme de prestation de service ou à titre permanent (art. 21 et 27 LLCA).¹⁵ Or, à la différence des avocats suisses et des avocats ressortissants de pays membres de l'AELE, les avocats hors de ces régions ne sont pas soumis à la LLCA. Dès lors, cette loi ne s'applique pas à leur situation.¹⁶

Il s'ensuit qu'en vertu d'une interprétation purement littérale de l'art. 264 al. 1 let. d CPP, les avocats extracommunautaires ne peuvent pas invoquer la protection offerte par le CPP contre le séquestre de la correspondance qu'ils ont eue avec leurs clients, si ces derniers sont des tiers à la procédure pénale.¹⁷ Or, comme nous venons de le voir, cette limitation géographique n'a pas de portée si le client de l'avocat a le statut de prévenu à la procédure pénale (art. 264 al. 1 let. c CPP).

10 JULEN BERTHOD/MEGEVAND, La procédure de mise sous scellés, RPS 134/2016 p. 218 ss, n. 45: «La lettre de l'art. 264 al. 1 let. a CPP pourrait donner à penser qu'il consacre une protection absolue, même dans les cas où le défenseur est lui-même prévenu. Il n'en est toutefois rien, ce que la doctrine et la jurisprudence ont confirmé».

11 BSK StPO-BOMMER/GOLDSCHMID, 264 N 21-22.

12 BURCKHARDT/RYSER, Die erweiterten Beschlagnahmeverbote zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses insbesondere im neuen Strafverfahren, PJA 2013 p. 159 ss (cité «Schutz des Anwaltsgeheimnisses»), p. 163; BSK StPO-BOMMER/GOLDSCHMID, art. 264 N 11-12.

13 ATF 135 III 410, consid. 3.3; ATF 124 III 363, consid. II/2b = JdT 1999 I 402 = SJ 1999 I 38; CR CPP-WERLY, art. 171 N 12; CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, Berne 2010, art. 321 CP N 10 (cité «Infractions»); CORBOZ, Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP, SJ 1993 p. 77 ss (cité «Secret professionnel»), p. 82, se référant à BRUNNER, Die Anwaltsgemeinschaft, thèse, Fribourg 1977, p. 6.

14 CORBOZ (Infractions, cité n. 13), art. 321 CP N 10; JULEN BERTHOD/MEGEVAND (cité n. 10) p. 218 ss, n. 47; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Code de procédure pénale, 2^e édition, Bâle 2016 (cité «Code de procédure»), art. 171 N 5 les réf. citées; BURCKHARDT/RYSER (cité n. 12), p. 163; BURCKHARDT/RYSER, Lacunes dans la protection du secret professionnel de l'avocat révélées par un arrêt du Tribunal fédéral, Schellenberg Wittmer Newsletter juin 2014 (cité «Lacunes»); MICHEL, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (1^{re} partie), Revue de l'avocat 2009 p. 498 ss, p. 499. Cela semblait déjà le cas sous les anciens codes de procédure cantonaux (cf. PIQUEREZ, Procédure pénale suisse, Zurich 2000, N 2559).

15 JULEN BERTHOD/MEGEVAND (cité n. 10), p. 227; CHAPPUIS, La Profession d'avocat, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e édition, Genève, Zurich, Bâle 2016 (cité «Profession d'avocat»), p. 177.

16 CHAPPUIS (Profession d'avocat, cité n. 15), p. 160 et 177; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 1346.

17 BURCKHARDT/RYSER (Schutz des Anwaltsgeheimnisses, cité n. 12), p. 163.

En d'autres termes, la correspondance entretenue avec le prévenu ne peut être séquestrée, quelle que soit la nationalité de son avocat (sous réserve du fait que l'avocat ne soit pas lui-même prévenu dans la même affaire). En revanche, lorsqu'il s'agit d'une personne qui n'a pas le statut de prévenu à la procédure pénale, il n'est possible de s'opposer au séquestre de la correspondance que celle-ci a entretenue avec son avocat qu'à la condition que ce dernier soit soumis à la LLCA,¹⁸ c'est-à-dire au bénéfice d'un brevet européen ou d'un pays membre de l'AELE. Les avocats extracommunautaires – même s'ils sont autorisés à pratiquer dans un État de l'UE ou AELE – ne disposent pas de cette prérogative.¹⁹ Il en résulte ainsi une différence de traitement nette entre un tel avocat et un avocat suisse ou européen.

Bien que cette problématique existe depuis l'entrée en vigueur de l'art. 264 al. 1 let. d CPP (1.5.2013), elle n'a pas encore fait l'objet de jurisprudence. Les conséquences pratiques pouvant en être importantes, il est intéressant d'examiner les raisons qui pourraient fonder une telle différence de traitement. Dans un premier temps, il faut relever que cette différence ne semble pas émaner de la volonté du législateur. Rien n'indique en effet dans les travaux préparatoires ou parlementaires qu'il ait voulu considérer le secret de l'avocat ressortissant d'un pays membre de l'UE/AELE comme plus digne de protection que celui dont bénéficie l'avocat extracommunautaire. En outre, elle ne paraît reposer sur aucune justification objective.²⁰

De plus, la référence à la LLCA à la seule let. d de l'art. 264 al. 1 CPP contredit deux idées cardinales du législateur. Cela entre tout d'abord en contradiction avec l'idée selon laquelle la protection du secret dans le CPP doit être identique à celle instaurée par le CPC. En effet, il est clairement apparu que la volonté des organes législatifs était que la protection de la correspondance des avocats dans le cadre d'une représentation en justice dans une procédure devait être réglée de manière identique dans toutes les procédures fédérales. Ainsi, toutes les dispositions légales en matière de procédure devaient protéger le secret de l'avocat de manière homogène.²¹ Le législateur a clairement énoncé vouloir faire converger la terminologie de l'art. 160 al. 1 let. b CPC avec celle de l'art. 264 al. 1 CPP, car une terminologie différente s'opposait à une interprétation uniforme.²² Pourtant, comme nous venons de le voir, la correspondance entre un tiers à la procédure et un avocat extracommunautaire n'est pas protégée de manière identique en procédure pénale et en procédure civile.

La seconde volonté législative contredite par cette mention de la LLCA dans l'art. 264 al. 1 let. d CPP est celle selon laquelle la protection du secret entre tiers et prévenu doit être la même. En effet, lorsque le législateur a ajouté la let. d à l'art. 264 al. 1 CPP, l'idée était d'uniformiser la protection du secret professionnel entre le CPC et le CPP. Dans la mesure où seul le CPC mettait sur un pied d'égalité la correspondance d'un avocat avec une partie et celle avec un tiers à la procédure, le législateur a voulu appliquer la même règle au CPP. Il jugeait en effet cette diffé-

rence de traitement entre CPC et CPP comme une «incongruence», qui n'était «pas liée à des motivations de fond».²³ Le but poursuivi était ainsi de traiter les tiers à la procédure – qu'elle soit civile ou pénale – de la même manière que les parties. Le prévenu, la partie plaignante et les témoins devraient ainsi être sur un pied d'égalité, lorsqu'il s'agit du secret de leur conseil: «On voit mal pourquoi la correspondance avec leur avocat de tiers non suspects, mais qui pourraient devenir des prévenus, mériterait une moins grande protection que les documents concernant des contacts entre le prévenu et son défenseur».²⁴ Or, en vertu de ce qui précède, la volonté pourtant claire du législateur n'est pas réalisée lorsqu'il s'agit d'un séquestre portant sur des contacts entre une personne qui n'a pas le statut de prévenu et un avocat titulaire d'un brevet hors UE/AELE.

Plus encore, la protection du secret de l'avocat devient paradoxale lorsque ce dernier est titulaire d'un brevet extracommunautaire. En effet, comme nous l'avons vu, la correspondance qu'un tel avocat entretient avec son client n'est pas protégée par l'art. 264 al. 1 let. d CPP, de sorte qu'il ne lui sera pas possible de s'opposer à un éventuel séquestre pénal. En revanche, en vertu du renvoi de l'art. 171 al. 1 CPP à l'art. 321 CP, ce même avocat pourrait refuser de témoigner s'il devait être entendu par les autorités pénales.²⁵ Il s'ensuit donc que l'avocat extracommunautaire amené à témoigner au pénal pourrait valablement refuser de déposer oralement sur tout propos couvert par le secret professionnel. En revanche, si le contenu de tels propos devait trouver une trace écrite, un séquestre pourrait être ordonné par l'autorité de poursuite, sans que ni l'avocat ni le destinataire de ses courriers ne puissent valablement s'y opposer. Ici aussi, ce résultat, fruit d'une interprétation littérale des dispositions du CPP, n'est aucunement justifié par des raisons objectives.

18 BURCKHARDT/RYSER (Lacunes, cité n. 14); BURCKHARDT/RYSER (Schutz des Anwaltsgeheimnisses, cité n. 12), p. 162-163.

19 Cf art. 2 LLCA; JULEN BERTHOD/MEGEVAND, (cité n. 10), p. 227; CHAPPUIS (Profession d'avocat, cité n. 15), p. 177 ss; BURCKHARDT/RYSER (Schutz des Anwaltsgeheimnisses, cité n. 12), p. 163; CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13 N 13 et 85.

20 BURCKHARDT/RYSER (Lacunes, cité n. 14); BURCKHARDT/RYSER (Schutz des Anwaltsgeheimnisses, cité n. 12), p. 162-163.

21 Motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 24. 04. 2009, Curia Vista, 09.3362.

22 FF 2011 7511.

23 FF 2011 7516; REISER, «Point de presse» sur le secret de l'avocat, Revue de l'avocat 2012 p. 495 ss, p. 495.

24 FF 2011 7516.

25 FF 2005 1181 ss; HIRSIG-VOUILLOZ, Intimidation des témoins et mesures de protection en procédure pénale Suisse, PJA 2011 p. 1626; CR CPP-WERLY, art. 171 N 12; le commentaire bâlois se montre soit imprécis, soit contradictoire: «Rechtsanwälte sind nach Art. 7 f., 20 ff. BGFA zur Ausübung der anwaltlichen Tätigkeit berechnete Personen mit schweizerischem oder ausländischem Anwaltspatent» (BSK StPO-VEST/HORBER, art. 171 N 8a). Il en va de même de DONATSCH (DONATSCH, in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zurich, Genève, Bâle 2014, 2^e édition, art. 171 N 8) et de MOREILLON/PAREIN-REYMOND (Code de procédure, cité n. 14), 171 N 5.

B) Analyse

Les différences de traitement entre l'avocat UE/AELE et l'avocat extracommunautaire concernant la portée de leur secret professionnel ne paraissent pas avoir été voulues par le législateur. Elles découlent bien plutôt d'une malencontreuse référence à la LLCA au seul art. 264 al. 1 let. d CPP.

Or, on comprend que la raison pour laquelle il a été fait mention de la LLCA à l'art. 264 al. 1 let. d CPP n'est pas celle consistant à réduire le cercle des personnes concernées aux seuls avocats titulaires de brevets provenant de pays mentionnés dans la LLCA, mais bien de circonscrire la protection du secret aux seuls juristes exerçant l'activité typique d'avocat, à savoir essentiellement celle de représenter une partie en justice.

En effet, bien que le message ne soit pas limpide sur ce sujet, il est apparu aux cours de travaux parlementaires que le Conseil fédéral voulait que toute modification de la protection du secret de l'avocat soit soumise à trois conditions.²⁶ La première était que la protection contre le séquestre s'étende uniquement aux objets et documents concernant une personne et un avocat au sens de la «loi sur les avocats». La seconde était que seuls doivent être protégés les objets et les documents établis par l'avocat lui-même, son client ou un tiers dans le cadre d'un mandat professionnel de représentation. Enfin, le secret devait être protégé uniquement pour l'activité spécifique à la profession d'avocat, laquelle englobe essentiellement la représentation en justice et le conseil juridique, mais non les activités étrangères à la profession d'avocat, par exemple la participation à un conseil d'administration ou à un secrétariat d'une association.²⁷

Dès lors, la volonté du législateur était que seule l'activité typique de l'avocat soit protégée par le secret, à l'exclusion de toute activité étrangère à la profession.²⁸ Afin de ne réserver la protection contre le séquestre aux seules personnes pratiquant l'activité typique de représentation en justice, il a certainement été jugé approprié de faire référence à la LLCA qui énonce à l'art. 1 al. 1 qu'elle «s'applique aux titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse». Cette référence est cependant doublement malheureuse. Premièrement, de jurisprudence constante, dès qu'un avocat est inscrit, l'entier de ses activités professionnelles ayant un lien direct avec sa profession d'avocat entre dans la surveillance de l'autorité, à l'exclusion des activités privées et des activités professionnelles qui ne sont pas liées à son métier d'avocat.²⁹ La mention de la LLCA ne suffit donc en réalité pas à circonscrire les activités de l'avocat à celles qui sont typiques, concept qui a été élaboré par la jurisprudence, mais qui n'est pas repris expressément dans la loi. Deuxièmement, le législateur n'a pas prévu que, ce faisant, il pouvait en résulter une différence de traitement de cet ordre. Il semble avoir oublié que la LLCA n'est pas à proprement parler une loi sur les avocats donnant une définition claire et uniforme de ce terme. Il s'agit, comme son nom l'indique par ailleurs, d'une loi sur la libre circulation des avocats,³⁰ laquelle

énonce – entre autres – les conditions auxquelles les avocats étrangers peuvent pratiquer la représentation en justice en Suisse.

Dans la mesure où la première disposition à se référer au secret professionnel de l'avocat fut l'art. 321 CP, elle a joué le rôle de référence sur le secret de l'avocat avant l'entrée en vigueur de la LLCA.³¹ C'est pourquoi les premières dispositions procédurales font référence à cet article, lorsqu'il s'agit de protéger le secret professionnel. C'est ainsi le cas, par exemple, des art. 163 al. 1 let. b CPC et 166 al. 1 lit b CPC.

De plus, les buts de l'art. 321 CP et de la LLCA – notamment son art. 13 – sont différents. Le premier est une norme pénale, jouant un rôle considérable quant à la conception même du secret professionnel de l'avocat,³² tandis que le second est conçu comme une règle professionnelle s'imposant comme un devoir aux avocats souhaitant pratiquer la représentation en justice en Suisse.³³

Dès lors, le champ d'application de la LLCA et de l'art. 321 CP ne convergent pas. La première loi vise les avocats pratiquant la représentation en justice en Suisse au bénéfice d'un brevet suisse ou européen, et la seconde vise tous les avocats, sans égard à leur provenance.³⁴ Pourtant, le législateur semble avoir ignoré ce qui précède, au moment de la rédaction du CPC et du CPP, en se contentant d'une référence à l'une ou l'autre de ces lois pour circonscrire la protection du secret professionnel aux seules activités typiques de l'avocat, sans envisager les conséquences précitées pour les avocats extracommunautaires.³⁵

Notons que la jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas de grande utilité lorsqu'il s'agit de déterminer le sort du secret professionnel d'un avocat hors UE/AELE. Dans une affaire jugée avant l'entrée en vigueur de la let. d de l'art. 264 al. 1 CPP, un tiers à la procédure pénale avait soulevé le grief de la protection du secret professionnel de l'avocat afin d'empêcher le séquestre de documents «destinés à ses avocats américains». À juste titre, le Tribunal fédéral a rejeté cet argument, au motif que le recourant

²⁶ FF 2011 7511 et 7512.

²⁷ ATF 114 III 105, consid. 3 = JdT 1990 II 98; ATF 112 Ib 606, consid. 2c = JdT 1987 IV 150 = SJ 1987 539.

²⁸ FF 2011 7512.

²⁹ TF, 2C_889/2008, consid. 2.1.

³⁰ ATF 130 II 270, consid. 4, résumé in RDAF 2005 I 526. Cf. CHAPPUIS (Profession d'avocat, cité n. 15) p. 7 et 50.

³¹ CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13 N 28.

³² CORBOZ (Secret professionnel, cité n.13), p. 77-78.

³³ CHAPPUIS (Profession d'avocat, cité n. 15), p. 160; Cf. 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 p. 63 ss, p. 63.

³⁴ CHAPPUIS (Profession d'avocat, cité n. 15), p. 159 et 175 ss; CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13 N 33; BSK BGFA-PFEIFFER, art. 13 N 14.

³⁵ À titre d'exemple, le Conseil fédéral, après avoir brièvement rappelé ce qu'englobe l'activité spécifique à la profession d'avocat, écrit: «Cette définition correspond à la protection offerte par le droit pénal et les dispositions sur la profession d'avocat (art. 321, ch. 1, CP et art. 13 LLCA)» (FF 2011 7512).

n'avait pas la qualité de partie à la procédure et que la version de l'art. 264 al. 1 CPP applicable au moment du jugement ne protégeait pas la correspondance entre un avocat et un tiers. Il est toutefois intéressant de noter que notre Haute cour n'a pas mentionné la problématique de la provenance des avocats concernés.³⁶ À la lecture de l'arrêt, on ne peut pas déterminer si cette absence résulte du fait que le recours était de toute manière non fondé pour le motif qui vient d'être énoncé – de sorte que le Tribunal fédéral a renoncé à analyser la question – ou si c'est en raison du fait que la provenance géographique de l'avocat ne jouait pas de rôle dans la solution du cas, aux yeux des juges fédéraux.

Dans ces circonstances, la référence à la LLCA plutôt qu'à l'art. 321 CP peut emporter les conséquences que nous venons de décrire. Pourtant, il aurait suffi de faire référence à la même source légale pour s'assurer d'une harmonie procédurale. Partant, il nous semble que la référence à la LLCA à l'art. 264 al. 1 let. d CPP est superflue, d'autant plus qu'il est admis que l'art. 321 CP limite également le cercle des activités couvertes par le secret aux activités typiques de l'avocat.³⁷

Il sied également de préciser que le séquestre de la correspondance entre une personne et un avocat n'est possible que si celle-ci est pertinente pour la procédure pénale (art. 263 al. 1 let. a CPP). Dès lors, on peut penser, *a priori*, que les cas dans lesquels un échange parfaitement étranger à la procédure pénale entre un tiers non-suspect et son avocat servira de moyen de preuve se font rares en pratique. Une telle conclusion serait toutefois hâtive: il n'est pas rare qu'une procédure pénale instruite en Suisse ait des liens extracommunautaires. Il peut en résulter qu'une personne qui n'a pas la qualité de prévenu entretienne des contacts avec des avocats non soumis à la LLCA pour des faits qui font l'objet de la poursuite pénale. Dans cette hypothèse, la protection contre le séquestre ne couvrirait pas le contenu de tels contacts, ce qui n'est pas justifié.

Mentionnons encore qu'il pourrait être argumenté que l'art. 264 al. 1 let. d CPP ne vise que la correspondance entre une personne qui n'est pas prévenue et l'avocat qui la défend dans le cadre de la procédure pénale ayant amené au séquestre (le pronom possessif «son» présent à l'art. 264 al. 1 let. d permettant de soutenir cette position). Dans ce dernier cas, la situation se rapprocherait de l'art. 264 al. 1 let. a CPP, dans la mesure où seul l'avocat mandaté à la défense de son client dans le cadre de la procédure pénale serait visé par l'interdiction de séquestre, à l'exclusion de tout avocat étranger à cette procédure.³⁸ Une telle interprétation se heurte toutefois à trois incongruences: premièrement, à part peut-être la partie plaignante, un tiers non suspect (témoin, lésé, tiers touché par des actes de procédure, etc.) ne mandate que rarement un avocat pour sa défense dans la procédure pénale, de sorte qu'on ne voit pas pourquoi le législateur aurait souhaité viser expressément cette situation. Deuxièmement, une telle interprétation laisse entendre qu'à l'exception de l'avocat mandaté dans la cadre de la procédure pénale,

tout contact entre un tiers et son avocat pourrait être séquestré, ce qui n'est évidemment pas envisageable. Enfin, cette interprétation serait contraire à la logique, dans la mesure où un tiers non prévenu ne se verrait pas protégé pour la correspondance qu'il entretient avec un avocat totalement étranger à la procédure, à l'inverse du prévenu (art. 264 al. 1 let. c CPP).

En vertu de ce qui précède, la référence à la LLCA de l'art. 264 al. 1 let. d CPP ne paraît pas opportune. En toutes hypothèses, elle est source de possibles différences de traitement non justifiées, en fonction de l'origine de l'avocat dont il s'agit de protéger le secret.

2. En lien avec le refus de témoigner, au pénal et au civil

L'avocat ne peut être contraint à livrer son témoignage, que ce soit par un juge civil en vertu de l'art. 166 al. 1 let. b CPC ou par un juge pénal en vertu de l'art. 171 al. 1 CPP. Dans ce cadre, il y a lieu de regarder plus en détail le cercle des professionnels bénéficiant d'une telle prérogative.

En matière civile, il est admis que, d'une manière générale, le secret professionnel des avocats ne couvre que leur activité professionnelle spécifique et ne s'étend pas à une activité commerciale sortant de ce cadre.³⁹ Il en va de même en procédure pénale, le parlement ayant par exemple refusé d'élargir le cercle des bénéficiaires de cette prérogative aux juristes d'entreprise.⁴⁰

Que ce soit au civil ou au pénal, la définition que donnent doctrine et jurisprudence au terme «avocat» est la même, tant l'art. 171 al. 1 CPP que l'art. 166 al. 1 let. b CPC faisant référence à l'avocat tel qu'il a été défini dans le contexte de l'art. 321 CP.⁴¹ Dans la mesure où, comme nous l'avons vu, l'article 321 CP couvre tout type d'avocats, même extracommunautaires, il ne semble a priori pas que les codes de procédure civile et pénale traitent différemment le droit de refuser de témoigner de l'avocat en fonction de sa provenance.

Une subtilité mérite cependant d'être mentionnée lorsque l'avocat invité à témoigner est délié de son secret. En effet, la protection du secret professionnel de l'avocat est réputée absolue, dans la mesure où, même délié de son secret par son client ou l'autorité compétente, l'avocat peut encore refuser de témoigner,⁴² à l'inverse des autres professions mentionnées à l'art. 321 CP. Cette protection

³⁶ TF, 1B_103/2012, consid. 3.

³⁷ ATF 135 III 414, consid. 3.3; CORBOZ (Infractions, cité n.13), art. 321 CP N 10.

³⁸ Notons qu'à Genève par exemple, l'art. 18 LaCP en lien avec l'art. 127 al. 4 CPP réserve la défense des tiers à la procédure aux seuls avocats soumis à la LLCA.

³⁹ ATF 132 II 103, consid. 2.1; ATF 120 Ib 112, consid. 4 = JdT 1996 IV 92; ATF 117 Ia 341, consid. 6a/cc; ATF 115 Ia 197, consid. 3d/aa = JdT 1991 IV 142; ATF 114 III 105, consid. 3a = JdT 1990 II 98; ATF 112 Ib 606 = JdT 1987 IV 150.

⁴⁰ Curia Vista, 05.092.

⁴¹ Ce qui semble du reste parfaitement logique, étant donné la référence expresse de l'article 321 CP aux articles 171 al. 2 let. b CPP et 166 al. 1 let. b CPC.

⁴² BOHNET/MARTENET (cité n. 16), p. 767.

absolue découle de l'art. 13 al. 1 dernière phrase LLCA, en vertu duquel «le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés».

En matière pénale, cette prérogative est instituée par l'art. 171 al. 4 CPP, selon lequel la LLCA est réservée, ce par quoi il faut comprendre en particulier l'art. 13 al. 1 deuxième phrase LLCA.⁴³

Or, comme nous l'avons vu, les définitions données à la notion d'avocat aux art. 13 LLCA et 321 CP ne sont pas les mêmes. Dès lors, des problématiques similaires à celles mentionnées pour l'art. 264 CPP peuvent apparaître. En effet, à teneur de texte légal, il semblerait que l'avocat au sens de l'article 321 CP soit obligé de témoigner, même délié de son secret (art. 171 al. 2 let. b CPP), mais l'avocat soumis à la LLCA dispose de la prérogative du droit absolu à refuser de témoigner (art. 171 al. 4 CPP en lien avec l'art. 13 al. 1 LLCA). Il en résulte ainsi une nouvelle incongruence, dans la mesure où seul l'avocat suisse ou UE/AELE bénéficie d'un droit de refus, à l'inverse de son confrère titulaire d'un brevet extracommunautaire. D'ailleurs, lorsqu'on sait que le cercle des «avocats» n'est pas le même selon qu'il est fait référence à la LLCA ou à l'art. 321 CP, l'incohérence entre l'al. 2 let. b et l'al. 4 de l'art. 171 CPP paraît évidente.

Cette différence de traitement n'est pas aussi tranchée en matière civile. La protection absolue de l'avocat est énoncée par l'art. 166 al. 1 let. b CPC, troisième phrase, lequel prévoit que l'avocat (tout comme l'ecclésiastique) ne peut être contraint à témoigner, même s'il est soumis à une obligation de dénoncer ou délié de son secret. Une interprétation purement littérale de l'art. 166 al. 1 let. b conduirait à inclure les avocats extracommunautaires dans le cercle des bénéficiaires de cette prérogative, dans la mesure où il est fait référence à l'art. 321 CP dans la première phrase de cette disposition. En revanche, selon le message, l'art. 166 al. 1 lit. b troisième phrase reprend l'art. 13 al. 1 deuxième phrase LLCA⁴⁴, de sorte qu'il pourrait être argumenté que seuls les avocats LLCA sont visés par cette prérogative.

Dès lors, si l'interprétation littérale du CPC devait trouver à s'appliquer – ce que nous soutenons –, une nouvelle différence en résulterait pour l'avocat d'un pays hors Europe entre la procédure pénale et la procédure civile, dans la mesure où un tel avocat délié de son secret serait dispensé de l'obligation de témoigner en procédure civile uniquement. Cette différence serait toutefois plus facilement compréhensible dans la mesure où elle était originellement prévue. En effet, dans le cadre du projet du CPP, la protection absolue du secret de l'avocat ne devait pas exister en procédure pénale, et deuxième phrase de l'art. 13 al. 1 CPP devait être abrogée.⁴⁵ Le législateur avait toutefois prévu de garder cette prérogative en procédure civile, la nature différente du procès pénal et du procès civil justifiant, selon lui, cette différenciation.⁴⁶

Inversement, s'il devait être retenu qu'en procédure civile, seul l'avocat soumis à la LLCA bénéficie de cette prérogative, l'avocat UE/AELE serait une fois de plus avan-

tagé par rapport à ses confrères d'autres pays, dans la mesure où seuls ces derniers seraient contraints de témoigner, lorsqu'ils ont été déliés de leur secret.

Les raisons de cette incohérence semblent être les mêmes que celles citées pour le séquestre pénal et, en toute hypothèse, cette incongruence ne semble pas avoir été anticipée par le législateur.

III. Conclusion

Les divergences mentionnées dans la présente contribution mériteraient d'être éliminées, que ce soit par voie législative ou jurisprudentielle. En vertu du fait que les différences de traitement – que ce soit entre un avocat communautaire et un avocat extracommunautaire, entre un client partie à la procédure pénale ou un tiers, ou encore entre la procédure civile et la procédure pénale – ne semblent en rien justifiées, un juge amené à trancher un tel litige ne devrait pas s'en tenir à une simple interprétation littérale de la loi.

À plus forte raison, les différences de traitement entre les avocats UE/AELE et les avocats extracommunautaires n'ont pas lieu d'être, dans la mesure où une partie de la doctrine soutient que ces derniers devraient aussi être soumis au secret professionnel de la LLCA. En effet, «s'il peut être admissible de limiter la pratique de la représentation en justice à certains avocats en fonction de leur barreau d'origine, il ne semble pas possible de réserver à d'autres avocats un traitement différent de celui qui est réservé aux avocats d'États membres de l'EEE dans les autres activités relevant de l'exercice de la profession, en particulier en ce qui concerne le secret professionnel».⁴⁷

Rappelons à cet égard que, selon le Tribunal fédéral, le secret professionnel de l'avocat assure l'indépendance de l'avocat face aux tiers et protège l'exercice de la profession, ce qui est dans l'intérêt de l'administration de la justice. Il préserve également les droits du justiciable, qui doit pouvoir compter sur la discrétion de son mandataire, prérogative essentielle à la consécration effective des droits matériels du justiciable.⁴⁸ Plus encore, selon le Conseil fédéral, le besoin de protection du secret de l'avocat est tel que ce dernier serait protégé même s'il n'était pas mentionné dans les codes de procédure, car cela découle du principe du procès équitable et de la bonne foi.⁴⁹ Dès lors, les avocats extracommunautaires devraient être concernés de manière similaire par la protection du secret professionnel que leurs confrères européens.⁵⁰

⁴³ CR CPP-WERLY, 171 N 42.

⁴⁴ FF 2006 6928.

⁴⁵ FF 2006 1183.

⁴⁶ FF 2006 6928.

⁴⁷ CR LLCA MAURER/GROSS, art. 13 N 84.

⁴⁸ TF, 2C_587/2012, consid. 2.5. Voir aussi CORBOZ (Secret professionnel, cité n. 13) p. 77 ss.

⁴⁹ Rapport de la Commission des affaires juridiques du 18. 01. 2010, Curia Vista 09.3362n.

⁵⁰ CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13 N 82-86.

De plus, l'importance pratique peut être grande. Des avocats extracommunautaires sont amenés à se rendre en Suisse pour des raisons diverses, parmi lesquelles le fait qu'un litige international prévoit un for en Suisse, ou en vertu d'accords qui échappent à la Suisse autorisant des avocats étrangers à plaider dans un pays membre de l'UE.⁵¹ Soit la protection du secret professionnel de l'avocat est telle qu'elle mérite que tous les avocats y soient astreints, ce que nous soutenons, soit il faut lier la protection du secret professionnel aux seuls avocats ressortissants de pays dont la Suisse reconnaît leur titre en vertu d'accords internationaux, ce qui est, à ce jour, uniquement le cas avec l'UE. Cette dernière hypothèse devrait dès lors sortir les avocats extracommunautaires du champ d'applications des art. 321 CP et 13 LLCA, pour une pure question de cohérence.

En sus de la problématique de l'origine géographique de l'avocat, celle du lieu effectif où l'activité de ce dernier a pris place mériterait d'être précisée. L'art. 25 LLCA mentionne que l'avocat UE/AELE «prestataire de services» est soumis aux règles professionnelles prévues à l'art. 12, ce par quoi il faut comprendre non seulement les règles de l'art. 12, mais également le secret professionnel de l'art. 13.⁵² Il n'est ainsi pas contestable que le secret professionnel de l'art. 13 LLCA s'impose à l'avocat UE/AELE travaillant en Suisse.⁵³ Or, un avocat UE/AELE peut fournir des prestations tant dans son pays d'origine qu'en Suisse, voire dans un pays tiers. Il semble ressortir de la doctrine qu'il faille comprendre la notion de «prestataire de services» contenue à l'art. 25 LLCA comme se référant à des services fournis en Suisse.⁵⁴ Si cette interprétation est retenue, il faut alors en conclure que la LLCA ne s'applique pas à l'avocat UE/AELE pour l'activité exercée en dehors de Suisse.

Dès lors, le traitement du secret professionnel dans une procédure suisse est incertain, si ce secret trouve son origine dans une activité menée à l'étranger. Ainsi, un avocat allemand ayant conseillé ou représenté un client en Suisse pourrait sans nul doute s'opposer au séquestre de

la correspondance qu'il a entretenue avec ce dernier, en vertu de l'art. 264 al. 1 let. d CPP.⁵⁵ En revanche, on peut s'interroger sur le sort qui serait réservé à la correspondance qu'il a entretenue avec un client allemand, dans une affaire purement germanique. En entretenant une correspondance avec son mandant, l'avocat est certainement soumis aux règles allemandes sur le secret professionnel, mais ne semble pas soumis à la LLCA, selon l'interprétation mentionnée plus haut. Il en résulterait, à rigueur de texte, que la question de l'application de l'art. 264 al. 1 let. d CPP pourrait être niée. Ici aussi, on n'imagine toutefois pas que le législateur ait voulu limiter la protection contre le séquestre de documents couverts par le secret professionnel en fonction de l'origine géographique de ce secret. En conséquence, on doit conclure que la correspondance entretenue par un avocat UE/AELE avec son mandant devrait bénéficier de la protection prévue par l'art. 264 al. 1 lit. d CPP, même si elle n'a pas de lien avec une éventuelle activité de l'avocat en Suisse.

Enfin, on doit garder à l'esprit que la présente contribution se concentre sur les problématiques liées au CPC et au CPP, mais la réflexion vaut pour des dispositions d'autres lois fédérales, par exemple l'art. 46 al. 3 DPA, qui exclurait aussi les avocats extracommunautaires.⁵⁶

⁵¹ CR LLCA MAURER/GROSS, art. 13 N 83.

⁵² Sur les raisons historiques qui ont conduit le législateur à oublier de mentionner l'art. 13 LLCA à l'art. 25 LLCA, Cf. CHAPPUIS (Profession d'avocat, cité n. 15), p 176-177.

⁵³ TF, 2C_247/2010, consid. 7; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Berne 2010, N 539.

⁵⁴ CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13 N 85; FELLMANN (cité n. 53), N 539.

⁵⁵ Étant précisé qu'un tel avocat n'a pas l'obligation de s'inscrire au registre cantonal en vertu de l'article 21 al. 2 LLCA.

⁵⁶ BANGERTER, *Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen in Wettbewerbsrecht unter vergleichender Berücksichtigung der StPO, ZStV* 2014 p. 139 ss, p. 150. Cf. Aussi les articles 41 al. 2 et 50 al. 2 DPA; 42 al. 1 lit. b et 51 PCF, 16 al. 2 et 17 PA.