

LE SORT DES RÉSERVES D'USAGE APRÈS LA CONCLUSION D'UN ACCORD TRANSACTIONNEL

BENOÎT CHAPPUIS

Avocat, professeur titulaire aux universités de Genève et Fribourg

Mots-clés: réserves d'usage, confidentialité des discussions transactionnelles, preuves illicites, accord transactionnel

Le CSD institue la confidentialité de la correspondance entre avocats et des discussions transactionnelles. Contrairement à certains codes de déontologie cantonaux antérieurs, le CSD n'institue aucune exception expresse à ce principe, notamment lorsqu'un différend surgit entre les parties quant à l'interprétation d'une transaction conclue au terme des négociations confidentielles. L'interprétation des normes du CSD démontre cependant que, pour s'inscrire dans l'ensemble du système juridique, le principe de la confidentialité ne peut pas être considéré comme absolu lorsque les négociations ont abouti à un accord.

I. Exposé du problème

Il arrive régulièrement en pratique qu'un accord transactionnel passé entre des parties en litige donne lui-même matière à un conflit entre ces dernières, soit en raison de problèmes d'interprétation de son contenu soit en raison de vices de la volonté (art. 23 ss CO) que l'une d'entre elles invoque.

Dans une telle situation, si un tribunal est saisi de ce nouveau différend, le juge aura à interpréter la convention ou à se prononcer sur les circonstances qui ont présidé à sa conclusion. Pour ce faire, il devra examiner la documentation (correspondance, projets d'accord, etc.) qui a servi de base à l'accord des parties. Or, lorsque ce dernier a été conclu par avocats interposés, l'ensemble de cette documentation est soumis à la règle déontologique des réserves d'usage (confidentialité des discussions transactionnelles) qui interdit qu'il soit fait état en procédure du contenu des discussions menées en vue de la conclusion d'une transaction. Cette norme revêt aujourd'hui une portée d'autant plus forte que le Tribunal fédéral a considéré à juste titre qu'elle entraine dans le devoir de diligence auquel l'avocat est soumis en vertu de l'art. 12 let. a LLCA. En conséquence, toute pièce produite en violation de cette règle constitue une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC (*infra* II.1).

On est alors confronté à un conflit de normes qui mènent à des résultats contradictoires: les avocats ne peuvent produire les pièces couvertes par les réserves d'usage, alors que, en même temps, ils doivent apporter toute pièce utile, selon les règles du CPC, permettant l'in-

terprétation du contrat selon l'art. 18 CO. Si l'ensemble des négociations ont été conduites par les avocats, ces derniers ne seront alors en mesure de produire aucune pièce susceptible de prouver la validité de la thèse de leur client.

C'est à une proposition de résolution de cette contradiction que les chapitres qui suivent sont consacrés.

II. La règle des réserves d'usage et sa portée

1. La nature de la règle

La déontologie des avocats connaît depuis fort longtemps le principe de la confidentialité des discussions transactionnelles. Connue en Suisse romande sous le vocable de «réserves d'usage», elle interdit qu'il soit fait référence en procédure au contenu de discussions transactionnelles.

Depuis l'entrée en vigueur du Code suisse de déontologie CSD le 1^{er} juillet 2005, les deux dispositions suivantes règlent la matière:

Art. 6 Comportement en procédure

Sauf accord exprès de la partie adverse, l'avocat ne porte pas à la connaissance du Tribunal des propositions transactionnelles.

Art. 26 Communications entre confrères

Le caractère confidentiel d'une communication adressée à un confrère doit être clairement exprimé dans cette dernière.

Il ne peut être fait état, en procédure, de documents ou du contenu de propositions transactionnelles ou de discussions confidentielles.

Il s'agit de normes déontologiques, donc de nature privée, applicables aux seuls membres de l'association qui les a édictées, normes qui n'ont en principe pas vocation à s'appliquer à titre de règle de droit dans une procédure civile.¹

Ce premier constat ne clôt cependant pas le débat, car la jurisprudence a étendu, dans une certaine mesure, la portée des règles déontologiques. Le Tribunal fédéral considère en effet que l'on peut recourir aux normes déontologiques pour l'interprétation, voire le complètement de la loi², pour autant que ces normes expriment des principes d'intérêt public et soient largement acceptées au niveau national.³ Elles sont ainsi régulièrement utilisées pour interpréter les devoirs professionnels de l'avocat institués par l'art. 12 LLCA.⁴

Or il n'est pas contestable que la règle des réserves d'usage a une portée nationale et protège l'intérêt public. Il est en effet de l'intérêt des justiciables que leurs avocats puissent négocier sans craindre que leurs propositions transactionnelles puissent être utilisées contre eux en cas d'échec de la transaction.⁵

C'est en application de ce principe que le Tribunal fédéral a décidé, à juste titre, que le respect des discussions transactionnelles entraine dans le devoir de diligence de l'art. 12 let. a LLCA et que, partant, la production d'une proposition transactionnelle faite entre avocats devait être considérée comme une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC.⁶ Cet acquis jurisprudentiel clôt à satisfaction un long débat, initié il y a des décennies, sur la nature véritable de la règle des réserves d'usage et sa portée en procédure.⁷

2. L'interprétation des dispositions du CSD

Malgré l'importance que revêtent les deux dispositions du CSD sur la confidentialité des discussions transactionnelles (art. 6 et 26 mentionnés ci-dessus), on doit constater qu'elles sont laconiques; elles se limitent à énoncer les principes fondamentaux, sans entrer dans le détail de leur application.

Elles sont en particulier muettes sur la question de savoir si la conclusion de l'accord transactionnel né des discussions confidentielles a pour effet de lever l'interdiction de produire les pièces ou d'évoquer devant un tribunal les discussions couvertes par cette confidentialité. Elles laissent ainsi ouverte la question de savoir s'il est possible de s'y référer lorsqu'un différend surgit quant à l'interprétation ou l'exécution d'un accord conclu après des négociations conduites sous les réserves d'usage.

La jurisprudence fédérale n'a pas eu l'occasion de trancher la question. Une seule décision cantonale (*Obergericht* de Lucerne) l'a fait, en considérant que la règle des réserves d'usage (alors en vigueur dans le canton de Lucerne) avait une portée absolue et que la conclusion de la transaction n'avait pas pour effet de lever l'interdiction de production de la correspondance entretenue en cours de négociation.⁸ On doit considérer que cet arrêt parvient à une solution erronée, pour les raisons qui seront examinées ci-après.

A) L'interprétation littérale

Pour déterminer le sens exact des art. 6 et 26 CSD, il convient de recourir en premier lieu à l'interprétation littérale de la disposition. Tant l'art. 6 que l'art. 26 CSD interdisent la révélation de *propositions transactionnelles*.

La mention des *propositions* indique de manière assez claire que les rédacteurs du texte avaient à l'esprit des propositions n'ayant pas été acceptées. En effet, dès l'instant qu'une *proposition* est acceptée, elle se transforme en un accord, en un contrat, selon le mécanisme des art. 3 ss CO. En d'autres termes, le texte du CSD protège la confidentialité du processus précontractuel, pour autant que ce dernier ne soit pas parvenu à chef.

À cet égard, il est intéressant de mentionner les règles déontologiques en vigueur dans plusieurs cantons romands avant l'entrée en vigueur du CSD. Elles étaient beaucoup plus précises que les articles précisés du CSD et traitaient de manière expresse la question présentement analysée. C'est ainsi que l'art. 13 des anciens Usages du Barreau vaudois disposait ce qui suit:

«La correspondance de confrère à confrère ne doit pas être invoquée ou produite en procédure. L'avocat peut en revanche faire état des lettres qui n'ont qu'un effet ou une portée juridique, pour autant que leur auteur se soit expressément réservé de s'en prévaloir ou que les confrères, les auteurs et les destinataires de la correspondance aient donné leur accord. À défaut d'un tel accord, le Conseil de l'Ordre peut exceptionnellement autoriser la production. Hormis les offres

- 1 ATF 136 III 296, consid. 2.2; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Berne 2010, N 944 ss; CHAPPUIS, Les moyens de preuve collectés de façon illicite, in *Le procès en responsabilité civile*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2011, Franz Werro et Pascal Pichonnaz, eds, Berne 2011 (cité «Preuves illicites»), p. 130 ss.
- 2 Certains auteurs critiquent l'interprétation trop large de la clause générale de l'art. 12 let. a LLCA à laquelle recourt le Tribunal fédéral, ce qui conduit selon eux à la création par voie prétorienne de devoirs que le législateur n'a pas entendu imposer à l'avocat; dans ce sens, cf. FELLMANN (cité n. 1), N 181 et SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht. Grundlagen und Kernbereich*, Zurich 2009, N 1456 ss.
- 3 ATF 140 III 6, consid. 3.1; 130 II 270, consid. 4 = RDAF 2005 I 526.
- 4 Par exemple: ATF 136 II 551 = JdT 2010 I 604; TF, 2_C177/2007, consid. 5.1; 2P.156/2006 et 2A.355/2006, consid. 4.1.
- 5 ATF 140 III 6, consid. 3.1; CHAPPUIS, *Preuves illicites* (cité n. 1); CHAPPUIS, Signification et fonction des règles déontologiques, in Fellmann/Huguenin Jacobs/Polledna/Schwarz (eds), *Droit suisse des avocats*, Berne 1998 (cité «Règles déontologiques»), p. 127 ss.
- 6 ATF 140 III 6 consid. 3.1.
- 7 Pour une présentation de cette problématique, STEULLET, Remarques sur les «réserves d'usage» en droit jurassien, in *Revue jurassienne de jurisprudence* 1995, p. 305; CHAPPUIS, *Règles déontologiques* (cité n. 5), p. 137 ss.
- 8 *Obergericht Luzern*, LGVE 2002 I Nr. 46. Le *Verwaltungsgericht* de Zurich (arrêt du 10. 9. 2015, VB.2015.00242) a certes considéré que le devoir de confidentialité concernant des discussions transactionnelles ou celles tenues devant le tribunal dans une phase de conciliation faisait partie du devoir de diligence de l'art. 12 let. a LLCA; il n'a cependant pas été amené à analyser la problématique du sort de la confidentialité après la conclusion d'un accord transactionnel.

qui constituent l'exercice d'un droit formateur, les pourparlers transactionnels ont toujours un caractère confidentiel. L'avocat ne peut les invoquer que dans la mesure où ils ont abouti et où ils sont indispensables pour déterminer la validité ou la portée de l'accord intervenu.»

Quant à l'art. 21 let. a et b des Us et coutumes du Barreau de Genève, il prévoyait ceci:

«a) Tous courriers ou discussions se référant à des propositions transactionnelles sont confidentiels, sauf s'ils ont abouti à un accord complet ou que l'auteur de l'offre s'est expressément réservé de s'en prévaloir; cette confidentialité s'impose tant à l'expéditeur qu'au destinataire.

b) L'avocat n'a pas le droit, sans le consentement préalable écrit de son confrère, de produire en justice ou d'évoquer avec des tiers tout ou partie d'échanges confidentiels sauf si ces derniers ont abouti à un accord complet.»

Les règles déontologiques jurassiennes (art. 32) et fribourgeoises (art. 56) existant jusqu'à l'entrée en vigueur du CSD exprimaient le même principe selon lequel la confidentialité des discussions sous réserves d'usage s'imposait sauf conclusion d'un accord définitif entre les parties.

Selon les règles neuchâteloises (art. 56), la conclusion d'un accord complet ne permettait de révéler que les communications orales faites en vue d'une transaction. Une telle possibilité n'était en revanche pas prévue pour la correspondance écrite.

B) *L'interprétation téléologique*

Il faut ensuite s'interroger sur le but poursuivi par le CSD en instituant la confidentialité des discussions transactionnelles, en d'autres termes de recourir à l'interprétation téléologique.

On ne saurait mieux faire que de citer le Tribunal fédéral, pour qui «l'interdiction pour l'avocat de se prévaloir en justice de discussions transactionnelles confidentielles est fondée sur l'intérêt public à favoriser le règlement amiable des litiges, les parties devant pouvoir s'exprimer librement lors de la recherche d'une solution extrajudiciaire».⁹ Cette approche n'est pas contestée en doctrine, tant il est évident que nul ne songerait à s'exprimer librement dans des négociations si, dans l'hypothèse où ces dernières ne conduiraient pas à un accord, il pourrait être ultérieurement fait référence aux concessions et admissions qui auraient été exprimées.

C'est donc à juste titre que le Tribunal fédéral place les réserves d'usage dans le contexte de la «recherche d'une solution extrajudiciaire». Il n'est donc pas question de viser la situation qui se crée, lorsque cette solution a finalement été trouvée par les parties. Les raisons qui justifiaient la confidentialité prennent fin à ce moment-là.

III. La place des réserves d'usage dans l'ordre juridique

1. *La problématique*

Comme toute norme, la règle des réserves d'usage, promue par le Tribunal fédéral au rang de règle professionnelle de l'avocat, n'est pas isolée dans l'ordre juridique suisse. Elle doit y prendre une place qui s'harmonise avec l'ensemble des dispositions que ce dernier contient.

Or l'avocat doit respecter non seulement les règles professionnelles de la LLCA, mais également l'ensemble de l'ordre juridique.¹⁰ Cela fait partie de son devoir de diligence¹¹ non seulement envers son client, mais également les autorités,¹² notamment administratives¹³ ou judiciaires¹⁴, à ses confrères¹⁵, à la partie adverse¹⁶ et aux justiciables en général.¹⁷ Il se peut cependant que certaines des normes qu'il doit respecter soient contradictoires ou, à tout le moins, restreignent leur portée respective.

Le Tribunal fédéral l'a relevé expressément lorsqu'il s'est agi de savoir si la forme de la société anonyme n'était pas problématique pour une étude d'avocats, en raison de l'obligation que la société a de disposer d'un réviseur. Ce dernier n'étant pas avocat et étant un organe de la société anonyme – et non un auxiliaire de l'avocat –, il n'est pas soumis au secret des art. 321 CP et 13 LLCA. Certains auteurs en concluaient que cette situation faisait obstacle à la création de sociétés anonymes d'avocats puisque cela les aurait obligés à restreindre la portée de leur secret.

Le Tribunal fédéral n'a pas retenu cette approche et a considéré qu'il fallait tenir compte de deux impératifs contradictoires: l'obligation de secret d'une part et l'obligation de disposer d'un réviseur d'autre part:

«Il n'est pas nécessaire de résoudre entièrement les questions soulevées par l'autorité précédente. Ce qui est décisif, c'est que l'art. 13 LLCA ne saurait primer les règles du droit des sociétés sur la révision et le contrôle spécial. Certes, le secret professionnel de l'avocat jouit d'une protection particulière dans l'ordre juridique parce qu'il est indispensable à l'exercice de la profession et, partant, à une administration régulière de la justice (arrêt 2P.187/2000 du 8 janvier 2001,

⁹ ATF 140 III 6, consid. 3.1.

¹⁰ SCHILLER (cité n. 2), N 1460.

¹¹ Sur le devoir de diligence et son étendue, CHAPPUIS, La profession d'avocat, tome II. La pratique du métier: De la gestion d'une étude et la conduite des mandats à la responsabilité de l'avocat, 2^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2017, (cité: «Profession d'avocat, tome II»), p. 165 ss et les références citées.

¹² TF, 2A.191/2003, consid. 5.3.

¹³ TF, 2A.151/2003, consid. 2.2.

¹⁴ Message du CF LLCA, FF 1999 5368.

¹⁵ TF, 2C_555/2014, consid. 5 = SJ 2015 I 226; 2A.191/2003, consid. 5.3.

¹⁶ ATF 130 II 270, consid. 4, résumé in RDAF 2005 I 526. Cf. également CJ/GE, ATA/475/2015.

¹⁷ ATF 130 II 270, consid. 4, résumé in RDAF 2005 I 526; TF, 2C_737/2008, consid. 3.3.

¹⁸ ATF 138 II 440, consid. 21 = JdT 2013 I 135.

c. 4c, Pra 2001 n° 141 pp. 835 ss, 843). Le secret professionnel de l'avocat n'est cependant pas absolu; il est au contraire intégré à l'ordre juridique et délimité par lui. Il ressort déjà de l'art. 13 al. 2 LLCA que des raisons pratiques empêchent le respect absolu du secret et que ce respect absolu n'est donc pas non plus exigé (...). C'est pourquoi les sociétés d'avocats avec personnalité ne peuvent pas être tenues pour interdites simplement parce que dans ces organisations, le secret professionnel nécessite éventuellement certains accommodements.»¹⁸

Ce raisonnement vaut pour l'ensemble des règles professionnelles auxquelles l'avocat est soumis et, partant, pour celle des réserves d'usage.

On doit donc interpréter cette dernière en l'intégrant à l'ensemble des règles juridiques que l'avocat doit respecter. Si, comme le Tribunal fédéral le relève, «... l'art. 13 LLCA ne saurait primer les règles du droit des sociétés sur la révision et le contrôle spécial...»,¹⁹ il en va de même de l'art. 12 let. a LLCA, qui ne saurait primer de manière inconditionnelle les règles du Code des obligations (ci-après «CO»), en particulier le droit des contrats, question qui va faire l'objet des chapitres qui suivent.

2. *Le devoir de diligence de l'avocat face au rapport entre les réserves d'usage et le droit contractuel*

A) *L'application du droit contractuel par l'avocat*

En tant que mandataire, l'avocat a un devoir de diligence qui l'oblige à mettre en œuvre tout ce qui est possible pour réaliser la mission que son client lui a confiée.²⁰ Il doit notamment, en tant que spécialiste, connaître le droit de fond et, partant, l'appliquer.²¹ Cette connaissance porte à l'évidence sur le CO, loi fondamentale du système juridique suisse que tout praticien doit connaître et appliquer. En application de ce principe, on doit retenir qu'un avocat ne saurait, sans violer son devoir de diligence, conclure au nom de son client un contrat qui ne respecte pas l'intégralité des règles contractuelles instituées par le CO et la jurisprudence fédérale.²²

La première conclusion que l'on peut tirer à ce stade est que la règle des réserves d'usage ne peut pas s'interpréter d'une manière qui obligerait l'avocat à violer son obligation de diligence consistant à respecter le CO, notamment le droit contractuel. Ce dernier contient diverses dispositions légales et principes jurisprudentiels ayant trait à l'interprétation des contrats et à leur exécution; l'avocat doit en tenir compte lorsqu'il conseille ou représente son client. Parmi ces principes, on retiendra ci-après ceux qui sont déterminants pour le cas d'espèce, soit ceux concernant l'interprétation d'un contrat lorsque les parties sont en litige à cet égard.

B) *Les principes régissant l'interprétation du contrat*

Ainsi que cela vient d'être indiqué, parmi les règles contractuelles que l'avocat doit respecter figurent celles qui ont trait à l'exécution du contrat. En conséquence, l'avocat doit négocier et rédiger, pour le compte de ses

clients, des contrats valides et exécutoires, au besoin en justice.

L'exécution d'un contrat peut se heurter à diverses difficultés, soit que l'une des parties invoque son invalidité (par exemple en raison d'un vice de la volonté au sens des art. 23 ss CO), soit que les parties divergent sur l'interprétation et la portée de l'accord trouvé entre elles.

Il est donc essentiel que l'avocat qui négocie un contrat le fasse de manière que son client soit protégé, dans toute la mesure du possible, contre de telles difficultés. On doit garder à l'esprit que la jurisprudence fédérale²³ interdit une interprétation purement littérale du contrat, même si le texte de ce dernier est clair. En cas de différend entre les parties, le juge doit donc, dans tous les cas, interpréter le contrat, même si le texte de ce dernier semble clair.

Un contrat s'interprète en priorité de façon subjective, le juge s'efforçant de déterminer la réelle et commune volonté de parties. Si le juge ne parvient pas à le faire, il interprète alors le contrat de façon objective, c'est-à-dire en se demandant comment une personne de bonne foi pouvait comprendre les manifestations de volonté échangées entre les parties.²⁴

Dans les deux types d'interprétation, le juge doit recourir à tous les faits pertinents qui ont précédé ou accompagné la conclusion du contrat. Les faits postérieurs à la conclusion du contrat n'entrent en principe en considération que dans le cadre de l'interprétation subjective.²⁵ Dans les deux types d'interprétation, le juge doit donc en tout cas établir tout l'historique du contrat.²⁶

Dans ce contexte, la correspondance entretenue entre les parties en vue de la conclusion du contrat peut jouer un rôle déterminant²⁷. En interdisant l'accès rendrait l'interprétation du contrat conformément à l'art. 18 CO difficile à l'excès, voire impossible.

L'avocat qui se placerait dans une telle situation exposerait son client à des risques considérables puisque ce dernier, en cas de différend relatif à l'interprétation du contrat, serait privé de tout moyen pour faire valoir sa thèse en justice par la voie d'une interprétation subjective du contrat. Ce faisant, l'avocat ne respecterait pas son devoir de diligence tel qu'il vient d'être rappelé.

¹⁹ ATF 138 II 440, consid. 21 = JdT 2013 I 135.

²⁰ CHAPPUIS, La profession d'avocat, tome II (cité n. 11), p. 166; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 2707; CHAPPUIS, Règles déontologiques (cité n. 5), p. 129 ss.

²¹ ATF 127 III 357, consid. 1b, JdT 2002 I 192; CHAPPUIS, La responsabilité de l'avocat. Thèmes choisis, in La pratique contractuelle 5, Symposium en droit des contrats (Pichonnaz/Werro, eds), Genève, Zurich, Bâle 2016, p. 46 ss.

²² Pour un tel exemple, ATF 127 III 357, consid. 1b, JdT 2002 I 192.

²³ ATF 133 III 61 consid. 2.2.1; TF, 4A_641/2010 in SJ 2011 I 321, consid. 3.3.1.

²⁴ TF, 4A_641/2010 in SJ 2011 I 321, consid. 3.3.1.

²⁵ TF, 4A_302/2008; ATF 133 III 61, consid. 2.2.1.

²⁶ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, N 389.

²⁷ CR CO I-WINIGER, art. 18 N 34; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (cité n. 26), Art. 18, N 389.

C) La transaction en tant que contrat

La transaction est un contrat.²⁸ Elle s'interprète en conséquence comme tout autre contrat, c'est-à-dire selon les principes qui ont été rappelés au chapitre précédent.²⁹ Comme pour tout contrat, le comportement des parties avant la conclusion de celui-ci est souvent un élément décisif de son interprétation,³⁰ en particulier la correspondance entretenue entre les parties³¹ (*supra* III. 2. B *in fine*). Il en va également ainsi de la transaction judiciaire³²

L'avocat qui négocie une transaction au nom et pour le compte de son client doit dès lors, en vertu de son devoir de diligence (*supra* III. 2. A), respecter tous les principes exposés au chapitre précédent concernant l'interprétation subjective ou objective de la transaction.

Il doit en particulier conserver et tenir à la disposition de son client toutes les preuves susceptibles d'établir le contenu des pourparlers transactionnels ayant conduit à la conclusion de l'accord en cas de difficulté dans l'exécution de ce dernier. Affirmer que l'ensemble de ces preuves ne peut être produit du fait des réserves d'usage le placerait donc dans une situation l'empêchant de le faire et, partant, de respecter un aspect essentiel de son devoir de diligence.

Les règles prévalant en matière de convention judiciaire, passée en procédure de conciliation, sont différentes en raison de l'art. 205 CPC dont l'alinéa 1 dispose que «Les dépositions des parties ne doivent ni figurer au procès-verbal de conciliation ni être prises en compte par la suite, durant la procédure au fond». Or, si la convention donne matière à un conflit subséquent entre les parties quant à son interprétation, ce seront les principes de l'art. 18 CO qui s'appliqueront,³³ tels qu'ils ont été rappelés ci-dessus (*supra* III. 2. B). Le texte de la transaction judiciaire devra donc être suffisamment précis pour pallier les inconvénients découlant de l'impossibilité de se référer aux propos tenus dans la procédure de conciliation.

IV. Conclusion sur l'interprétation de la règle des réserves d'usage

Sur la base des considérations qui précèdent sur le devoir de diligence de l'avocat face à l'application du droit de fond, on peut maintenant interpréter les contours que doit revêtir la règle des réserves d'usage.

Une interprétation stricte et absolue de la règle des réserves d'usage, en ce sens que ces dernières ne seraient pas levées en cas de différend dans l'interprétation du contrat résultant d'un accord complet, n'est pas compatible avec les règles contractuelles du CO et la jurisprudence fédérale rendue en application de ce dernier. Une telle interprétation empêcherait purement et simplement le client de l'avocat de faire usage des règles contractuelles, en cas de litige avec sa partie adverse.

Cette interprétation serait en outre contraire au but de la norme. Les réserves d'usage sont destinées à faciliter la conduite des négociations et servir les intérêts bien compris des parties dans ce contexte (*supra* II. 2. B).³⁴

Elles n'ont en revanche pas pour but de compliquer à l'excès la tâche de ces dernières dans la mise en œuvre de

leur convention et la résolution d'un différend dans l'exécution de cette dernière. Elles n'ont en particulier pas pour but de les priver purement et simplement des moyens d'interprétation contractuelle reconnus par le Tribunal fédéral dans une jurisprudence constante. Elles n'ont enfin pas pour mission de permettre à une partie d'adopter un comportement contraire à la bonne foi, en soutenant en procédure des thèses volontairement contraires à ce qui a été dit dans les négociations, à tout jamais secrètes en vertu d'une confidentialité indestructible.

En adoptant une telle interprétation, on parviendrait à une solution à tout le moins paradoxale: les parties représentées par avocat dans la négociation et la conclusion d'un contrat seraient infiniment moins bien placées que celles qui auraient agi seules. Alors que les secondes pourraient établir devant le juge le contenu véritable de leur convention, les premières seraient privées de cette faculté. Elles en seraient réduites à se voir opposer par le juge soit une interprétation purement littérale de l'accord, système qui est clairement prohibé en droit suisse (*supra* III. 2. B).³⁵

La solution de l'arrêt lucernois mentionné ci-dessus (*supra* II. 2, n. 8),³⁶ allant dans le sens contraire, ne peut être suivie.³⁷ Après avoir posé le principe que la règle des réserves d'usage serait absolue, les juges cantonaux ont considéré que certains remèdes pouvaient exister contre les effets indésirables de la norme. Ils ont en particulier estimé que le contrat pouvait être interprété en sollicitant, à titre de preuve, la déposition des parties (art. 192 al. 2 CPC), sous la menace des sanctions pénales réprimant les fausses déclarations (art. 306 CP). Si une partie devait enfreindre cette dernière disposition, une procédure pénale pourrait alors être ouverte et éventuellement mener à la révélation des discussions menées sous les réserves d'usage.

28 ATF 130 III 49 = JdT 2005 I 517; 105 II 277 = JdT 1980 I 358; MORAND, La transaction extrajudiciaire, judiciaire et arbitrale, Berne 2016, N 18 et 41 ss; FAVRE-BULLE/BABEL CASUTT, Contrat de transaction, in Recueil de contrats commerciaux. Modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse (Marchand, Chappuis C., Hirsch, éd.), Bâle 2013, N 0.1, p. 1288.

29 MORAND (cité n. 28), N 228 ss.

30 MORAND (cité n. 28), N 234.

31 MORAND (cité n. 28), N 235; CR CO I-WINIGER, art. 18 N 34; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (cité n. 26), Art. 18, N 389.

32 TF, 5A_533/2017; 4A_185/2017, consid. 4.2; 5A_521/2015, consid. 3.3; 4A_298/2014, consid. 3.4. À noter que la transaction judiciaire ne peut pas, selon les termes du Tribunal fédéral «faire l'objet d'une demande d'interprétation au sens de l'art. 334 CPC. Cet acte n'est en effet pas une déclaration de volonté du juge mais des parties» (5A_533/2017, consid. 4.4.1; cf. également 5A_510/2016, consid. 6.2 et 6.3).

33 TF, 5A_533/2017; 4A_185/2017, consid. 4.2; 5A_521/2015, consid. 3.3; 4A_298/2014, consid. 3.4.

34 ATF 140 III 6, consid. 3.1; CHAPPUIS, Preuves illicites (cité n. 1), p. 131.

35 ATF 133 III 61 consid. 2.2.1; TF, 4A_641/2010 in SJ 2011 I 321, consid. 3.3.1.

36 Obergericht Luzern, LGVE 2002 I Nr. 46, consid. 7.2.

37 Cette décision est mentionnée par BOHNET/MARTENET (cité n. 20), N 1193, qui paraissent en approuver la conclusion, sans toutefois la commenter.

Qu'il soit observé en premier lieu qu'il n'est guère concevable d'imaginer, à titre de seul moyen d'interprétation contractuelle, le dépôt d'une plainte pénale d'un des cocontractants contre l'autre.

Deuxièmement, la solution proposée par les juges lucernois, sans doute déjà incompatible avec nombre de codes cantonaux de procédure pénale en vigueur à l'époque de leur décision, ne l'est clairement plus après l'entrée en vigueur du CPP. L'art. 264 CPP rend en effet absolument insaisissable la correspondance de l'avocat, que le destinataire en ait été le prévenu, une autre partie ou un tiers.³⁸ La partie qui déposerait plainte pénale pour obtenir la documentation nécessaire à l'interprétation du contrat pourrait tout au plus produire les lettres de son propre avocat – en violation des réserves d'usage –, mais pas celles de l'avocat de la partie adverse visée par la plainte. Ce dernier pourrait en effet s'opposer avec succès à cette production en vertu de l'art. 264 CPP.

Enfin, on n'imagine pas comment la partie déposant une plainte pénale pourrait convaincre l'autorité pénale d'ouvrir une procédure pénale, puisqu'elle serait incapable de rendre vraisemblable ses accusations aux yeux du procureur, tous les moyens de preuve susceptibles de les accréditer étant en effet couverts par les réserves d'usage et, partant, interdits de production en justice.

En application de l'ensemble des principes exposés dans les chapitres précédents, la seule interprétation de la règle des réserves d'usage qui soit compatible avec l'ordre juridique est celle qui consiste à retenir que la partie qui a conclu un accord, en étant représentée par un avocat, est autorisée à produire tous les documents pertinents – mais ceux-là seulement – pour l'interprétation ou la détermination de la validité de la convention, en cas de différend avec l'autre partie, cela même si ces documents ont été couverts par les réserves d'usage dans le cours des négociations.

En d'autres termes, si les échanges effectués sous les réserves d'usage aboutissent à un accord complet, les dites réserves sont levées, à tout le moins en ce qui concerne les documents indispensables pour interpréter l'accord transactionnel ou se prononcer sur sa validité.

L'interprétation la plus convaincante est celle qui était donnée par les anciens Usages du Barreau vaudois (*supra* II.2. A) qui disposaient que «Hormis les offres qui constituent l'exercice d'un droit formateur, les pourparlers transactionnels ont toujours un caractère confidentiel. L'avocat ne peut les invoquer que dans la mesure où ils ont abouti et où ils sont indispensables pour déterminer la validité ou la portée de l'accord intervenu.»

V. La production en justice de documents frappés des réserves d'usage

Si l'on suit la thèse défendue dans les chapitres qui précèdent, reste alors à se demander quelle est la procédure que l'avocat qui veut produire en justice un échange frappé des réserves doit suivre.

Le CSD pose le principe qu'il faut obtenir préalablement le consentement de la partie adverse ou du confrère.³⁹

En cas de refus, il n'existe à première vue aucune possibilité d'obtenir la levée des réserves d'usage. En effet, contrairement au secret professionnel qui est institué par la loi (art. 13 LLCA et 321 CP), loi qui prévoit qu'il peut être levé,⁴⁰ la règle des réserves d'usage n'est, à l'origine, qu'une institution de la déontologie, donc une norme privée qui n'est pas prise en considération par loi. Conséquemment, cette dernière ne prévoit pas expressément une procédure de levée.

Des auteurs affirment cependant que l'autorité de surveillance pourra être saisie,⁴¹ solution à laquelle se réfère également l'*Obergericht* de Lucerne, sans la développer.⁴² À Genève, l'autorité de surveillance a néanmoins procédé à la levée des réserves d'usage, en l'inscrivant dans celle du secret professionnel.⁴³ L'approche de l'autorité de surveillance de Genève ne saurait toutefois s'imposer. Elle est construite sur le principe que le secret professionnel serait dû non seulement au client, mais également à la partie adverse. Ainsi, l'avocat pourrait demander la levée de son secret lorsque ce dernier couvre des confidences de la partie adverse. Cette conception ne concorde cependant pas avec la jurisprudence et la doctrine largement majoritaire selon lesquelles seul le client est le bénéficiaire du secret.⁴⁴

Le rôle de l'autorité de surveillance a considérablement évolué au cours des années et varie d'un canton à l'autre.⁴⁵ Alors que le Tribunal fédéral avait initialement retenu une interprétation très restrictive de ce rôle, cantonnant l'autorité de surveillance dans une fonction purement sanctionnatrice,⁴⁶ la pratique a conduit à des solutions innovantes, telles les injonctions faites l'avocat de renoncer à un mandat pour cause de conflit d'intérêts⁴⁷ ou encore les procédures d'agrément pour les sociétés anonymes

38 CHAPPUIS/STEINER, Le secret de l'avocat dans le CPP et le CPC: entre divergence et harmonie, *Revue de l'Avocat*, 2/2017, p. 88 et références citées.

39 BOHNET/MARTENET (cité n. 20), N 1192.

40 Art. 321 CP: «La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit.»

41 BOHNET/MARTENET (cité n. 20), N 1192.

42 «So hätte er im Appellationsverfahren die Edition der Vergleichskorrespondenz beantragen und im Falle der Weigerung des Beschwerdegegners bei der Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte ein Gesuch um Befreiung vom Offenbarungsverbot einreichen können», *Obergericht Luzern, LGVE 2002 I Nr. 46*, consid. 7.2.

43 SJ 2011 II 153, p. 201.

44 Pour une appréciation critique, CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome I – Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2016 (cité «Profession d'avocat, tome I»), pp. 172-174.

45 Pour une présentation de cette évolution, CHAPPUIS, *Profession d'avocat*, tome I (cité n. 44), p. 300 ss; GURTNER, *La réglementation des sociétés d'avocats en Suisse: entre protectionnisme et libéralisme*, Bâle 2016, p. 345 ss et 354 ss.

46 ATF 132 II 250, c. 4.3.2.

47 Pour une présentation de la question des injonctions, CHAPPUIS, *Profession d'avocat*, tome I (cité n. 44), p. 300 ss et références jurisprudentielles et doctrinales citées.

d'avocats.⁴⁸ On peut donc imaginer que des autorités cantonales décident d'accueillir – par analogie avec la procédure de levée du secret professionnel – des demandes qui leur seraient faites par des avocats désireux de produire en justice des documents frappés des réserves d'usage. Pour que souhaitable et justifiée que paraisse une telle création prétorienne, elle ne s'appuie en tout cas sur aucune disposition expresse de la LLCA ce qui est susceptible d'en rendre difficile l'adoption.

Si une telle voie ne devait pas être ouverte, il ne resterait donc à l'avocat qu'à prendre le risque de produire les documents indispensables à la défense des intérêts de son client, sans savoir si ce comportement sera jugé comme une violation de son devoir de diligence par l'autorité de surveillance du canton où il agit. C'est au tribunal saisi qu'il reviendra de déterminer si la pièce ou les pièces produites sont illicites au sens de l'art. 152 al. 2 CPC. Qu'il s'agisse de procédure pénale ou de procédure civile, c'est en effet à l'autorité judiciaire en charge du litige de statuer sur les preuves présentées par les parties (art 152 CPC; art. 62 et 139 ss CPP). Elle peut donc se prononcer sur la productibilité des pièces soumises aux réserves d'usage, ce que le Tribunal fédéral a précisément fait, dans l'arrêt précité, à la suite de l'autorité cantonale.⁴⁹

VI. Conclusion

L'incertitude qui entoure la portée exacte de la règle sur les réserves d'usage de même que l'absence d'une procédure de levée de ces réserves placent l'avocat dans une si-

tuation délicate. S'il craint de violer une règle professionnelle en produisant un document couvert par le sceau de la confidentialité, il risque de voir les intérêts légitimes de son client démunis de toute protection, voire, dans les cas les plus graves, d'assister au triomphe des thèses développées de parfaite mauvaise foi par la partie adverse, protégée par une règle déontologique détournée de son but.

Aussi longtemps que le Tribunal fédéral n'aura pas été amené à trancher cette question, ce doute subsistera. Cette constatation amène à la conclusion qu'une transaction conclue dans de telles conditions devrait être rédigée avec une précision particulière, tant en ce qui concerne les obligations des parties et des conditions auxquelles elles sont soumises, qu'en ce qui concerne le préambule. Ce dernier devrait permettre dans toute la mesure du possible de déterminer sans ambiguïté les éléments sur lesquels l'accord a été construit. Cela dit, quel que soit le soin dont aura fait preuve le rédacteur du contrat, il ne pourra jamais éviter la survenance d'un litige dans son interprétation, ne serait-ce qu'en raison du fait que tout contrat est par nature lacunaire, l'esprit humain ne pouvant concevoir toutes les hypothèses de fait pouvant survenir après la conclusion de l'accord.⁵⁰

⁴⁸ GURTNER (cité n. 45), p. 354–355.

⁴⁹ ATF 140 III 6.

⁵⁰ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (cité n. 26), Art. 18, N 490.