

# L'INSTIGATION À UN ACTE ILLICITE PAR UN AVOCAT

## BENOÎT CHAPPUIS

Avocat, professeur aux Universités de Genève et Fribourg

## URSULA CASSANI

Professeure à l'Université de Genève

Mots clés: avocat; secret de fonction; instigation; responsabilité civile; prescription

Le Tribunal fédéral a récemment rendu un arrêt<sup>1</sup> tenant un avocat, ayant sollicité d'une autorité étatique une information couverte par le secret de fonction, comme l'instigateur d'un acte pénalement punissable. Il en a conclu que l'avocat était civilement coresponsable du dommage causé par la violation commise par l'autorité.

### I. Les faits

Me X, avocat inscrit à un registre cantonal, est en charge des intérêts de la mère d'une jeune enfant. Dans le contexte d'une procédure judiciaire relative au droit du père à entretenir des relations personnelles avec cette enfant, Me X demande par écrit des renseignements à Mme Z, cheffe de la police du canton, concernant les interventions que cette dernière a dû effectuer à l'encontre du père. Il entend ainsi démontrer que ce dernier n'est pas à même d'entretenir des relations personnelles avec son enfant.

La cheffe de la police répond à la demande qui lui est adressée par Me X et lui fait parvenir une fiche de renseignement caviardée comportant la mention de sept interventions policières contre le père.

Apprenant ces faits, le père dépose une plainte pénale contre la cheffe de la police pour violation du secret de fonction, au sens de l'art. 320 CP. Dans sa décision, l'autorité pénale relève que, pour sa défense, la cheffe de la police soutient que les conditions légales<sup>2</sup> à la divulgation des données n'étaient pas «d'une évidente limpidité», ce qui expliquait pourquoi elle s'était sentie autorisée à répondre à l'avocat. Les juges considèrent au contraire que la loi en question «ne souffre pas la moindre ambiguïté», puisqu'elle dispose qu'aucun renseignement de police ne peut être communiqué à des tiers. L'autorité de jugement en conclut qu'il n'aurait dû faire aucun doute pour la cheffe de la police que l'avocat était un tiers et qu'il n'y avait en conséquence pas de place pour une interprétation divergente.

Néanmoins, tout en reconnaissant que la commission de l'infraction est avérée, la Cour d'appel cantonale fait application de l'art. 52 CP et renonce à poursuivre la cheffe

de la police, compte tenu du fait que la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte sont peu importantes. Un des éléments déterminants à cet égard réside dans le fait que les autorités de protection de l'enfant auraient elles-mêmes pu obtenir directement de la police l'information transmise à l'avocat.

Le père agit alors en responsabilité contre le canton, pour l'acte commis par son fonctionnaire. Le canton conclut une transaction par laquelle il accepte de verser au père CHF 13 000.- à titre de dommages-intérêts et de réparation du préjudice moral.

Le père agit également contre Me X qu'il tient pour être l'instigateur de l'acte illicite commis par la cheffe de la police et, partant, pour civilement coresponsable aux côtés du canton.

Me X excipe d'entrée de cause de la prescription. Cette exception est accueillie par l'autorité supérieure cantonale qui rejette la demande. Le père saisit le Tribunal fédéral d'un recours constitutionnel pour arbitraire. Le recours est déclaré fondé, de sorte que la cause est renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il statue sur la demande de dommages-intérêts.

<sup>1</sup> TF, 4D\_42/2015.

<sup>2</sup> Art. 3A al. 1 de la Loi sur les renseignements et les dossiers de police et la délivrance des certificats de bonne vie et mœurs (LCBVM), RS/GE F 1 25.

## II. La décision

La seule question que le Tribunal fédéral avait à résoudre était celle de la prescription affectant la demande d'indemnisation introduite contre Me X par la victime de la violation du secret de fonction commise par le policier.

L'action civile du père contre Me X ayant été introduite plus d'un an après la demande de renseignement faite par l'avocat à la cheffe de la police, elle était en effet prescrite en vertu de l'art. 60 al. 1 CO, dans l'hypothèse où le comportement de l'avocat aurait constitué un acte de nature purement civile. La question à trancher était dès lors celle de savoir si la prescription longue découlant du droit pénal était applicable au comportement de l'avocat, en vertu de l'art. 60 al. 2 CO. Pour y répondre, il s'agissait de déterminer si l'avocat devait être considéré comme ayant participé au comportement pénalement répréhensible du fonctionnaire.

Le Tribunal fédéral constate que si l'avocat n'avait pas adressé une demande à la cheffe de la police, il n'aurait pas obtenu l'information litigieuse. Il en conclut logiquement que la demande de l'avocat est la cause de la réponse de la police<sup>3</sup>. Il ajoute alors: «Lorsque l'infraction consiste à fournir une information en réponse à une demande, la demande est objectivement une instigation à l'infraction. La demande n'a pas pour effet de simplement créer une situation dans laquelle le détenteur de l'information pourrait éventuellement se décider à commettre une infraction; elle exprime plutôt le souhait d'obtenir une réponse, et elle provoque ainsi le comportement du détenteur»<sup>4</sup>.

Le Tribunal fédéral observe que cette conception de l'instigation est critiquée en doctrine<sup>5</sup>, mais n'entre pas dans le débat, considérant qu'il ne lui appartient pas de le faire dans le cadre étroit d'un recours constitutionnel. Il lui suffit à ce stade de constater que la décision cantonale s'écarte de façon flagrante et choquante des principes établis par la jurisprudence en la matière.

Au terme de ce raisonnement, Me X est considéré comme l'instigateur du comportement pénalement répréhensible de la policière, de sorte que l'action en dommages-intérêts dirigée contre lui par la victime n'est nullement prescrite. Le Tribunal fédéral renvoie en conséquence l'affaire au tribunal de première instance pour que ce dernier statue sur la demande de dommages-intérêts.

## III. Le commentaire

Rendue dans le cadre contraignant d'un recours constitutionnel, la décision n'aborde le problème que de façon sommaire. Le Tribunal fédéral le précise d'ailleurs; il n'était pas question, à ce stade de la procédure, d'entrer dans le débat doctrinal relatif à la notion d'instigateur en droit pénal. C'est donc l'occasion de s'interroger ici sur la pertinence de la solution à laquelle le Tribunal fédéral est parvenu au terme de cette analyse limitée à l'arbitraire.

À titre préliminaire, il est important de relever que le Tribunal fédéral ne précise pas clairement s'il considère Me X comme un instigateur pénal du policier ou s'il ne se

place que sur le terrain de l'instigation civile, au sens de l'art. 50 al. 1 CO, disposition qui n'est d'ailleurs pas citée dans l'arrêt. La question est pourtant d'importance, les deux droits ne posant pas des conditions similaires pour retenir l'existence d'un acte de participation. C'est donc à cette question qu'il faut s'intéresser en premier lieu.

### 1. La notion d'instigation

#### A) En droit pénal

L'infraction de violation du secret de fonction, au sens de l'art. 320 CP, est un délit propre pur, que seule une personne soumise au secret de fonction peut commettre à titre principal. Il n'existe, par ailleurs, pas de clause applicable à l'*extraneus* qui révèle ou exploite un secret de fonction qui lui a été communiqué de manière illicite par un *intraneus*, contrairement à ce qui est le cas en matière de violation du secret bancaire, depuis une révision législative récente (art. 47 al. 1 lit. c LB)<sup>6</sup>. L'*extraneus* peut, en revanche, être l'instigateur ou le complice d'un *intraneus*.

L'instigation, définie à l'art. 24 al. 1 CP, consiste à *décider* autrui intentionnellement à commettre un crime ou un délit. La punissabilité de l'instigation à un délit suppose, en outre, que celui-ci ait effectivement été commis, condition qui ne pose pas de problème dans le cas d'espèce, puisqu'il n'est pas contesté que la cheffe de la police a bien révélé une information couverte par le secret de fonction.

Le cas d'espèce met en jeu la portée des termes «a décidé autrui», auquel se rattache la délimitation entre le comportement incitatif réprimé à l'art. 24 CP et la simple création d'une occasion de commettre une infraction. L'instigateur, comme le complice, contribue causalement à l'infraction; toutefois, il ne suffit pas d'établir un lien de causalité naturelle entre son comportement et celui de l'auteur principal. L'instigateur doit avoir agi dans le but de susciter une résolution délictueuse qui n'existait pas encore; c'est donc un *lien de motivation* qui est nécessaire. Il faut avoir *déterminé* l'auteur à commettre l'infraction.

Dans le cas d'espèce, la Cour de droit civil du Tribunal fédéral estime que cette condition était réalisée (c. 4, p. 5): «Lorsque l'infraction consiste à fournir une information en réponse à une demande, la demande est objectivement une instigation à l'infraction. La demande n'a pas pour effet de simplement créer une situation dans laquelle le détenteur de l'information pourrait éventuellement se décider à commettre une infraction; elle exprime plutôt le souhait d'obtenir une réponse, et elle provoque ainsi le comportement du détenteur». À l'appui de cette interpré-

<sup>3</sup> TF, 4D\_42/2015, c. 4.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> NYDEGGER, Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung, 2012, p. 268; NYDEGGER, Was heisst «anstiften»? , recht 2014, p. 101.

<sup>6</sup> Loi fédérale du 12.12.2014 sur l'extension de la punissabilité en matière de violation du secret professionnel, en vigueur depuis le 1.7.2015 (RO 2015 1535; FF 2014 5997 6007).

tation, l'arrêt invoque la jurisprudence de la Cour de cassation pénale<sup>7</sup>, tout en relevant que celle-ci a été critiquée en doctrine. Cette dernière estime, en effet, que le fait de poser une simple question, à laquelle le destinataire est libre de répondre ou non, n'est pas constitutif d'instigation<sup>8</sup>.

L'arrêt principal traitant de cette problématique<sup>9</sup> concernait un journaliste du Blick reconnu coupable d'instigation à l'art. 320 CP, pour avoir questionné une employée administrative du Ministère public zurichois au téléphone et obtenu des informations sur les antécédents judiciaires de personnes mises en cause dans l'affaire du brigandage de la poste de Zurich. L'affaire a valu à la Suisse une condamnation devant la CourEDH pour violation de l'art. 10 CEDH<sup>10</sup>, dont le Tribunal fédéral n'a pas encore examiné les conséquences qu'il y a lieu d'en tirer pour sa jurisprudence. Le cas d'espèce, qui n'a pas été jugé par la Cour de droit pénal, ne lui en a pas fourni l'occasion, ne serait-ce que parce qu'il ne soulève pas la question de la liberté des médias, qui impose une retenue particulière aux États.

En dépit de cette différence au niveau des enjeux, on lira avec intérêt un passage de l'arrêt de la Cour de Strasbourg: «Selon les juridictions internes, notamment la Cour d'appel, le requérant aurait dû savoir, en tant que chroniqueur expérimenté, que les informations sur les personnes impliquées dans une procédure pénale en cours étaient confidentielles. La Cour n'est pas convaincue par cette argumentation. Elle estime au contraire qu'il appartient aux États d'organiser leurs services et de former leurs agents de sorte qu'aucun renseignement ne soit divulgué concernant des données considérées comme confidentielles. Ainsi, le gouvernement défendeur assume, en l'espèce, une partie importante de la responsabilité pour l'indiscrétion commise par l'assistante du parquet du canton de Zurich. De surcroît, il n'apparaît pas que le requérant ait recouru à la ruse ou la menace ou qu'il ait autrement exercé des pressions afin d'obtenir les renseignements voulus»<sup>11</sup>.

Ces objections paraissent d'autant plus pertinentes pour le cas d'espèce que la question qu'il est reproché à l'avocat d'avoir posée n'a pas été adressée à une employée administrative subalterne mais à la cheffe de la police, et cela par écrit. C'est donc à une personne parfaitement armée pour décider ce qu'elle était en droit de révéler que la question a été adressée. Celle-ci n'a pas été prise par surprise; elle a eu le temps de réfléchir à la requête, et elle a d'ailleurs profité de cela pour sélectionner les informations qui lui paraissaient pouvoir être transmises et en caviarder d'autres. L'on ne saurait admettre, dès lors, que l'avocat a exercé une influence déterminante sur la volonté de la cheffe de la police.

Par ailleurs, le comportement de l'avocat ne saurait à notre sens être qualifié d'acte de *complicité* à la violation du secret de fonction. Certes, le lien de causalité naturelle entre la demande d'informations et la réponse donnée par la cheffe de la police est indéniable. Toutefois, l'avocat n'a fourni ni conseils ni appui psychique; sa seule contribution consiste à avoir posé une question, à laquelle l'autorité avait la liberté de répondre ou non. Cela est aussi insuffi-

sant pour retenir la complicité pénale<sup>12</sup>. Enfin, sous l'angle subjectif, le citoyen, même avocat, qui s'adresse au chef hiérarchique de l'autorité, officiellement et par écrit, nous paraît fondé à admettre que la réponse qui lui sera donnée respectera le cadre de la loi.

Dès lors, au regard de l'analyse basée sur le droit pénal, il n'y a pas matière à retenir que l'avocat avait participé à la violation du secret de fonction dans le cas d'espèce.

### B) *En droit civil*

Si la notion d'instigation est largement analysée par les pénalistes, tel est moins le cas des commentateurs civilistes. Les développements consacrés à la question excèdent rarement quelques lignes<sup>13</sup>. On retient de ces quelques commentaires que doit notamment être considéré comme participant à l'acte illicite de l'auteur principal celui qui, et en connaissance de cause, apporte à ce dernier une assistance psychologique par son soutien moral<sup>14</sup>.

L'art. 50 al. 1 CO institue une solidarité, au sens des art. 143 ss CO, lorsque plusieurs personnes ont causé ensemble un dommage par des actes illicites. La loi précise qu'il n'y a pas lieu de distinguer l'auteur principal, le complice ou l'instigateur. À teneur de la jurisprudence, il faut que chaque auteur ait connu ou pu connaître, en usant de l'attention nécessaire, la participation des autres à l'acte dommageable. Il doit ainsi y avoir une faute commune, une coopération consciente entre les différents auteurs<sup>15</sup>; chacun des auteurs du dommage connaît, ou aurait pu connaître, la contribution des autres<sup>16</sup>. Ces derniers ont pu tous vouloir la survenance du dommage (intention), «soit ils ont au moins pris en compte que le préjudice pouvait arriver (dol éventuel), soit ils auraient pu l'écartier s'ils avaient prêté aux circonstances l'attention requise»<sup>17</sup>.

En d'autres termes, la jurisprudence semble retenir que l'on peut être instigateur par négligence au sens du droit civil et qu'il n'est nul besoin d'avoir voulu ni recher-

7 ATF 127 IV 122 c. 2b/bb p. 128; ATF 128 IV 11 c. 2a p. 14; arrêt 6B\_65/2015 du 25.3.2015, c. 5.2.

8 STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, AT I, 4<sup>e</sup> éd. 2011, § 13 N. 101; dans le même sens, notamment STRÄULI, in Roth/Moreillon, *Commentaire Romand, Code pénal I*, 2009, N 25 ad art. 24 CP; NYDEGGER, *Was heisst «anstiften?»*, recht 2014 p. 101 ss, p. 111.

9 ATF 127 IV 122; pour une analyse détaillée, cf. NYDEGGER, *Was heisst «anstiften?»*, recht 2014 p. 101 ss.

10 Affaire Dammann c. Suisse, arrêt du 25.4.2006, requête no 77551/01.

11 Affaire Dammann c. Suisse, arrêt du 25.4.2006, requête no 77551/01, § 55.

12 Dans le même sens, NYDEGGER, p. 112.

13 Notamment, OFTINGER/STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1987 (vol. II/1), § 16 N 319; BK-BREHM, art. 50 CO N 24-25.

14 OFTINGER/STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1987 (vol. II/1), § 16 N 319.

15 TF, 4A\_185/2007, c. 6.2.1.

16 ATF 115 II 42, c. 1b = JdT 1989 I 531.

17 TF, 4A\_185/2007, c. 6.2.2.

ché un comportement illicite de l'auteur principal; il suffit de l'avoir provoqué par un comportement négligent. Cet avis nécessite cependant que l'on circoncrive avec plus de précision les limites de ce type de participation. Dans l'arrêt présentement analysé, le Tribunal fédéral inscrit son raisonnement dans le strict cadre de l'enchaînement des faits: puisque c'est une question qui a provoqué une réponse illicite, il y a lieu de tenir cette question pour un acte d'instigation. Il y a là un simple automatisme factuel. Cette conception étend cependant à l'excès la responsabilité pour instigation puisqu'elle ne prend en compte en aucune façon l'effet du comportement du prétendu instigateur sur celui de l'auteur. Elle s'éloigne en particulier de la juste remarque d'Oftringer/Stark mentionnée ci-dessus (cf. n. 14), selon laquelle l'instigation doit constituer un appui psychique ou un soutien moral apporté à l'auteur. À l'instar des avis soutenus dans la doctrine pénale (cf. *supra* III.1.a), il faut retenir que le comportement de l'instigateur doit avoir joué un rôle dans la détermination même de l'auteur principal d'adopter un comportement illicite. À cet égard, le simple fait de poser une question à laquelle son destinataire a le choix de répondre ou non ne suffit pas.

Autrement dit, sauf à détourner le mot «instigation» de son sens, on ne peut retenir que tout comportement qui s'inscrit dans la chaîne de faits qui va conduire à un comportement illicite est une instigation à ce dernier. Il faut en plus que ce comportement constitue effectivement un soutien psychique ou moral au comportement de l'auteur principal. En l'espèce, il est douteux que la simple demande de renseignement adressée par l'avocat à la cheffe de la police, par le biais d'un unique courrier, ait constitué un tel soutien dans la décision prise par cette dernière de violer son secret de fonction. Il ne l'a encouragée en aucune manière, par exemple par des demandes réitérées et insistantes, pas plus qu'il n'a exercé quelque pression sur elle. Il a simplement fait valoir qu'il souhaitait prouver dans la procédure civile le «comportement objectivement instable» du père. Cette motivation procédurale ne constitue pas un élément propre à inciter la cheffe de la police à commettre un acte illicite; elle était libre de répondre et disposait, vu son statut hiérarchique élevé, de la compétence nécessaire pour apprécier le comportement qu'il lui revenait d'adopter aux termes de la loi.

## 2. L'application de l'art. 60 al. 2 CO à la responsabilité civile de l'instigateur

Si l'on devait néanmoins retenir que le comportement de l'avocat constitue une instigation civile, il faudrait alors retenir que le raisonnement du Tribunal fédéral quant à l'application du délai de l'art. 60 al. 2 CO à l'instigateur n'est, en tant que tel, pas discutable. Il n'est en effet plus contesté aujourd'hui que le délai long de la prescription pénale s'applique non seulement à l'auteur de l'infraction, mais également aux tiers qui sont civilement responsables à ses côtés<sup>18</sup>. Il n'est pas nécessaire que les tiers soient eux-mêmes pénalement responsables. La seule condition qui doit être remplie est celle de l'existence d'un acte punissable d'au moins l'un des responsables.

Cette dernière condition appelle la précision suivante, lorsque la procédure pénale intentée contre l'auteur principal n'a pas débouché sur sa condamnation. Le juge civil est lié par une décision de classement, d'acquiescement ou de non-entrée en matière<sup>19</sup> fondée sur l'absence d'un élément objectif ou subjectif constitutif de l'infraction<sup>20</sup>. En revanche, lorsque la décision pénale prononçant la non-punissabilité de l'auteur est fondée sur une autre raison (prescription, absence de dépôt de plainte, etc.), le juge civil n'est pas lié et peut retenir le caractère pénal du comportement, dans son appréciation de la prescription de l'art. 60 al. 2 CO<sup>21</sup>.

Dans le cas d'espèce, le fait qu'aucune sanction pénale n'a été prononcée contre l'auteur principale – la cheffe de la police – résultait de l'application de l'art. 52 CP; l'autorité pénale avait en effet considéré que, même si l'infraction était avérée, la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte étaient suffisamment peu importantes pour permettre de renoncer au prononcé d'une peine (*supra*, II *in fine*). L'absence de sanction ne découlait donc pas de la non-culpabilité pénale de l'auteur principal. La conséquence en est que, la culpabilité de ce dernier ayant été établie par la justice pénale, le juge civil était fondé à faire application de la prescription longue de l'art. 60 al. 2 CO envers toutes les personnes civilement responsables. Il résulte de cette analyse que le raisonnement du Tribunal fédéral à propos de l'instigation au sens pénal était inutile, puisque c'est le délai de prescription applicable à l'auteur principal qui est déterminant; il s'applique aussi à ceux qui répondent à côté de lui en vertu d'une notion de participation autonome du droit civil par rapport au CP.

Reste la question du délai de prescription qui s'applique effectivement dans le cas d'espèce. À notre connaissance, la procédure pénale ne visait que la cheffe de la police, seule soumise au secret de fonction (art. 320 CP), et non l'avocat qui lui avait demandé l'information confidentielle. Comme on vient de le voir, cela ne constitue pas un obstacle à la prise en compte, par le juge civil appliquant l'art. 60 al. 2 CO, du délai de prescription plus long fondé sur la commission d'une infraction pénale.

À l'époque des faits (2011), ce délai était de sept ans pour les délits et non de dix, délai retenu par le Tribunal fédéral (c. 4) sur la base d'une application rétroactive non explicitée de la révision de l'art. 97 CP entré en vigueur le 1.1.2014<sup>22</sup>. Certes, le législateur peut prévoir l'application rétroactive d'un nouveau délai de prescription plus long à

18 CR CO I-WERRO, art. 60 N 38; REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2008, N 1695-1696.

19 KRAUSKOPF/JEANNERET, *La prescription civile et pénale, in Responsabilité civile. Responsabilité pénale* (C. Chappuis/Winiger, eds), Genève, Zurich, Bâle 2015, p. 161.

20 ATF 136 III 502, c. 6.3.1.

21 ATF 136 III 502, c. 6.3.1; 134 III 591, c. 5.3; KRAUSKOPF/JEANNERET, p. 161 *in fine*.

22 Loi fédérale du 21.6.2013 (Prorogation des délais de prescription), en vigueur depuis le 1.1.2014 (RO 2013 4417; FF 2012 8533).

des faits survenus avant l'entrée en vigueur de la modification législative, mais il ne l'a pas fait en l'occurrence. Il ne paraît dès lors pas admissible, pour le juge civil statuant dans le cadre de l'art. 60 al. 2 CP, de se prévaloir des règles pénales en la matière, tout en retenant leur rétroactivité contrairement au droit pénal. Toutefois, ce point n'a pas de conséquence pratique sur le cas d'espèce, puisque le délai septennal était également respecté.

### 3. Les devoirs particuliers de l'avocat

#### A) Le comportement attendu de l'«avocat raisonnable»

L'instigation civile peut être commise par négligence, comme on vient de le voir (*supra*, III.1.b). Si l'on a effectivement affaire à une situation de véritable instigation contrairement à la situation présentement analysée (*supra*, III.1.b *in fine*), il convient maintenant de s'interroger sur l'étendue du devoir auquel l'avocat est soumis. Selon les règles solidement établies par la jurisprudence, la négligence doit se déterminer selon des critères objectifs; il faut se demander comment toute personne diligente placée dans les mêmes circonstances agirait<sup>23</sup>, en prenant pour référence une personne hypothétique ayant la même activité que l'auteur. Autrement dit, la négligence est comprise comme le manque de la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'auteur, dans les circonstances concrètes du cas.

Pour apprécier la diligence due, le juge doit rechercher s'il existe des normes imposant à l'auteur un comportement particulier. S'il n'existe pas de normes publiques, on peut se référer à des règles analogues émanant d'associations privées, telles les règles déontologiques, lorsqu'elles sont généralement reconnues<sup>24</sup>. À défaut de telles normes, le juge peut se référer aux règles générales de prudence: «Un comportement viole le devoir de prudence lorsque l'auteur, au moment des faits, aurait pu, compte tenu de ses connaissances et de ses capacités, se rendre compte de la mise en danger d'autrui et qu'il a simultanément dépassé les limites du risque admissible»<sup>25</sup>.

Concernant les avocats, ce sont essentiellement les règles du mandat, au sens des art. 394 ss CO, et de la LLCA (art. 12 et 13), au besoin interprétées à l'aide des règles déontologiques<sup>26</sup>, qui serviront de base à la réflexion du juge.

#### B) Le devoir de diligence

Commentant le comportement de Me X, le Tribunal fédéral relève que «Nul n'a mis en doute que le défendeur, exerçant la profession d'avocat, ait su ou dû savoir que les renseignements voulus étaient soumis à un secret de fonction». L'avocat serait donc plus susceptible que d'autres justiciables de commettre un acte d'instigation, du fait des connaissances juridiques qu'il est censé avoir.

Cette assertion est en droite ligne avec la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la responsabilité contractuelle, voire disciplinaire, de l'avocat, découlant de sa formation, de son inscription au registre, de la surveillance dont il fait l'objet et du devoir de diligence auquel il est soumis (art. 12 let. a LLCA). On peut trouver un exemple de

cette conception dans un arrêt rendu tout récemment concernant la bonne foi de l'administré représenté par un avocat qui se fie à une indication erronée figurant dans une décision quant au délai de recours<sup>27</sup>. Le Tribunal fédéral retient ceci: «Les exigences envers les parties représentées par un avocat sont naturellement plus élevées: on attend dans tous les cas des avocats qu'ils procèdent à un contrôle sommaire (...), il est attendu de l'avocat qu'il lise la législation applicable»<sup>28</sup>.

Le Tribunal fédéral a posé le principe que, de manière générale, l'avocat doit avoir connaissance des règles de droit claires, unanimement admises par la doctrine et la pratique et qui ne sont pas sujettes à interprétation<sup>29</sup>. Cela implique que l'avocat connaisse la jurisprudence des tribunaux supérieurs<sup>30</sup>. Le Tribunal fédéral a précisé que cette connaissance pouvait se limiter à la jurisprudence publiée<sup>31</sup>. L'avocat doit également connaître les avis exprimés par la doctrine<sup>32</sup>, sans se contenter de consulter des ouvrages anciens<sup>33</sup>.

### 4. Les demandes de renseignements faites par un avocat

Reste alors à appliquer ces principes aux demandes de renseignement que l'avocat est amené à effectuer dans la pratique de sa profession.

#### A) Le secret de fonction et les règles relatives aux demandes de renseignements

On doit partir du principe que, sauf disposition contraire, les fonctionnaires ne sont pas autorisés à révéler les informations confidentielles qu'ils apprennent dans l'exercice de leurs fonctions<sup>34</sup>. Ils ne peuvent le faire que s'ils sont libérés du secret par l'autorité supérieure (art. 320 al. 2 CP) ou si la révélation est autorisée par la loi. Dans ce dernier cas, la révélation est licite, en application de l'art. 14 CP.

<sup>23</sup> TF, 4A\_3/2010, c. 3; ATF 117 II 563, c. 2a; CR CO I-WERRO, art. 398 N 14.

<sup>24</sup> ATF 122 IV 145, c. 3b/aa; 122 IV 17, c. 2b/aa.

<sup>25</sup> ATF 122 IV 145.

<sup>26</sup> Pour que les règles déontologiques des avocats soient prises en compte, il faut qu'elles poursuivent un but d'intérêt public et expriment une conception largement répandue au niveau national; cf. ATF 130 II 270, c. 4. Pour une présentation générale de la prise en compte par le Tribunal fédéral de la déontologie des avocats, cf. CHAPPUIS, La profession d'avocat. Tome I: Le cadre légal et les principes essentiels, Genève, Zurich, Bâle 2016, p. 253 ss.

<sup>27</sup> ATF 141 III 270 (5A\_878/2014).

<sup>28</sup> C. 3.2 de l'arrêt 5A\_878/2014, non reproduit à l'ATF 141 III 270.

<sup>29</sup> ATF 127 III 357, c. 2c = JdT 2002 I 192.

<sup>30</sup> TF, 4C.80/2005, c. 2.2.1.

<sup>31</sup> ATF 134 III 534; pour un commentaire de cet arrêt, 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, Genève, Zurich, Bâle 2013, p. 203 ss et références citées; FELLMANN/WEY, Ein Herz für Anwälte? Kritische Anmerkungen zu BGE 134 III 534, HAVE/REAS 2009, p. 29 ss. Critiques: WERRO/BACHER, Die Sorgfaltspflicht des Anwalts und die Rechtsprechung des Bundesgerichts: BGE 134 III 534, recht 2009, p. 133 ss.

<sup>32</sup> TF, 4C.80/2005, c. 2.2.1.

<sup>33</sup> TF, 6P.91/2005, c. 3.5.

<sup>34</sup> CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, Berne 2010, art. 320 CP N 24.

Nombreuses sont les dispositions qui règlementent l'accès aux registres tenus par l'administration renfermant des renseignements relatifs à des particuliers. Les solutions varient en fonction de la nature de ces renseignements et de l'intérêt justifiant leur divulgation. On peut mentionner ici à titre d'exemples:

- l'art. 970 CC qui dispose que le registre foncier est ouvert à celui qui «fait valoir un intérêt»;
- l'art. 10 ORC qui institue la publicité pure et simple du registre du commerce;
- l'art. 8a LP qui rend accessible le registre des poursuites à toute personne qui rend son intérêt «vraisemblable»;
- l'art. 59 OEC qui ne permet l'obtention d'informations sur le registre d'état civil qu'aux personnes qui font valoir un «intérêt digne de protection», lorsqu'elles ne peuvent obtenir l'information auprès des personnes concernées;
- l'art. 370 CP, en vertu duquel le casier judiciaire n'est consultable que pour les renseignements qui concernent la personne qui les demande, mais non pour des tiers.

D'autres lois instituent un droit de consultation de renseignements détenus par l'administration, telles la Loi sur la transparence<sup>35</sup> et la Loi sur la protection des données<sup>36</sup> – tant pour les données traitées par des personnes privées que par des organes fédéraux (art. 3 al. 1 let. a et b) – qui régit, en ses art. 8 et 9, le droit d'accès aux données et ses limites. Nombreux sont les cantons qui ont édicté des lois similaires, tels Genève<sup>37</sup>, Vaud<sup>38</sup> ou encore Zurich<sup>39</sup>.

La réglementation relative à la consultation des registres fiscaux est variée. Lorsque les demandes émanent de tiers, la plupart des cantons ne prévoit en principe aucune possibilité de fournir de telles informations. Une minorité d'entre eux institue cependant, à des conditions variables, une possibilité pour l'autorité fiscale de fournir à des tiers des indications concernant certains des éléments imposables d'un contribuable. Pour clarifier la situation, la Conférence suisse des impôts (CSI) a établi, en février 2014, une note d'information sur «La publicité des registres d'impôts» qui énumère les diverses solutions cantonales.

Quant aux renseignements de police, ils ne sont, au niveau fédéral, pas accessibles au public; seule la personne concernée par le renseignement peut, en vertu de l'art. 7 al. 1 de la Loi fédérale sur les systèmes d'information de police de la Confédération<sup>40</sup>, y avoir accès aux conditions des art. 8 et 9 LPD. Certaines dispositions cantonales régissent, elles aussi, spécifiquement l'accès aux renseignements de police, telle la Loi sur les renseignements et les dossiers de police et la délivrance des certificats de bonne vie et mœurs en vigueur à Genève, loi qui est à la base de l'arrêt présentement analysé<sup>41</sup>. À défaut de norme particulière, il faut en rester au principe de base que le fonctionnaire de police n'est pas autorisé à renseigner des tiers sur ses interventions auprès d'un justiciable particulier.

Il faut enfin garder à l'esprit que certaines demandes de renseignements auprès de privés sont elles aussi limi-

tées par des dispositions légales, qu'il s'agisse par exemple des art. 321 CP, 13 LCCA, 40 let. f LPMéd ou encore 47 LB.

Certaines des conditions posées par ces dispositions ne soulèvent guère de difficultés quant aux conditions de leur application (par ex. l'art. 370 CP), alors que d'autres reposent sur des concepts qui requièrent une interprétation et laissent la place au pouvoir d'appréciation de l'administration (par ex. l'art. 59 OEC).

#### B) *La diligence de l'avocat demandant des renseignements*

En application des principes rappelés ci-dessus concernant le devoir de diligence (*supra*, III.3.b), il n'est pas douteux qu'un avocat doit avoir connaissance des principes de base régissant le droit aux renseignements de la part de l'administration, en tant qu'ils ressortent pour la plupart d'entre eux directement de la loi ou de ses ordonnances d'application. L'avocat ne pourra que difficilement soutenir que c'est sans faute qu'il les ignorait. Il en va de même lorsque la jurisprudence a tranché de manière claire une question débattue ou imprécise<sup>42</sup>.

La situation se présente sous un jour différent lorsque la solution juridique est incertaine ou que la norme concernée réserve le pouvoir d'appréciation de l'autorité ou de la personne à laquelle la demande de renseignement est adressée.

Bien connue des avocats, une telle situation se présente par exemple en matière de droit privé, lorsque des héritiers demandent des renseignements sur les avoirs du défunt. La solution donnée par le Tribunal fédéral quant au droit aux renseignements est différente selon qu'elle est adressée à un avocat<sup>43</sup>, dont le secret y fait obstacle pour ses activités typiques, ou à un banquier qui ne peut pas opposer son secret<sup>44</sup>. La solution varie également si elle vise des avoirs dont le défunt n'était que l'ayant droit économique<sup>45</sup> ou encore que le droit aux renseignements serait éventuellement atteint par la prescription<sup>46</sup>. Enfin, le statut d'héritier peut lui-même être discuté et entraîner une incertitude sur les droits de ce dernier sur certains biens successoraux et, partant, sur le droit qu'il a à être renseigné<sup>47</sup>. Malgré une jurisprudence abondante en la matière, il faut donc le plus souvent admettre que la situa-

<sup>35</sup> LTrans, RS 152.3.

<sup>36</sup> LPD, RS 235.1.

<sup>37</sup> Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD), RS/GE A 2 08.

<sup>38</sup> Loi sur l'information (LInfo), RS/VD 170.21.

<sup>39</sup> Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG), RS/ZH 170.4.

<sup>40</sup> LSIP, RS 361.

<sup>41</sup> LCBVM, RS/GE F 1 25 (voir *supra*, n. 1).

<sup>42</sup> Par exemple, la portée du secret de l'avocat en matière successorale; cf. ATF 135 III 597.

<sup>43</sup> ATF 135 III 597.

<sup>44</sup> ATF 133 III 664.

<sup>45</sup> ATF 136 III 461.

<sup>46</sup> ATF 133 III 37.

<sup>47</sup> Par exemple, TF, 4C.114/2006.

tion n'est pas claire au point que l'avocat devrait savoir d'entrée de cause qu'une demande de renseignements serait juridiquement infondée.

La solution à laquelle on parvient au terme de cette analyse peut surprendre, tant il est rare qu'un avocat soit tenu pour responsable sur une base extracontractuelle. En effet, contrairement aux médecins, dont les violations contractuelles constituent presque toujours un acte illicite en raison des atteintes à l'intégrité corporelle qu'elles causent, le comportement dommageable des avocats ne lèse généralement que le patrimoine. Puisque ce dernier n'est pas protégé de manière générale, il s'agit d'un dommage purement économique non indemnisable<sup>48</sup>. Le préjudice purement économique ne peut donner lieu à réparation que lorsque le comportement dommageable viole une norme qui a pour but de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé<sup>49</sup>.

Hormis les cas où l'avocat viole intentionnellement son mandat (abus de confiance, gestion déloyale, escroquerie, etc.), des situations dans lesquelles un avocat commet un acte illicite en exécutant son mandat sont relativement rares. Le plus souvent, on pense à des actes de diffamation ou de calomnie au détriment d'un tiers, commis dans la rédaction d'écritures judiciaires ou le prononcé d'une plaidoirie. On peut également songer à des actes de blanchiment entraînant la responsabilité civile de leur auteur, pour autant que ce dernier ait agi intentionnellement<sup>50</sup>, ou à une participation qui est en elle-même sanctionnée par la loi, tels les art. 177 LIFD et 56 al. 3 LHID<sup>51</sup>.

La situation jugée dans l'arrêt présentement analysé ouvre une toute autre perspective, puisqu'il s'agit de rendre l'avocat responsable d'une participation, dans l'accomplissement de son mandat, à un acte illicite d'un tiers.

Les avocats, qui sont pourtant habitués à ce type de mise en cause dans de nombreux litiges de responsabilité impliquant plusieurs protagonistes, seront sans doute étonnés d'apprendre qu'ils peuvent jouer le rôle d'instigateurs.

De l'accident de chantier à l'erreur d'une équipe médicale en passant par l'accident de sport collectif<sup>52</sup>, il est fréquent d'invoquer la complicité ou l'instigation au sens de l'art. 50 CO, au motif qu'une ou plusieurs personnes ont, par leur négligence et le non-respect de leurs règles professionnelles, provoqué ou favorisé le comportement illicite et dommageable du responsable principal. Il n'est évidemment aucune raison pour qu'il en aille différemment en ce qui concerne les avocats. Les règles professionnelles auxquelles ces derniers sont soumis sont assez solidement établies pour qu'il soit relativement aisé de déterminer si elles ont été violées, d'une part, et si cela est le fruit d'une négligence, voire d'une intention, d'autre part. Le cas jugé par le Tribunal fédéral est cependant exceptionnel, tant la violation du devoir de fonction du fonctionnaire était évidente. Elle était à ce point patente qu'un avocat ne pouvait certes pas ignorer que sa demande de renseignement ne reposait sur aucun fondement juridique et que tout renseignement obtenu serait le fruit de la violation des devoirs de la cheffe de la police. Il n'en reste pas moins, pour les

motifs exposés ci-dessus (*supra*, III.1.b), que pour infondée juridiquement qu'elle fût, la demande de renseignement ne constituait pas un acte d'instigation au sens où cette notion doit être comprise.

#### IV. Conclusion

On se gardera donc de conclure que le Tribunal fédéral aurait inauguré une nouvelle ère dans laquelle la responsabilité de l'avocat serait désormais vue de manière plus sévère. Les juges fédéraux n'ont en réalité rien fait d'autre que d'appliquer les principes dégagés depuis des décennies en matière de responsabilité délictuelle, raison pour laquelle ils ont d'ailleurs considéré que la décision cantonale, qui niait le principe de la responsabilité, était arbitraire et choquante dans son résultat.

Reste à se demander quelle est l'étendue que l'on veut donner à la notion d'instigation. Quelle que soit la réponse qui sera finalement donnée à cette question, on doit en tout cas admettre que chaque fois que la norme fondant la demande de renseignements est sujette à une interprétation particulière, par exemple en raison de l'emploi de notions juridiques indéterminées, que la jurisprudence y afférente n'est pas décisive ou que les faits de la cause ne sont eux-mêmes pas encore établis de manière claire, il faut reconnaître à l'avocat la faculté de faire valoir une telle demande.

Soutenir le contraire reviendrait à paralyser l'avocat dans ses démarches et, partant, à l'empêcher de respecter un autre aspect du devoir de diligence, à savoir celui qui l'oblige à tout mettre en œuvre pour défendre les intérêts de son client et atteindre le but recherché par la mission qui lui a été confiée. Il sera évidemment prudent d'étayer juridiquement toute demande de renseignements, de façon à indiquer clairement à son destinataire les principes invoqués à l'appui de la démarche, de façon à lui permettre d'en apprécier la pertinence.

<sup>48</sup> ATF 133 III 323, c. 5.1; 118 II 176, c. 4b; BSK OR I-SCHNYDER, CO 41 N 1; CR-WERRO, CO 41 N 19.

<sup>49</sup> ATF 133 III 323, c. 5.1; 132 III 122, c. 4.1.

<sup>50</sup> Sur la responsabilité civile du blanchisseur par négligence: ATF 133 III 323.

<sup>51</sup> TORRIONE, Les infractions fiscales en matière d'impôts directs et dans le domaine de l'impôt anticipé, des droits de timbre et de la TVA, in OREF (éd), Les procédures en droit fiscal, 2<sup>e</sup> éd., Berne, Stuttgart, Vienne 2005, p. 1033-1032; CHAPPUIS, La responsabilité contractuelle du conseiller fiscal, in La pratique contractuelle 4 (Pichonnaz/Werro, éds), Genève, Zurich, Bâle 2015, p. 178.

<sup>52</sup> BK-BREHM, art. 50 CO N 22.