

E-MAILS DE L'EMPLOYÉ TROUVÉS PAR L'EMPLOYEUR: LA PROTECTION DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT EN QUESTION

ANALYSE CRITIQUE DE L'ARRÊT 4A_633/2020

BENOÎT CHAPPUIS

Avocat, professeur titulaire à l'Université de Genève
et professeur émérite à l'Université de Fribourg

Mots clés: procédure civile, preuve illicite, secret professionnel, messagerie professionnelle, correspondance privée, e-mails privés

Dans un arrêt récemment publié, le Tribunal fédéral a jugé, dans le cadre d'un litige de droit du travail, qu'un e-mail d'une employée adressé depuis sa messagerie professionnelle à son avocat et produit par l'employeur n'était pas une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC. L'employée ayant limité son argumentation à la protection de sa personnalité et de sa correspondance privée, le Tribunal fédéral n'a pas examiné la question du secret de l'avocat. Le présent article examine la problématique du secret professionnel et arrive à la conclusion que dans une telle situation, le secret professionnel aurait permis d'écarter la preuve litigieuse.

I. La problématique découlant de l'arrêt

Le 11.9.2021, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt relatif à la question de l'exploitabilité en procédure civile d'un e-mail envoyé par une employée, depuis sa messagerie professionnelle, à son avocat personnel¹. Tout l'objet du litige était placé sous le signe de l'art. 152 al. 2 CPC, soit la disposition qui traite de l'inexploitabilité en procédure civile des preuves obtenues de manière illicite. La question que les juges ont résolue était ainsi celle qui consistait à savoir si l'e-mail litigieux devait être qualifié de preuve illicite, question à laquelle le Tribunal fédéral a répondu par la négative².

De manière surprenante, le fait que l'e-mail avait été adressé par l'employée à son avocat n'a pas été mis en exergue, de sorte que l'éventuelle problématique du secret n'a été ni soulevée par les parties ni abordée par le Tribunal fédéral. Il s'agit de s'interroger sur la pertinence de ce silence des parties et des juges sur une question aussi cruciale.

II. Les faits à la base de l'arrêt et sa solution

Il n'est pas besoin d'entrer dans le détail des faits à l'origine du litige ayant opposé les parties. Il suffira de mentionner que ce dernier opposait l'actionnaire d'une société

employeuse qui prétendait avoir un droit sur une partie d'une commission de courtage que l'employée avait reçue. À l'appui de sa prétention, cet actionnaire produisit un e-mail envoyé par l'employée à son propre avocat, e-mail dont l'actionnaire soutenait qu'il contenait la reconnaissance par l'employée de ce qu'elle devait partager cette commission avec lui.

La production de cette pièce dans la procédure civile donna matière à discussion en raison du fait que, même si le message était de nature privée, il avait été envoyé par le biais de la messagerie professionnelle de l'employée. Dans la boîte e-mail professionnelle de l'employée, ce message n'était pas classé dans un dossier privé, pas plus qu'il ne portait la mention «privé». Fort de cet élément, l'employeur faisait valoir qu'il n'avait pas cherché à accéder aux e-mails privés de son employée, mais qu'il les avait trouvés par hasard en procédant à une vérification de sa messagerie professionnelle, démarche qu'il était en droit d'effectuer.

¹ TF, 4A_633/2020 du 24.6.2021.

² Pour un commentaire de cet arrêt, HIRSCH, L'exploitabilité en procédure civile d'un courriel envoyé par une employée à son avocat, in www.lawinside.ch/1090/.

Sur la base de cette argumentation, le débat s'est exclusivement articulé autour de la notion de preuve obtenue de manière illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC et de la question de savoir si, dans le cas d'espèce, l'employeur avait obtenu le message privé de manière illicite³. Après avoir posé le principe que l'employeur est en droit d'examiner le contenu de la messagerie professionnelle de ses employés, le Tribunal fédéral constate que, dans le cas d'espèce, l'employeur n'a pas recherché des messages privés de son employée, mais les a effectivement trouvés par hasard au cours de sa vérification de la messagerie faite dans l'intérêt de l'entreprise, sans que rien ne mentionnât leur caractère privé. Fort de cette constatation, le Tribunal fédéral aboutit à la conclusion que l'employeur n'a ni manqué à son devoir de protéger les droits de la personnalité de son employé (art. 328 CO) ni enfreint ses obligations en matière de traitement des données personnelles de ce dernier (art. 328b CO et LPD). En conséquence, l'employeur n'a pas obtenu le renseignement de manière illicite. Le moyen de preuve ne tombe ainsi pas sous le coup de l'art. 152 al. 2 CPC et peut être produit dans le procès civil.

III. La problématique du secret professionnel de l'avocat

1. La protection du secret dans le CPC

La lecture de cet arrêt frappe par l'absence de toute référence au fait que la preuve contestée ne consistait pas en un simple message de nature privée, mais qu'il s'agissait bien d'un message adressé par un justiciable à son avocat. Or il est incontestable qu'une telle correspondance, entretenue dans le contexte de conseils juridiques donnés par l'avocat à sa cliente, est soumise au secret professionnel, au sens des articles 13 LLCA et 321 CP⁴. La question du secret n'a pourtant été évoquée ni par les parties, ni par le Tribunal fédéral lui-même, le mot de secret n'apparaissant simplement pas dans l'arrêt. Cette constatation pousse à s'interroger sur la pertinence de cette absence et à se demander si c'est à bon escient que la question n'a pas été évoquée. C'est à l'analyse des dispositions de la procédure civile consacrées à la protection du secret qu'il faut s'atteler pour trouver des éléments de réponse.

Peu de temps après l'entrée en vigueur du CPC et du CPP (1.1.2011), la loi fédérale sur «l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats»⁵ a été adoptée par le Parlement (28.9.2012), pour entrer en vigueur le 1.5.2013. Le but de cette loi était de faire converger les dispositions du CPC et du CPP⁶.

Le principe général qui y est renfermé – exprimé de façon condensée – est que les documents échangés entre un avocat et son client ne peuvent pas être produits en justice, indépendamment du type de la procédure (civile, pénale ou administrative) dans laquelle la question se pose. En d'autres termes, pour reprendre ceux du Conseil fédéral dans le résumé introductif de son message, dans lequel il décrit la substance des art. 160 CPC et 264 CPP, «il est interdit de séquestrer la correspondance de l'avocat

ou d'exiger qu'elle soit produite même si elle se trouve entre les mains de clients ou de tiers»⁷.

Cette loi d'adaptation des dispositions de procédure était importante, car il était rapidement apparu, d'une part, que l'harmonisation des différentes règles procédurales concernant le secret professionnel avait été oubliée durant les débats parlementaires consacrés aux nouveaux codes de procédure et, d'autre part, que la question de la procédure administrative et de la procédure pénale administrative n'y avait pas été abordée⁸. Comme on va le voir, la loi nouvelle a apporté d'importantes clarifications quant à la manière dont le secret doit être pris en compte dans le CPC et dans le CPP.

Le projet du Conseil fédéral fut rapidement élaboré et rencontra facilement un consensus politique. Cependant, il n'est pas inintéressant de relever que les modifications entraînées par cette loi d'adaptation ont été adoptées par le législateur malgré l'opposition du Tribunal fédéral, ce que le message souligne expressément⁹. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs maintenu sa jurisprudence restrictive sur l'interprétation de l'art. 264 CPP, dans un arrêt sensiblement postérieur à la publication du message (28.10.2011), puisqu'il fut rendu le 5.7.2012¹⁰. Alors que la loi d'adaptation, sur le point d'être adoptée (28.9.2012), allait prochainement entrer en vigueur (1.5.2013) et consacrer une solution divergente – ce dont le Tribunal fédéral était parfaitement conscient¹¹ –, ce dernier a néanmoins posé le principe que la protection du secret ne pouvait être aussi étendue en procédure pénale qu'elle ne l'est en procédure civile. C'était précisément la position qu'il avait adoptée dans la procédure de consultation que le Conseil fédéral a entreprise auprès de lui en vue de l'élaboration de la loi d'unification¹².

Nonobstant l'avis du Tribunal fédéral, la loi nouvelle a aboli cette différenciation de principe entre les deux procédures, de sorte que l'on doit comprendre que si le CPP ne peut réserver une protection moindre au secret de l'avocat que ne le fait le CPC, cela va évidemment dans le sens inverse: le CPC ne peut offrir un degré de protection

³ Cette question a donné matière à une autre décision récente du Tribunal fédéral: TF, 4A_518/2020 du 25.8.2021. Pour un commentaire de cet arrêt, HIRSCH, L'exploitabilité des échanges privés de l'employé, in www.lawinside.ch/1103/ et HIRSCH, L'accès par l'employeur aux messages WhatsApp de l'employé, in www.lawinside.ch/1098/.

⁴ Sur la protection du conseil juridique par le secret, CHAPPUIS/GURTNER, La profession d'avocat, Zurich 2021, N 96.

⁵ 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 ss.

⁶ FF 2011 7511.

⁷ FF 2011 7510.

⁸ Rapport du 18.1.2010 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national sur la motion 09.3362 (Adaptation des dispositions relatives au secret professionnel des avocats dans les différentes lois fédérales de procédure).

⁹ FF 2011 7515.

¹⁰ TF, 1B_103/2012 du 5.7.2012.

¹¹ TF, 1B_103/2012 du 5.7.2012, c. 3.1.

¹² FF 2011 7515.

inférieur à celui qui découle des dispositions du CPP. Or, on va le voir, le texte du CPC n'est pas très heureux dans sa rédaction, malgré les efforts consentis par le législateur pour en parfaire l'expression. Les difficultés techniques qui se posaient pour réaliser l'harmonisation des deux codes, ainsi que les lois de procédure administrative, n'ont pas toutes été surmontées, de sorte qu'il subsiste quelques incohérences de texte¹³.

Les dispositions pertinentes du CPC sont les suivantes:

- Art. 160 al. 1 let. b, qui dispense les parties et les tiers de produire «des documents concernant des contacts entre une partie ou un tiers et un avocat autorisé à les représenter à titre professionnel».
- L'art. 163 al. 1 let. b, qui autorise une partie à refuser de collaborer «lorsque la révélation d'un secret pourrait être punissable en vertu de l'art. 321 du code pénal».
- L'art. 166 al. 1 let. b, qui autorise tout tiers à refuser de collaborer, dans la mesure où la révélation d'un secret serait punissable en vertu de l'art. 321 CP. Contrairement aux autres professions énumérées à l'art. 321 CP, les avocats et les ecclésiastiques jouissent du privilège de ne pas devoir, lorsqu'ils sont déliés de l'obligation de garder le secret, rendre vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.

2. La protection du secret dans le cas d'espèce

Dans l'affaire présentement analysée, on doit constater qu'aucune des hypothèses expressément envisagées dans les trois dispositions qui viennent d'être mentionnées n'était formellement réalisée. C'est en effet le défendeur qui avait spontanément produit une pièce couverte par le secret de l'avocat, secret dont sa partie adverse était la bénéficiaire. Autrement dit:

- aucune partie ni aucun tiers n'avait été requis de produire cette pièce (art. 160 CPC);
- aucune partie n'avait été en situation de révéler un fait qui aurait été couvert par le secret auquel elle était personnellement soumise (art. 163 CPC);
- aucun tiers lui-même soumis au secret n'avait été requis de révéler un fait qu'il devait garder confidentiel (art. 166 CPC).

Est-ce alors à dire que cette situation échapperait à la protection accordée par le CPC au secret professionnel de l'avocat?

C'est ici que la comparaison avec l'art. 264 al. 1 CPP s'impose. Ce dernier précise d'entrée de cause que la protection du secret qu'il assure, dans ses lettres a, b, c et d, aux documents couverts par le secret est efficace «quels que soient l'endroit où ils se trouvent et le moment où ils ont été conçus». Le CPC ne contient cependant pas une telle mention, ce qui pourrait conduire à se demander s'il ne serait finalement pas plus restrictif que le CPP. Il n'en est rien, ce que la doctrine unanime relève¹⁴, faisant suite aux principes très clairement affirmés par le Conseil fédéral dans son message¹⁵. La protection du secret s'étend à

tous les documents couverts par le secret, qu'ils soient en possession du client, de l'avocat ou d'un tiers. La précision a été introduite dans le CPP, sans doute parce qu'elle y semblait particulièrement nécessaire, alors que l'on comprend qu'elle semblait aller de soi pour les rédacteurs du CPC.

Le but d'harmonisation entre les deux codes, voulue par le Conseil fédéral, mène à la conclusion que ces différences de texte n'emportent aucune conséquence dans l'interprétation des normes qu'ils consacrent à la protection du secret. C'est pourquoi, le fait que l'e-mail litigieux se soit trouvé en main de l'employeur et non du seul avocat et de sa cliente ne devrait jouer aucun rôle quant à la protection procédurale dont il bénéficie. Cette conclusion n'est toutefois qu'intermédiaire, car elle ne résout pas l'entier du problème.

Un autre élément essentiel doit en effet être abordé, afin de répondre à la question que nous nous posons. Les articles pertinents du CPC (art. 160, 163 et 166) figurent au chapitre 2 du code, relatif à l'obligation de collaborer et au droit de refuser de le faire. Cette constatation pourrait conduire à la conclusion que l'hypothèse analysée – soit la production spontanée par une partie d'un document couvert par le secret professionnel, sans que cette partie soit le bénéficiaire de ce dernier – n'entre pas dans le champ d'application de ces normes qui n'ont trait qu'à l'obligation de collaborer.

Cependant, il faut comprendre qu'en ce qui concerne la protection du secret, cette dernière s'étend non seulement à l'obligation de produire des pièces par une partie ou un tiers, mais vaut plus généralement pour ce qui a trait à l'admissibilité des preuves au sens de l'art. 168 CPC: «*Der Schutz muss sich sodann nicht nur auf den Bereich der Editionsverweigerung, sondern auf alle Beweismittel nach Art. 168 erstrecken*»¹⁶. C'est ce que, en d'autres termes, le Conseil fédéral avait exprimé dans son message: «L'art. 160, al. 1, let. b, CPC et l'art. 264, al. 1, CPP précisent la portée du secret professionnel des avocats: la correspondance avec l'avocat est protégée non seulement lorsqu'elle se trouve en la possession de ce dernier, mais aussi lorsqu'elle est détenue par son client ou par un tiers. La protection s'étend en outre à tous les objets et documents produits dans le cadre de l'activité professionnelle de l'avocat, quel que soit le moment où ils l'ont été»¹⁷.

Autrement dit, on ne peut non seulement pas exiger d'une partie ou d'un tiers la production d'une pièce couverte par le secret de l'avocat, mais on doit également tenir

¹³ Pour une présentation de cette question, CHAPPUIS/STEINER, Le secret de l'avocat dans le CPP et le CPC: entre divergence et harmonie, in *Revue de l'avocat*, 2/2017, p. 88 ss.

¹⁴ BK ZPO-RÜETSCHI, art. 160 N 26; BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 16 ss; KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, art. 160 N 6; HOFMANN/LUSCHER, *Le Code de procédure civile*, 2^e éd., Berne 2015, p. 133-135.

¹⁵ FF 2011 7512.

¹⁶ BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 17.

¹⁷ FF 2011 7511.

pour inadmissible la production spontanée – contre la volonté du bénéficiaire du secret – d'une telle pièce par une partie ou un tiers (par exemple, un témoin le faisant lors de sa déposition). Il va de soi que si cette production est le fait du bénéficiaire du secret lui-même – le client de l'avocat –, elle est admissible puisqu'il est libre de consentir à la levée du secret, expressément ou par actes concludants¹⁸. Cette liberté lui permet de faire ce que bon lui semble de la pièce, notamment de la produire en justice.

Les interprétations historique et téléologique ne peuvent conduire à un autre résultat. Les travaux du législateur sont aussi récents que dénués d'ambiguïté sur la question. Il s'agissait pour lui d'assurer une protection aussi large que possible et de façon uniforme dans les deux codes de procédure. Il faut se rappeler que le secret de l'avocat est protégé de manière particulièrement forte dans l'ordre juridique suisse, étant même décrit comme absolu¹⁹. Le bénéficiaire du secret est fondé à s'opposer à la levée du secret, ce dernier ne protégeant que le client et ne s'étendant pas aux tiers, qui ne peuvent en aucun cas prétendre être les maîtres du secret²⁰. Quant à l'avocat, même délié de son secret, il peut refuser de s'exprimer, ainsi que le dispose expressément l'art. 13 al. 1, 2^e phrase LLCA. Lors des débats parlementaires sur l'adoption de la LLCA puis du CPP, le Parlement a considéré comme fondamental le droit reconnu à l'avocat de se taire, même délié de son secret. Il est apparu au législateur que cette faculté était une composante essentielle de l'ordre juridique destinée à la protection du client²¹. On n'imagine alors pas que, dans un tel système, le bénéficiaire du secret – en droit de refuser de produire une pièce couverte par le secret – n'ait pas la faculté de s'opposer à la production spontanée d'une pièce entrée, sans sa volonté, en possession d'une autre partie au procès ou d'un tiers.

Dans le cas analysé, si l'entrée en possession de l'e-mail par l'employeur n'a certes pas été jugée illicite par le Tribunal fédéral, il n'en reste pas moins qu'elle s'est faite sans le consentement de la bénéficiaire du secret, de sorte qu'on ne peut pas considérer qu'elle aurait tacitement accepté la levée du secret. Il n'apparaît cependant pas que cette dernière – défenderesse au fond et recourante au Tribunal fédéral – ait fait valoir que l'e-mail produit par le demandeur était couvert par le secret professionnel. À la lecture de l'arrêt, on comprend qu'elle a limité son argumentation à celle liée à la protection de sa personnalité et de sa correspon-

dance privée, argumentation rejetée pour les motifs brièvement exposés ci-dessus (cf. chap. II). Le Tribunal fédéral aurait-il voulu traiter la question du secret de l'avocat qu'il n'en aurait pas eu le pouvoir, son bénéficiaire n'ayant pas invoqué ce droit à son profit, droit auquel on a vu qu'il peut renoncer.

IV. Conclusion

La portée procédurale du secret professionnel est une question qui n'est sans doute pas près de trouver des contours définitivement arrêtés. La jurisprudence nous donne régulièrement des occasions de l'approfondir. Parmi les problématiques récemment apparues devant la juridiction fédérale, on citera celle du droit des tiers dans la procédure de levée du secret²², celle du secret de l'avocat exécuteur testamentaire d'un autre avocat²³, celle de la portée des avocats hors de l'UE/AELE²⁴, avant celle qui retient notre attention présentement: celle de la production d'un document couvert par le secret arrivé en possession d'une partie par une voie qui n'est pas illégale, mais en tout cas contraire à la volonté du bénéficiaire du secret.

La leçon que l'on tire de ces quelques décisions est que, aussi récent et soigneusement mis au point par le législateur qu'il soit, le secret professionnel conserve encore de nombreuses zones d'ombre. En conséquence, face à un problème inattendu, on se gardera de sauter à une conclusion trop rapide sur la base de ce que l'on croit être des acquis solides.

¹⁸ CHAPPUIS/GURTNER (cité n. 4), N 864; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 145.

¹⁹ CHAPPUIS/GURTNER (cité n. 4), N 656.

²⁰ TF, 2C_900/2010, c. 1.3 in fine.

²¹ BO CN 2007 962 ss et BO CE 2006 1018 ss.

²² ATF 142 II 256. Pour une analyse de l'arrêt, CHAPPUIS, Les droits des tiers dans la procédure de levée du secret: l'ATF 142 II 256, in *Revue de l'avocat* 2018 11-12, p. 504 ss.

²³ ATF 142 II 307 = JdT 2017 I 51. Pour une brève présentation de l'arrêt, CHAPPUIS/GURTNER (cité n. 4), N 744.

²⁴ TF, 1B_333/2020 (destiné à publication). Pour un commentaire de cet arrêt, CHAPPUIS, Le secret professionnel des avocats extracommunautaires, in <https://www.crimen.ch/29/> du 24. 8. 2021.