

LES RÉSERVES D'USAGE À L'ÉPREUVE DU CLIENT

THÉO MEYLAN

Avocat, Walder Wyss SA, Lausanne

Mots-clés: droit de la profession d'avocat, pourparlers confidentiels, réserves d'usage

Les règles professionnelles quant aux pourparlers confidentiels ne s'imposent pas au client lui-même. En effet, il faut encore que le client accepte de se soumettre à un accord de confidentialité vis-à-vis de la partie adverse, sans quoi il demeure libre de produire lui-même une communication faite sous les réserves d'usage. La toute première communication sous les réserves d'usage, qui peut être comprise comme une offre de confidentialité à la partie adverse, mérite donc une prudence particulière.

I. Exposé du problème

1. La portée pratique des réserves d'usage

En pratique, les communications *sous les réserves d'usage* sont à la fois fréquentes et indispensables, particulièrement en procédure civile. L'avocat se trouve toutefois souvent emprunté au moment d'expliquer à son client la portée exacte de la mention *sous les réserves d'usage*, en particulier lorsqu'il s'agit d'indiquer au client qu'il ne pourra pas faire état de cette communication en justice. Une telle affirmation est d'ailleurs susceptible d'être erronée, du moins dans certains cas de figure.

2. Le récent éclairage du Tribunal fédéral

Dans un récent arrêt publié aux ATF 144 II 473, le Tribunal fédéral a rappelé les principes applicables aux communications confidentielles entre avocats, au sens de l'art. 26 CSD. À cette occasion, le Tribunal fédéral a notamment opéré une distinction entre la confidentialité entre avocats – qui est automatique, en tant qu'expression du devoir de diligence de l'art. 12 lit. a LLCA¹ – et la confidentialité entre un avocat et une partie non représentée (ou entre deux parties non représentées) – qui doit alors être convenue expressément, comme n'importe quelle clause de confidentialité².

Si cet arrêt apporte un éclairage bienvenu sur la distinction fondamentale entre les obligations professionnelles de l'avocat d'une part et les engagements contractuels entre parties d'autre part, certaines interrogations pratiques demeurent. Ainsi, s'il est admis qu'un avocat viole son obligation de diligence en produisant en justice une communication confidentielle échangée entre avocats (ou, en présence d'une partie non-représentée, lorsqu'une clause de confidentialité avait été convenue), qu'en est-il si c'est la partie elle-même qui produit ladite communication

confidentielle en justice? Les obligations professionnelles de l'avocat sont-elles imputables au mandant lui-même? Est-il vraiment exact d'indiquer à son client qu'il ne pourra pas faire état de la communication confidentielle en procédure?

II. Rappels introductifs

1. Les règles professionnelles applicables

La LLCA n'évoque pas la question des pourparlers confidentiels ou des réserves d'usage, se limitant à exiger que l'avocat «*exerce sa profession avec soin et diligence*» (art. 12 lit. a LLCA). Le CSD prévoit en revanche que «*sauf accord exprès de la partie adverse, l'avocat ne porte pas à la connaissance du Tribunal des propositions transactionnelles*» (art. 6 CSD) et que «*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*» (art. 26 CSD). Les législations et codes de déontologie cantonaux reprennent ensuite ces notions sous des formes diverses³.

Bien que les dispositions du CSD ne relèvent pas directement de la loi, la jurisprudence retient que les règles déontologiques ont «*une portée juridique en permettant de préciser ou d'interpréter les règles professionnelles*» lorsqu'elles expriment une opinion largement répandue au

¹ ATF 144 II 473, consid. 4.6.1.

² ATF 144 II 473, consid. 4.6.2.

³ Pour un exposé détaillé de la question: REISER/VALTICOS, *Les négociations sous les réserves d'usage*, in SJ 2019 II p. 230.

plan national⁴. Ainsi, on retient qu'une violation des art. 6 et/ou 26 CSD représente une violation de l'obligation de diligence de l'avocat sous l'angle de l'art. 12 let. a LLCA⁵. À cet égard, on soulignera que le Tribunal fédéral fonde l'interdiction pour l'avocat de se prévaloir en justice de discussions transactionnelles confidentielles sur «*l'intérêt public à favoriser le règlement amiable des litiges*»⁶.

2. La distinction entre les échanges entre avocats et les autres échanges

Dans le récent arrêt rendu par le Tribunal fédéral, une claire distinction est faite entre:

- les pourparlers transactionnels entre avocats, pour lesquels les avocats sont «*automatiquement soumis au devoir de confidentialité*»⁷, de par la seule force de l'art. 12 let. a LLCA;
- les pourparlers transactionnels entre un avocat et une partie non représentée (ou, a fortiori, entre deux parties non représentées), qui ne sont couverts par le devoir de confidentialité de l'avocat que «*lorsque cela a été expressément prévu par les parties*»⁸. Lorsqu'un tel accord de confidentialité a été convenu entre les parties, un avocat ne peut produire en justice les différentes communications couvertes par cet accord, même s'il n'est mandaté que par la suite; en l'absence de toute clause de confidentialité, un avocat qui ne serait consulté qu'ensuite (ou qui n'aurait pas été impliqué dans les échanges transactionnels) demeure en revanche parfaitement libre de produire les échanges entre son client et l'avocat adverse (ou la partie adverse)⁹.

Ainsi que le Tribunal fédéral le rappelle très clairement, il y a donc une distinction fondamentale entre l'obligation professionnelle de l'avocat (qui a un caractère de droit public) et les obligations librement consenties entre les parties au terme d'un accord de confidentialité (lesquelles ressortent du pur droit privé)¹⁰.

3. La violation des réserves d'usage

Il faut encore rappeler qu'une preuve résultant d'une violation des réserves d'usage constitue une preuve illicite. Or, conformément à l'art. 152 al. 2 CPC, une telle preuve illicite ne peut être prise en considération par le tribunal que «*si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant*». Comme la jurisprudence est particulièrement restrictive en la matière¹¹, il est pratiquement exclu qu'un tribunal puisse les prendre en considération, du moins dans les affaires patrimoniales soumises à la maxime des débats¹².

Par cohérence, l'art. 152 al. 2 CPC devrait même trouver à s'appliquer si la partie produit elle-même (par exemple sans en informer son avocat) une correspondance soumise aux réserves d'usage en justice, car la norme de droit matériel que représente l'art. 12 let. a LLCA (et sur laquelle se fonde le Tribunal fédéral pour considérer qu'il s'agit d'une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC) est alors violée, peu importe que la personne à l'origine de cette violation soit elle-même soumise à la LLCA

ou non. S'il fallait reconnaître le contraire, la confidentialité des pourparlers entre avocats deviendrait d'ailleurs purement théorique, puisque chaque partie pourrait la contourner en produisant elle-même (et non par son avocat) les échanges confidentiels.

III. La qualification de la confidentialité entre parties représentées

1. L'accord de confidentialité entre parties

Lorsqu'un avocat adresse une correspondance sous les réserves d'usage à un confrère, ce confrère ne peut en faire état en procédure, quand bien même il ne donnerait pas suite à la correspondance sous les réserves d'usage. C'est là l'expression de la soumission automatique des avocats au respect de la confidentialité entre avocats¹³.

En revanche, il ne nous paraît pas que la partie elle-même puisse être automatiquement liée par une telle obligation de confidentialité, qui relève du droit public et qui vise uniquement les avocats. En effet, l'art. 2 al. 1 LLCA prévoit que la loi s'applique «*aux titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse*», sans étendre son champ d'application personnel aux clients d'aucune manière. Ainsi, la partie elle-même n'est pas visée par la confidentialité automatique des pourparlers transactionnels que retient le Tribunal fédéral¹⁴; il faut encore qu'elle accepte de se soumettre à une obligation de confidentialité (ce qui peut être par exemple retenu lorsque son avocat répond sous les réserves d'usage). La distinction par rapport à la situation traitée précédemment sous l'angle de l'art. 152 al. 2 CPC (pour laquelle il n'est pas décisif que la violation de l'obligation de confidentialité soit commise par l'avocat ou par la partie elle-même, selon l'opinion défendue ici) est d'ordre chronologique: si la partie n'est pas liée par une quelconque obligation de confidentialité (l'art. 12 let. a LLCA ne lui en imposant pas d'office), elle pourra produire librement la correspondance sans qu'il s'agisse d'une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC; si la partie a en revanche consenti à une clause de confidentialité (par exemple par le fait que son avocat répond sous les réserves d'usage), la confidentialité des pourparlers transactionnels protégée par l'art. 12 let. a LLCA sera violée et la preuve devra être considérée comme illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC, que la communication soit le fait de l'avocat ou de la partie elle-même.

⁴ ATF 140 III 6, consid. 3.1.

⁵ ATF 144 II 473 consid. 4.5.

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_988/2017 du 19.9.2018, consid. 4.5.

⁷ ATF 144 II 473 consid. 4.6.1.

⁸ ATF 144 II 473 consid. 4.6.2.

⁹ ATF 144 II 473 consid. 4.6.3.

¹⁰ ATF 144 II 473 consid. 4.6.2.

¹¹ ATF 140 III 6, consid. 3.2.

¹² Cf. Reiser/Valticos, op. cit., p.230.

¹³ ATF 144 II 473 consid. 4.6.1.

¹⁴ ATF 144 II 473, consid. 4.6.1.

Selon la conception défendue ici, la première communication sous les réserves d'usage représente ainsi une offre de confidentialité entre parties; si l'autre partie (ou son avocat, dont les actes lient la partie en vertu du pouvoir de représentation) donne une réponse sous les réserves d'usage (quelle que soit son contenu, même s'il est par exemple exclu d'entrer en matière sur l'offre transactionnelle), elle accepte ainsi l'offre de confidentialité, de sorte qu'une obligation de confidentialité s'imposera ensuite aux parties (également s'agissant de la toute première communication, à défaut de précision contraire).

2. L'absence d'accord de confidentialité

Si en revanche la partie contactée sous les réserves d'usage n'y donne aucune suite, il paraît plus difficile de retenir qu'une obligation de confidentialité s'applique entre les parties. Dès lors, la partie elle-même (et non son avocat, qui est lié par la confidentialité des art. 6 et 26 CSD) pourrait librement produire la première communication en justice, sans risquer aucune sanction et sans que l'on puisse qualifier cette preuve d'illicite. Or, la première communication sous les réserves d'usage est susceptible de contenir des indications sensibles, que cela soit la simple ouverture à des discussions transactionnelles, la transmission d'informations dont la partie entend éviter la production en justice ou même une première offre chiffrée.

Certes, cette problématique pourrait être surmontée en adoptant différentes approches théoriques:

- Une première solution serait de considérer que le simple fait de mandater un avocat implique, pour le mandant, une reconnaissance et acceptation des règles professionnelles auxquelles son avocat est obligatoirement soumis. Ainsi, le seul fait de mandater un avocat représenterait une offre de confidentialité à l'encontre de toute partie adverse, de sorte que la première communication sous les réserves de la partie adverse représenterait alors la seule acceptation d'une offre préexistante.

Si cette conception peut séduire, elle ne va toutefois pas sans poser quelques sérieuses difficultés. Pour admettre que le seul fait de mandater un avocat représente une offre adressée à la partie adverse (laquelle n'est d'ailleurs pas nécessairement connue ou identifiée lors de la naissance du mandat), il faudrait en effet retenir que les justiciables sont, de manière générale, conscients de cette conséquence et manifestent une volonté consciente et réelle au moment de mandater un avocat. De plus, certains mandats sont confiés à un avocat non pas du fait de la partie elle-même, mais par une autorité. Il en va notamment ainsi lorsque le mandat naît au titre de l'assistance judiciaire, lorsque l'avocat est désigné en cas d'incapacité de procéder¹⁵ ou en tant que représentant de l'enfant¹⁶. Dans de tels cas, il est difficile de concevoir que le fait de mandater un avocat vaille offre d'une clause de confidentialité à la partie adverse, puisque la partie n'en a pas nécessairement pris l'initiative¹⁷.

- Une autre solution serait de considérer que l'avocat auquel une première communication sous les réserves d'usage est adressée ne serait en droit de la porter à la connaissance de son mandant qu'après que ce dernier ait accepté de se soumettre à une obligation de confidentialité¹⁸.

Cette construction entrerait néanmoins en conflit avec le devoir de diligence et de restitution de compte de l'avocat envers son mandant, car l'avocat pourrait alors devoir refuser de communiquer la correspondance sous les réserves d'usage si son mandant refuse de se soumettre à une quelconque obligation de confidentialité. Il faudrait donc dans un premier temps que la relation entre ces différentes obligations (professionnelles et donc de droit public d'une part, du droit du mandat et donc de droit privé d'autre part) soit clarifiée pour que cette voie soit réaliste en pratique. Enfin, même si cette solution devait être admise sur le plan théorique, elle mettrait en pratique l'avocat dans une position difficile vis-à-vis de son client, mettant à mal le rapport de confiance nécessaire à la bonne exécution du mandat, ce d'autant plus que les règles professionnelles peuvent être perçues comme une institution corporatiste.

Aucune de ces solutions ne paraît évidente et, faute de consécration par la jurisprudence, il convient par prudence de retenir que la confidentialité ne s'impose pas automatiquement aux parties représentées, sans qu'il soit nécessaire d'en convenir expressément. Dès lors, la première communication sous les réserves d'usage n'est pas automatiquement couverte par une obligation de confidentialité imputable à la partie elle-même, de sorte que cette dernière (et non son avocat) est a priori libre de la produire en justice. À notre sens, une partie qui refuserait de répondre sous les réserves d'usage pourrait en effet produire la première communication en justice, sans que l'on puisse retenir une quelconque obligation de confidentialité et donc sans que l'on puisse considérer qu'il s'agisse d'une preuve obtenue de manière illicite. Quant à l'avocat, il a l'interdiction de produire lui-même une communication sous les réserves d'usage en justice, même si aucun accord de confidentialité n'est venu à chef entre les parties, de par le seul fait de ses obligations professionnelles (art. 6 et 26 CSD)¹⁹.

¹⁵ Art. 69 al. 1 CPC.

¹⁶ Art. 268a CC.

¹⁷ Dans le cas de l'assistance judiciaire, on pourrait envisager que ce soit la requête d'assistance judiciaire qui vaille offre de clause de confidentialité (même si cela va très loin), mais il sera dans tous les cas impossible de retenir une telle initiative en cas d'incapacité de procéder de la partie ou de représentation de l'enfant.

¹⁸ En ce sens, STEULLET, *Remarques sur les «réserves d'usage» en droit jurassien*, in RJJ 1995, p. 305.

¹⁹ ATF 144 II 473, consid. 4.6.1.

IV. Les mesures de prudence possibles

Pour limiter le risque que des informations sensibles contenues dans la première communication sous les réserves d'usage puissent être valablement produites en justice par la partie adverse, il paraît donc prudent de limiter la première communication sous les réserves d'usage à une simple offre de confidentialité pour de futurs échanges (sans autre contenu quant au fond du litige), offre dont la production en justice (en cas de refus) ne serait pas particulièrement préjudiciable aux intérêts du mandant. En cas de refus ou d'absence de réponse de la partie adverse, aucune clause de confidentialité ne viendra au jour, mais aucune information sensible n'aura

été transmise. En cas de réponse de la partie adverse sous les réserves d'usage, toutes les communications futures seront protégées par une clause de confidentialité opposable aux parties elles-mêmes, et non seulement à leurs avocats.

Ces mesures de prudence permettent ainsi de s'assurer que la première correspondance sous les réserves d'usage ne contienne aucune information sensible. Elles permettent également d'écartier tout débat quant à l'imputation de la confidentialité entre avocats aux parties elles-mêmes, ce qui ne concerne pas seulement la première communication sous les réserves d'usage, mais aussi tout ce qui sera échangé ensuite.

Willi Egloff, Denis Barrelet

Das neue Urheberrecht

Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte



› Der Kommentar zum revidierten URG

4. Auflage, ca. 662 Seiten, gebunden, Januar 2020, ca. CHF 148.–

978-3-7272-1912-2

Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten



Bestellen Sie direkt online:
www.staempflishop.com

Stämpfli
Verlag