

Christian M. Reiser\*

## «Point de presse» sur le secret de l'avocat

**Mots clés:** Secret professionnel, levée de scellés, sociétés d'avocats, levée du secret, droits procéduraux du client

*Parlementaire et judiciaire, l'actualité récente touchant au secret professionnel de l'avocat mérite un bref arrêt sur images illustré en quatre tableaux.*

### 1. L'adaptation et l'harmonisation des dispositions de procédure relatives au secret professionnel

#### 1.1 Le processus législatif

Avec l'entrée en vigueur des nouveaux codes fédéraux de procédure civile et pénale au 1<sup>er</sup> janvier 2011, la protection du secret professionnel de l'avocat (dont les fondements – faut-il le rappeler – résultent des art. 321 CP et 13 LLCA) trouvait sa traduction procédurale: la correspondance de l'avocat, de même que tous les objets et documents produits par l'avocat dans le cadre de son activité professionnelle, quelque soit le moment où ils ont été élaborés, ne sauraient être séquestrés, pas plus que leur production en justice ne peut être exigée (art. 160 al. 1 let. b CPC; art. 264 al. 1 CPP).

Constatant rapidement l'impérieuse nécessité d'une cohérence procédurale, la Commission des affaires juridiques du Conseil national invitait à une harmonisation avec ces deux codes de toutes les normes fédérales de procédure<sup>1</sup>. Le Conseil fédéral présentait ainsi le 26 octobre 2011 déjà un Message en vue de l'adaptation des dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats.<sup>2</sup> L'objectif recherché tendait à:

- harmoniser les dispositions du CPC et du CPP s'agissant de la terminologie;
- supprimer – malgré l'avis contraire du Tribunal fédéral<sup>3</sup> – l'incongruité<sup>4</sup> de l'art. 264 al. 1 let. a et let. c CPP qui ne protège que la correspondance entre le prévenu et son défenseur, mais pas celle entre une tierce personne impliquée dans la procédure (la partie plaignante, le lésé, les témoins, etc.) et son conseil;
- adapter les règles d'autres procédures soumises au droit fédéral, en particulier la loi sur la procédure administrative (art. 13 et 17 PA), la loi sur les cartels (art. 40 LCart), la loi sur le droit

pénal administratif (art. 46 al. 3 DPA) et enfin le code de procédure pénale militaire (art. 63 PPM);

- l'octroi aux conseils en brevet d'un statut identique à celui des avocats en matière de secret professionnel dans le cadre de l'exercice de leurs mandats spécifiques par devant le Tribunal fédéral des brevets (art. 29 al. 2<sup>bis</sup> LTFB)<sup>5</sup>.

#### 1.2 Les améliorations et clarifications apportées

Ces modifications ont été largement approuvées par les Chambres fédérales et les modifications législatives ont ainsi été publiées le 9 octobre 2012.<sup>6</sup> Cette harmonisation des normes du CPC et du CPP et son extension à d'autres procédures de droit fédéral constituent une indéniable clarification de la portée du secret de l'avocat.

En premier lieu, il convient de souligner l'extension – ou faut-il dire le rétablissement? – de la protection accordée par la nouvelle disposition de l'art. 264 al. 1 let. d CPP aux objets et documents s'inscrivant dans la relation professionnelle entre un «autre participant à la procédure» au sens de l'art. 105 CPP et son avocat pour autant que ce dernier soit autorisé à pratiquer la représentation en justice conformément à la LLCA. La protection de confidences n'a pas à dépendre du possible statut procédural du client de l'avocat; bien au contraire, ce n'est qu'à la condition qu'il ait la certitude que le silence absolu sera respecté en toutes circonstances par son avocat que le justiciable pourra obtenir de ce dernier les conseils appropriés aux fins de préserver ses intérêts légitimes.

Une deuxième clarification mérite d'être soulignée, soit celle – loin d'être innocente – liée à la terminologie. Si dans leur teneur au 1<sup>er</sup> janvier 2011, le CPC et le CPP protègent la «correspondance», le législateur a voulu par les nouvelles formulations légales empêcher toute interprétation restrictive de ce terme en utilisant désormais le terme «document». Le Message expose clairement la volonté de ne pas limiter la protection légale aux lettres et courriers électroniques, mais bien au contraire de l'étendre à «toutes les autres pièces afférentes aux contacts entre la partie ou le tiers et son avocat».<sup>7</sup> Sont protégés «les objets et documents établis par l'avocat lui-même, son client ou un tiers dans le cadre d'un mandat professionnel de représentation», ce qui inclut non seulement la correspondance échangée, mais également les notes prises par l'avocat, les expertises juridiques faites avant procédure, les pro-

\* Avocat au barreau de Genève, ancien président de la Commission du barreau.

1 Motion 09.3362.

2 Message concernant la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats du 26 octobre 2011, FF 2011, 7509 ss. (ci-après Message).

3 Message, ch. 3.7, FF 2011, 7515; Jusletter 31 octobre 2011 [Rz 3].

4 Le Message parle, lui, d'une «incongruence» (FF 2011, 7516), formule inconnue du Littré, relevant peut-être du français fédéral, mais néanmoins compréhensible.

5 Sur ce sujet, voir les interventions de la Conseillère aux Etats Anne Seydoux-Christe (BO 2012 E 221 du 14 mars 2012) et du Conseiller national Christian Lüscher (BO 2012 N 1197 et 1198 du 14 juin 2012).

6 RO 2012, 7589 ss (délai référendaire au 17 janvier 2013).

7 Message, FF 2011, 7512 et 7515 ch. 3.5.

cès-verbaux d'entretien, les documents stratégiques, les projets de contrat ou d'arrangement, etc.<sup>8</sup>

Il doit être retenu que le législateur – conscient de sa nécessité et de son importance – a ainsi confirmé, voire même renforcé, la protection qu'il entend accorder au secret professionnel de l'avocat. Ce constat confirme une tendance déjà décrite en doctrine qu'illustre également la jurisprudence du Tribunal fédéral protégeant fermement les confidences faites à l'avocat dans son activité typique, soit la représentation en justice et le conseil juridique<sup>9</sup>. Ce qui conduit à rappeler que l'activité atypique de l'avocat ne bénéficie pas de la protection des art. 321 CP et 13 LLCA et, par conséquent, des normes procédurales précitées. Le champ d'activité exclu de la protection, tel que cité par le Message<sup>10</sup>, comporte la gestion de fortune<sup>11</sup>, les mandats au sein de conseils d'administration<sup>12</sup>, la direction ou le secrétariat d'associations professionnelles, le courtage, la médiation et les mandats d'encaissement<sup>13</sup>; si cette liste n'est pas exhaustive, elle n'est pas exempte de discussions<sup>14</sup>. A l'heure où la place financière suisse vit l'agonie du secret bancaire, l'avocat se gardera en toutes circonstances de mettre en danger son propre secret en le galvaudant et le revendiquant à tort dans des activités atypiques<sup>15</sup>.

### 1.3 Le secret n'est pas limité à l'activité judiciaire

Les débats parlementaires auront permis de régler une question susceptible d'ouvrir d'inutiles controverses relatives à des velléités de limitation de la protection du secret aux seuls mandats judiciaires de l'avocat. Les débats au Conseil des Etats ont permis une clarification sans équivoque par la voix de la Conseillère fédérale en charge du Département de la Justice, laquelle a confirmé le maintien de la pratique actuelle, relevant encore que si l'activité de conseil doit avoir un certain rapport de connexité avec le monopole de représentation des avocats, ce critère peut être examiné de manière assez large<sup>16</sup>. Le secret professionnel

de l'avocat dans son activité de conseil est ainsi – au besoin – confirmé.

### 1.4 La traduction procédurale

La question de l'application pratique des principes procéduraux en cas de saisie de documents dont la confidentialité liée au secret de l'avocat est incertaine n'ayant pas fait l'objet de précisions particulières, les principes préexistants à ces modifications législatives conservent leur entière pertinence. En particulier, dans l'hypothèse où après «un examen rapide et sommaire» desdits documents une contestation demeure, la mise sous scellés s'impose et la controverse devra être tranchée par un tribunal indépendant.<sup>17</sup> La règle fondamentale demeure intangible: l'ensemble des documents (correspondance, e-mails, notes, mémos, projets d'actes, avis de droit, etc.) élaborés dans le contexte d'un mandat typique d'avocat – interprété de manière assez large ne se limitant pas à une pure activité judiciaire – est totalement protégé par le secret.

## 2. De l'actualité du secret dans le domaine de la fiscalité

### 2.1 Le secret de l'avocat dans la LAAF

Lors de sa session d'automne 2012, le Parlement fédéral a adopté la loi sur l'assistance administrative fiscale (LAAF), destinée à réglementer procéduralement cette dernière dans l'application des conventions en vue d'éviter les doubles impositions et aux autres conventions internationales (CDI) prévoyant un échange de renseignement en matière fiscale.<sup>18</sup> Cette adaptation de la législation a été rendue nécessaire par la volonté du Conseil fédéral d'appliquer le standard de l'OCDE relatif à l'assistance administrative en matière fiscale énoncé à l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE, décision ayant conduit à la modification des CDI existantes ainsi que la conclusion de nouvelles conventions.<sup>19</sup>

Dans un souci de cohérence avec l'adaptation en cours des dispositions relatives au secret professionnel des avocats dans les différentes lois de procédure fédérales, le législateur a adopté une disposition – correspondant à l'art. 26 § 3 let. c du Modèle de Convention OCDE – qui protège le secret de l'avocat dans les termes suivants:

Art. 8 LAAF

(...)

6. Les avocats qui sont autorisés à pratiquer la représentation en justice aux termes de la Loi du 23 juin 2000 sur les avocats (LLCA) peuvent refuser de remettre des documents et des informations qui sont couverts par le secret professionnel.

8 Si le Message cite les notes prises par l'avocat (FF 2011, 7512), il ne limite pas la protection à elles seules; il n'y a effectivement aucune raison de ne pas protéger également les notes prises par le client lui-même lors de ses entretiens avec son avocat.

9 B. CHAPPUIS, De l'opacité à la transparence, quelle place pour le secret de l'avocat?, in: *Transparence et secret dans l'ordre juridique*, Genève 2010, p. 286. Pour la jurisprudence, cf. ATF 135 III 597 s'agissant du dernier arrêt de principe incontournable.

10 Message, FF 2011, 7512, avec renvoi à la jurisprudence du Tribunal fédéral ATF 132 II 103 consid. 2.1 (le consid. 4.4.3. n'est pas sans intérêt non plus lorsqu'il souligne que «dans la mesure où il s'agit de préserver le secret professionnel (...) celui-ci est entièrement sauvegardé lorsque l'avocat (...) se concentre sur son activité spécifique»); ATF 124 IV 363 consid. II. 2b et 2d.

11 Voir aussi: ATF 112 Ib 606.

12 Voir aussi: ATF 115 Ia 197.

13 Voir aussi: ATF 120 Ib 112, s'agissant de l'encaissement d'un chèque. Sur l'interprétation de tels mandats, voir Commentaire romand LLCA, P. MAURER/J.-P. GROSS, art. 13 LLCA N 146.

14 Certains auteurs, et non des moindres, retiennent par exemple que l'activité de médiation peut être couverte (H. NATER/G. ZINDEL, in: *Fellmann/Zindel* (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Zürich 2011, art. 13 N 121).

15 Sur l'étendue des activités atypiques, Commentaire romand LLCA, P. MAURER/J.-P. GROSS, art. 13 LLCA N 140 à 206.

16 Réponse de la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga au Conseiller aux Etats Claude Janiak (BO/CE 2012, p. 221 et 222).

17 Cette question a été traitée par H. HOFFET, *Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Verfahrensrecht des Bundes*, *Revue de l'avocat* 2012, p. 224 *ss in fine*. Voir aussi ATF 106 IV 413; JdT 1982 IV 124.

18 Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale du 28 septembre 2012, FF 2012 p. 7623 *ss*.

19 Message concernant l'adoption d'une loi sur l'assistance administrative fiscale du 6 juillet 2011, FF 2011 p. 5771 *ss* (11.044).

Le Message précise à juste titre que les documents que l'avocat détiendrait en dehors de son activité typique, particulièrement en qualité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA, sont soumis à l'obligation de remise.<sup>20</sup>

## 2.2 Le refus de lever les scellés sur le dossier de l'avocat

Au plan de la fiscalité interne, l'actualité récente montre que l'Administration fédérale des contributions pourrait avoir des velléités de remise en cause du secret professionnel de l'avocat appelé à intervenir dans la défense des contribuables. Tant le Tribunal pénal fédéral<sup>21</sup> que le Tribunal fédéral<sup>22</sup> ont clairement fait obstacle à cette tentative de relecture de l'étendue du secret de l'avocat.

Brièvement résumé, l'état de fait à la base de ces décisions montre que dans le contexte d'une enquête spéciale (au sens des art. 190 ss LIFD) autorisée par la Cheffe du Département fédéral des finances, l'Administration fédérale des contributions a procédé à diverses perquisitions touchant un contribuable soupçonné de graves infractions fiscales, y compris dans les locaux de l'Etude d'avocats qu'il avait consultée et mandatée. La protection du secret professionnel de l'avocat ayant été à juste titre revendiquée, les dossiers et documents saisis ont été mis sous scellés. L'Administration fédérale des contributions a sollicité la levée des scellés auprès de la Cour des plaintes en application des art. 25 al. 1 et 50 al. 3 DPA en faisant valoir que les avocats concernés étaient intervenus en qualité de mandataires fiscaux, ce qui ne serait pas une activité typique d'avocat, les documents mis sous scellés ne pouvant dès lors bénéficier de la protection du secret professionnel. La situation factuelle faisait pourtant clairement apparaître que les avocats concernés n'étaient intervenus qu'après une interpellation de l'Administration fiscale adressée au contribuable et qu'ils n'étaient d'aucune manière soupçonnés d'avoir potentiellement participé eux-mêmes à quelque infraction que ce soit.

La Cour des plaintes, tout en rappelant que la doctrine retient que le conseil en matière fiscale constitue une activité typique de l'avocat<sup>23</sup> dès lors qu'il s'agit de dire le droit, a ainsi constaté que l'Etude d'avocats avait été mandatée après l'interpellation du contribuable par l'autorité fiscale et qu'en conséquence tous les faits et documents qui lui avait été confiés sont en principes couverts par le secret de l'avocat<sup>24</sup>. Saisi d'un recours en matière pénale, le Tribunal fédéral a lui aussi clairement écarté le point de vue de l'Administration fédérale des contributions selon lequel l'activité déployée par l'Etude d'avocats aurait pu l'être par n'importe quel autre mandataire fiscal, de sorte que le secret pro-

fessionnel de l'avocat ne saurait être invoqué<sup>25</sup>. Constatant que les avocats avaient été consultés après l'interpellation du fisc, qu'ils avaient répondu à celle-ci en présentant aussi bien des éléments factuels que juridiques, notamment au plan procédural, le Tribunal fédéral retient qu'il «s'agit là typiquement d'une activité de conseil et de représentation, en l'occurrence auprès d'une autorité, dans un contexte pouvant aboutir au prononcé d'une décision».<sup>26</sup> Et le Tribunal fédéral d'ajouter: «Dès lors que la documentation remise à l'Etude était bien destinée à l'exécution de ce mandat, elle était couverte par le secret professionnel. L'autorité recourante ne soupçonne, au demeurant, aucune connivence de la part des avocats, ni aucun abus de droit de la part de leur client».<sup>27</sup>

Le recours de l'Administration fédérale des contributions a ainsi été rejeté et la décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral confirmée. Si cette issue s'inscrit clairement dans la jurisprudence constante du Tribunal fédéral protégeant le secret professionnel de l'avocat dans son activité typique, judiciaire ou extrajudiciaire s'agissant du conseil<sup>28</sup>, elle ne doit pas – en raison de son état de fait – être interprétée dans le sens que le secret de l'avocat n'existerait que si ce dernier est mis en œuvre après une interpellation de l'autorité. L'activité de conseil est plus souvent préventive et il convient de protéger toutes confidences faites à l'avocat «ab initio»; c'est à cette condition que l'avocat peut exercer sa profession dans le meilleur intérêt de son client tout en contribuant à une administration régulière de la justice.<sup>29</sup>

## 3. Secret professionnel et société d'avocats

### 3.1 L'arrêt tant attendu!

Attendu depuis le printemps 2011, l'arrêt du Tribunal fédéral statuant sur les décisions du canton de St. Gall<sup>30</sup> faisant obstacle dans ce canton à la pratique du barreau en société de capitaux a été rendu le 7 septembre 2012<sup>31</sup>. D'autres procéderont à l'exégèse et l'analyse complète de cette importante décision de principe dans laquelle le Tribunal fédéral accepte les sociétés anonymes d'avocats, retenant que ces derniers sont libres dans l'organisation de leur activité et qu'il leur appartient, quelle que soit la structure juridique dans laquelle ils pratiquent, de s'organiser de manière à pouvoir respecter les exigences d'indépendance que leur impose la loi.<sup>32</sup> Dans les limites du thème de cet article,

20 Ce que retient déjà l'ATF 132 II 103.

21 Cour des plaintes, décision du 22 mai 2012 (BE. 2011.5).

22 TF, 1B\_380/2012 du 20 août 2012; un extrait est publié in: Revue de l'Avocat 2012, p. 478.

23 Commentaire romand LLCA, P. MAURER/J.-P. GROSS, Art. 13 LLCA N 152; dans le même sens, Kommentar zum Anwaltsgesetz, H. NATER/G. ZINDEL, Art. 13 N 121, nbp 214.

24 Cour des plaintes, op. cit. consid. 4.

25 Ce qui fait dire au Bâtonnier Pierre de Preux qu'avec ce genre d'arguments, le secret des confidences faites à un avocat, sous le sceau du secret, par celui qui vient de tuer sa femme pourrait être remis en cause puisque le possible meurtrier pourrait obtenir les mêmes réponses sur la situation juridique en s'adressant directement à un procureur!

26 TF, 1B\_380/2012 consid. 3.

27 Ibid. *in fine*.

28 Prozessmandat et Beratungsmandat.

29 TF, 2P.187/2000 du 8 janvier 2001 consid. 4c.; Semaine Judiciaire 2001, p. 381 ss.

30 Décision de la Chambre des avocats du canton de St. Gall du 28 juillet 2010 et arrêt du Tribunal cantonal de St. Gall du 18 janvier 2011.

31 TF, 2C\_237/2011 du 7 septembre 2012.

32 Voir à ce sujet la contribution de ADRIAN RUFENER, Bundesgericht bejaht Zulässigkeit der Anwalts-AG, dans le présent numéro de la Revue de l'avocat.

un bref regard sur le considérant 21 de l'arrêt du TF consacré à la question du secret professionnel se justifie par-contre ici.

### 3.2 L'intervention d'un réviseur ne met pas en danger le secret de l'avocat

Le Tribunal cantonal du canton de St. Gall avait retenu dans sa décision querellée que l'obligation faite aux avocats de respecter le secret professionnel selon les termes de l'art. 13 LLCA constituait un obstacle aux sociétés de capitaux d'avocats, en particulier au regard de l'intervention de réviseurs (art. 727 ss CO), voire celle d'un expert indépendant chargé de l'exécution d'un contrôle spécial (art. 697a ss CO).

Le Tribunal fédéral souligne tout d'abord que l'art. 13 LLCA ne saurait prévaloir sur les dispositions du droit des sociétés relatives à la révision des comptes et au contrôle spécial.<sup>33</sup> Il constate également que, nonobstant sa protection particulière dans l'ordre juridique, le secret de l'avocat est aménagé par ce dernier et n'est dès lors pas absolu.<sup>34</sup> C'est ainsi que le Tribunal fédéral se range à l'opinion selon laquelle le secret professionnel au sein d'une Etude organisée corporativement doit d'une certaine manière être relativisé. Sans se prononcer sur la question de savoir si les réviseurs peuvent être considérés comme des auxiliaires des avocats inscrits au registre cantonal, mais retenant que la mise à disposition d'informations confidentielles aux réviseurs est nécessaire pour des raisons d'organisation interne<sup>35</sup>, le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que la nécessaire protection de la confidentialité dans la pratique du barreau n'est pas mise en danger par l'adoption d'une forme juridique corporative, le secret professionnel et le secret des affaires ayant déjà été relativisé dans la pratique d'autres professions organisées corporativement (hôpitaux, assurances maladies, sociétés de révision, banques).

Cette relativisation du secret professionnel, telle qu'exprimée dans l'arrêt précité, ne doit pas être mal comprise; elle doit être strictement interprétée dans son contexte. Elle ne constitue en aucune manière un affaiblissement de principe du secret de l'avocat, mais se limite à admettre qu'à l'occasion de son intervention, exigée par le droit des sociétés, un réviseur – lui-même tenu au respect du secret professionnel par l'art. 321 CP – puisse avoir accès aux informations indispensables à l'exercice de son propre mandat.<sup>36</sup>

33 La doctrine retient d'ailleurs que le secret professionnel du réviseur est une valeur égale à celui de l'avocat (F. BOHNET/V. MARTENET, Droit de la profession d'avocat N 2409 ss; H. NATER/G. ZINDEL, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, art. 13 N 39 ss; voir aussi, s'agissant de la révision d'une société de capitaux d'avocats, K. SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, N 1348 ss).

34 Ce qui découle déjà de l'art. 13 al. 2 LLCA selon R. VONZUN, Die Anwalts-Kapitalgesellschaft, ZSR 120 (2001) I, p. 447 ss, p. 467.

35 A ce sujet, S. LEMBO, L'exercice de la profession d'avocat en société de capitaux, in: Défis de l'avocat au XXI<sup>e</sup> siècle, V. JEANNERET/O. HARI (éd.) 2008, p. 365 ss. Le Tribunal fédéral aurait peut-être pu profiter de l'occasion pour affirmer que la loi ne pouvait imposer une révélation par le réviseur selon l'art. 730b al. 2 CO lorsque le secret de l'avocat est concerné.

36 Le réviseur n'a en principe pas accès au dossier du client, mais uniquement à son identité (cas échéant codée), à la facturation, à la contre-valeur des travaux en cours, aux débours exposés, aux contestations d'honoraires, etc. Certaines questions peuvent néanmoins se poser au

### 3.3 Questions pour l'avenir

L'arrêt du Tribunal fédéral laisse sur plusieurs aspects des questions ouvertes. S'agissant du secret professionnel, la principale touche à la titularité du statut de confident dans une société de capitaux. Ces dernières ont la qualité de mandataire au sens des art. 394 ss CO et s'obligent statutairement à respecter les règles de la profession d'avocat. Il n'en demeure pas moins que c'est à l'un – ou plusieurs – des avocats de l'Etude concernée que le client fait ses confidences. Existera-t'il à l'avenir une hiérarchie entre le secret de la SA d'avocats et l'avocat personne physique? Comment cette dualité de dépositaires des confidences du client devra-t-elle être gérée en cas de désaccord entre la personne morale et l'avocat en charge du dossier? La question peut être pimentée lorsque l'avocat consulté a quitté la SA d'avocats! Les sociétés de capitaux peuvent-elles demander à être relevées du secret quand bien même elles ne sont pas inscrites au registre? Si le projet de la loi fédérale sur les avocats soumis aux Chambres fédérales à l'initiative de la FSA<sup>37</sup> apporte une protection explicite et bienvenue du secret pour le client dont l'avocat fait l'objet de mesures d'exécution forcée (s'agissant des avoirs détenus séparément selon l'art. 12 let. h LLCA), il ne dit rien d'autres situations pouvant opposer les deux récipiendaires du secret. Il est vraisemblable que les Chambres fédérales, qui sont sur le point de donner mandat au Conseil fédéral de soumettre au Parlement un projet réglant tous les aspects de la profession d'avocat<sup>38</sup>, laisseront à la jurisprudence le soin de donner réponse à cette délicate problématique. A ce stade, il ne peut qu'être rappelé que la seule ligne de conduite envisageable passe par la stricte protection de la relation de confiance privilégiée qui imprègne le rapport entre l'avocat et son client, dans le meilleur et unique intérêt de ce dernier.

Le même constat s'impose pour les situations potentiellement délicates qui se présenteront inévitablement dans les sociétés d'avocats dont tous les associés ne sont pas des avocats inscrits à un registre cantonal. Les commentateurs du secret professionnel de l'avocat ont encore de belles heures devant eux!

## 4. Le client comme partie à la procédure de levée du secret

### 4.1 Une diversité de normes et pratiques cantonales

Le principe d'une possible libération du secret professionnel de l'avocat par l'autorité découle de l'art. 321 al. 2 CP selon lequel la révélation n'est pas punissable si elle a été faite – outre bien sûr le cas du consentement de l'intéressé – avec l'autorisation

regard de l'évaluation éventuelle d'un contrôle interne par le réviseur sous l'angle de l'art. 728a CO.

37 Le projet est accessible sur le site [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch); voir aussi E. STAHELIN, Le projet de loi sur la profession d'avocat, Revue de l'Avocat 2012, p. 128 ss.

38 Motion 12.3372 Karl Vogler, 3 mai 2012, acceptée par le Conseil fédéral le 15 août 2012, adoptée par le Conseil national le 28 septembre 2012 et sur le point d'être traitée par le Conseil des Etats dans sa session d'hiver 2012.

écrite de «l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance». L'art. 13 LLCA, autre pilier du secret de l'avocat, n'apporte pas d'autres précisions si ce n'est pour affirmer le principe voulant que, même relevé de son secret, l'avocat n'est pas obligé de divulguer des faits qui lui ont été confiés. Il est ainsi admis qu'il incombe aux cantons non seulement de désigner l'autorité cantonale de surveillance (art. 14 LLCA), mais également d'adopter les règles de procédure nécessaires à l'application du droit fédéral.<sup>39</sup> Des normes et solutions diverses se retrouveront ainsi selon les cantons.<sup>40</sup>

La question de la participation éventuelle du client à la procédure de levée du secret n'est pas réglée de manière univoque. Il est clairement admis que, tout comme les tiers ou les autorités, le client ne peut lui-même solliciter auprès de l'autorité de surveillance une levée du secret de son avocat.<sup>41</sup> Dans les cantons de Suisse romande, seul celui du Jura accorde explicitement la qualité de partie au client.<sup>42</sup> A Genève, la Commission du barreau ne reconnaissait pas le statut de partie au client, tout en ayant une pratique particulièrement restrictive en matière de levée de secret.<sup>43</sup> La question du droit d'être entendu du client et d'un éventuel droit de recours avait déjà été évoquée en doctrine<sup>44</sup> sans qu'une décision de justice ne tranche jusqu'à ce jour ces questions à notre connaissance.

#### 4.2 Le client a un intérêt juridique à pouvoir s'opposer à la levée du secret

A l'heure où les rotatives de l'imprimeur du présent numéro de la Revue de l'Avocat étaient pratiquement lancées, le Tribunal fédé-

ral a rendu une intéressante décision de principe relative à une affaire genevoise dans laquelle deux anciens clients d'un avocat demandaient à participer à la procédure de levée du secret initiée par ce dernier auprès de l'autorité cantonale de surveillance.<sup>45</sup> L'avocat était par le passé intervenu pour trois clients, aujourd'hui impliqués dans un litige civil, et demandait à être relevé du secret pour témoigner dans cette cause. Deux de ces clients ont toutefois revendiqué un droit d'intervention dans la procédure ouverte devant l'autorité de surveillance pour pouvoir s'opposer à une levée du secret. Tant la Commission du barreau de Genève que la Cour de Justice ont rejeté la requête d'intervention<sup>46</sup> présentée par les anciens clients de l'avocat.

A l'instar de ce qu'il a récemment statué en matière de conflits d'intérêts<sup>47</sup>, en reconnaissant le droit de participer à la procédure au client dont l'avocat de choix est menacé de se voir interdire l'exercice du mandat, le Tribunal fédéral a retenu que «les clients de l'avocat ont un intérêt juridique digne de protection à se prémunir contre toute levée du secret professionnel de leur mandataire»<sup>48</sup>. Et le Tribunal fédéral d'en conclure que si le client s'oppose à la levée du secret, il bénéficie dans tous les cas de la qualité de partie dans la procédure concernant cet objet. La pratique des autorités de surveillance va ainsi être modifiée pour tenir compte de ces principes et l'on peut aussi s'attendre à des modifications des lois sur la profession d'avocat dans certains cantons.

\* \* \*

Un mot pour terminer: si les textes tendent incontestablement à réaffirmer l'importance et la portée du secret professionnel, tant les avocats que les autorités ont l'obligation et la responsabilité de le préserver, jour après jour. ■

39 En matière de levée du secret, l'autorité compétente est celle du lieu où l'avocat est inscrit, non celle du lieu où il pourrait témoigner (F. BOHNET/V. MARTENET, Droit de la profession d'avocat, N 1917 et réf). Voir aussi M. VALTICOS/L. JACQUEMOUD-ROSSARI, La jurisprudence de la Commission du barreau 2002–2006, Semaine Judiciaire 2007 II 288 (III. B).

40 Commentaire romand LLCA, P. MAURER/J.-P. GROSS, art. 13 LLCA N 392.

41 W. FELLMANN, Anwaltsrecht N 521; l'autorité ne saurait non plus lever le secret d'office précisent à juste titre F. BOHNET/V. MARTENET (note 33), N 1913.

42 Art. 25 loi concernant la profession d'avocat (JU).

43 Commentaire romand LLCA, P. MAURER/J.-P. GROSS, art. 13 LLCA N 409 et 410.

44 *Ibid.* N 400; voir aussi F. BOHNET/V. MARTENET (note 33), N 1914.

45 TF, 2C\_ 587/2012 du 24 octobre 2012.

46 Soit un appel en cause au sens de l'art. 71 al 1 Loi genevoise de procédure administrative (LPA/GE).

47 ATF 138 II 162 consid. 2.5.

48 TF, 2C\_587/2012 consid. 2.5.