

Jean-Marc Reymond*

Le secret professionnel de l'avocat dans les projets de Code de procédure pénale et civile suisses: un droit fondamental du justiciable en péril

Mots clés : Secret professionnel, avocat, obligation de témoigner, procédure civile, droit fondamental, libre circulation des avocats

Le but de cette contribution est de présenter le sort réservé à un principe fondamental de notre ordre juridique, le secret professionnel de l'avocat, dans la loi sur la libre circulation des avocats (LLCA) récemment entrée en vigueur et dans les lois fédérales en voie d'élaboration, soit les projets de Code de procédure pénale suisse (P-CP) et de Code de procédure civile suisse (P-CPC), et d'exposer les motifs pour lesquels l'avocat doit rester maître du secret en toutes circonstances.

I. Le secret professionnel de l'avocat avant l'entrée en vigueur de la LLCA

L'institution du secret professionnel de l'avocat répond à l'intérêt du client à une défense efficace, à celui de l'avocat à pouvoir exercer sa profession, et à l'intérêt général de la justice, dont l'avocat est l'auxiliaire¹. La levée du secret professionnel de l'avocat constitue «une atteinte à la sphère personnelle, c'est-à-dire une atteinte à des droits strictement personnels» du client².

Avant l'entrée en vigueur de la LLCA³ le 1^{er} juin 2002, le droit fédéral consacrait le secret professionnel de l'avocat non pas de manière positive, mais par la sanction de sa violation. L'art. 321, ch. 1^{er} du Code pénal (CP⁴) entré en vigueur le 1^{er} janvier 1942, punit en effet de l'emprisonnement ou de l'amende la violation de son secret professionnel par l'avocat. Selon le chiffre 2 de cette disposition, la révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit. Enfin, son chiffre 3 réserve «les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice».

Le secret professionnel de l'avocat était en revanche consacré par les lois cantonales⁵ et bien sûr par les us et coutumes de chaque barreau cantonal. Sa portée dépassait toutefois déjà celle d'une simple règle professionnelle. Le secret professionnel de l'avocat est en effet un principe essentiel de notre ordre juridique, nécessaire à la mise en œuvre des garanties de procédure conférées notamment par l'art. 6 CEDH⁶.

II. L'art. 13 LLCA

L'art. 13 al. 1^{er} LLCA dispose que «L'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers. Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés». Alors que la notion de secret professionnel était jusque-là définie par la jurisprudence et la doctrine consacrées à l'art. 321 CP, l'art. 13 LLCA fournit enfin une définition positive du secret professionnel de l'avocat. Cette disposition fédérale lui donne la place qu'il mérite puisqu'il est un principe fondamental bien plus qu'un cas (parmi ceux que consacrent les lois de procédure) de refus licite de collaborer à l'administration des preuves⁷.

Rappelons en quelques mots la genèse de cette disposition. L'art. 11 lettre c P-LLCA⁸ rappelait seulement que l'avocat «est soumis au secret professionnel sans limitation dans le temps conformément à l'art. 321 du code pénal». L'art. 13 LLCA dans la teneur finalement adoptée a été proposé par la commission du Conseil national. Si celui-ci s'y est rallié sans difficulté et à une très large majorité⁹, le Conseil des Etats n'a en revanche accepté cette proposition qu'en troisième débat, lors de la procé-

* D^r en droit, avocat, LL.M., associé au sein du cabinet Carrard Paschoud Heim & Associés, Lausanne, président de la Commission spécialisée FSA «procédure civile/arbitrage/LP».

1 TF, SJ 1994, p. 106, consid. 3b. Cf. également ATF 117 la 341 (fr.), consid. 6a; DOMINIQUE DREYER, L'avocat dans la société actuelle, RDS 1996 II 395 ss, p. 487 s.; BERNARD CORBOZ, Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP, SJ 1993, p. 77 ss, p. 79.

2 ATF 91 I 200, JdT 1966 I 295, consid. 2.

3 Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 28 avril 1999, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002 (RS 935.61).

4 RS 311.0.

5 Voir les exemples donnés par ROBERT PICCARD, Considérations sur le secret professionnel de l'avocat, RSJ 1966, p. 53 ss, p. 57 s. Ainsi, selon l'art. 26 de l'ancienne loi vaudoise sur le Barreau du 22 novembre 1944: «L'avocat est lié par le secret professionnel. A raison de ce devoir de discrétion, il ne peut être obligé de révéler ce qu'un client lui a confié, même s'il en est délié par lui».

6 FAVRE/STOUDMANN, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites, in Chaudet/Rodondi (éd.), L'avocat moderne, Regards sur une profession dans un monde qui change. Mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son Centenaire, Bâle Genève Munich 1998, p. 301 ss, p. 302.

7 BO CN 2000, p. 660 (MARIÉTAN).

8 Message du Conseil fédéral du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, FF 1999, p. 5331 ss.

9 121 voix contre 44 lors du premier débat (BO CN 1999, p. 1567) et 127 voix contre 11 lors du deuxième débat (BO CN 2000, p. 45).

ture d'élimination des divergences¹⁰. Le point de savoir si l'avocat délié du secret par son client devait témoigner a fait l'objet de vifs débats¹¹.

Ainsi, selon le droit en vigueur, adopté par les Chambres fédérales il y a moins de sept ans, l'avocat est maître de son secret: même délié par son client, il ne peut pas être contraint d'en révéler la teneur. «Il reste, selon la conception prédominante dans notre pays, le seul juge de l'opportunité de parler ou de se taire»¹².

Le 10 juin 2005, l'Assemblée des délégués de la Fédération suisse des avocats a adopté un Code suisse de déontologie dans le but d'unifier sur tout le territoire de la Confédération les règles déontologiques de la profession d'avocat. Ce code se réfère à la LLCA dans son préambule. S'agissant du secret professionnel, son article 15 consacre logiquement le même principe que l'art. 13, al. 1^{er}, 2^e phrase, LLCA, qu'il précise en ces termes: «Même s'il en a été délié, [l'avocat] ne peut être obligé de révéler un secret, s'il l'estime nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt du client».

III. Le projet de code de procédure pénale suisse du 21 décembre 2005 (P-CPP¹³)

Selon l'art. 168 al. 2 let. b P-CPP, les avocats ont l'obligation de témoigner en particulier «s'ils sont déliés par le maître du secret ou, par écrit, par l'autorité compétente au sens de l'art. 321, ch. 2 CP». Selon le chiffre 3 de cette disposition, «l'autorité pénale tient compte du secret professionnel même si le détenteur en a été délié lorsque celui-ci rend vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité». L'adoption de cette disposition entraînerait donc l'abrogation de l'art. 13, al. 1^{er}, 2^e phrase, LLCA entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002, soit il y a moins de cinq ans. A ce propos, on ne manque pas d'être surpris de la portée donnée par le Conseil fédéral au vote du Conseil des Etats: celui-ci aurait adopté l'art. 13 LLCA «non pas parce qu'il était convaincu de sa pertinence mais bien par souci de ne pas faire échouer le projet»¹⁴!

Dans le cadre des procédures pénales, le Conseil fédéral propose ainsi de «soumettre, par principe, à l'obligation de témoigner (...) les avocats qui ont été déliés du secret profession-

nel»¹⁵. Nous examinerons ci-dessous les raisons pour lesquelles il est essentiel que le Parlement rejette cette disposition.

IV. Genèse des dispositions du projet de code de procédure civile suisse (P-CPC¹⁶) relatives au secret professionnel de l'avocat

L'art. 157 al. 1^{er} let. b de l'avant-projet de la Commission d'experts de juin 2003 disposait que «Toute personne peut refuser de collaborer [à l'administration des preuves, autrement dit de déposer en qualité de témoin et de produire les documents requis] dans la mesure où elle pourrait de ce fait se rendre punissable de la révélation d'un secret. A l'exception des médecins, des avocats et des ecclésiastiques, la personne déliée par écrit de l'obligation de garder le secret a le devoir de collaborer». Cette disposition consacrait donc la portée absolue du secret professionnel de l'avocat, ce que confirmait le rapport accompagnant l'avant-projet¹⁷. Saluée par plusieurs participants à la procédure de consultation (certains d'entre eux suggérant à juste titre que cette portée absolue soit étendue au secret confié au notaire) elle n'a été critiquée que par les gouvernements des deux Bâle¹⁸.

A l'instar de la solution du P-CPP, le Département fédéral de justice et police a toutefois également envisagé d'introduire dans le P-CPC l'obligation de collaborer pour l'avocat délié par écrit de l'obligation de garder le secret, à moins qu'il ne rende vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. L'introduction de ce principe a fort heureusement été abandonnée dans le projet qui sera prochainement soumis aux Chambres. L'art. 163 al. 1^{er} let. b, 2^e phrase P-CPC prévoit qu'«à l'exception des avocats et des ecclésiastiques, le tiers soumis à une obligation de dénoncer ou délié par écrit de l'obligation de garder le secret a le devoir de collaborer, à moins qu'il ne rende vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité». Le projet consacre donc le caractère absolu du secret professionnel de l'avocat. Il n'en reste pas moins que les débats parlementaires sur la question seront sans doute aussi animés que lors de l'adoption de la LLCA.

L'art. 163 P-CPC concerne le droit de refuser de collaborer à l'administration des preuves et vise donc tant la déposition comme témoin que la production de pièces requises en mains de l'avocat. Quid cependant des pièces couvertes par le secret professionnel de l'avocat (correspondances, avis de droit, projet de contrat, etc.) et qui se trouvent en mains du client de celui-ci, voire d'un tiers? Le projet ne contient rien qui permette à la partie ou à ce tiers de refuser de produire la pièce requise en application de l'art. 157 al. 1^{er} let. b¹⁹. Au contraire, le message

10 BO CE 2000, p. 398 s.

11 Voir les interventions suivantes favorables à une portée absolue du secret professionnel: BO CN 1999, p. 1560 s. (SUTER), p. 1564 (JUTZET), 1565 (FLORIO); BO CE 1999, p. 1171 s. (EPINEY); BO CN 2000, p. 45 (JUTZET et MARIÉTAN); BO CE 2000, p. 239 s. (SCHMID); BO CN 2000, p. 659 (JUTZET), p. 659 s. (MARITÉTAN), et celles opposées à une telle portée: BO CN 1999, p. 1559 (PELLI), p. 1566 (CF METZLER); BO CE 1999, p. 1171 (SAUDAN), p. 1172 (CF METZLER); BO CN 2000, p. 45 (CF METZLER); BO CE 2000, p. 240 (MARTY et CF METZLER); BO CE 2000, p. 398 (MARTY).

12 FAVRE/STOUDMANN (note 6), p. 312. Voir par exemple, CORBOZ (note 1), p. 93, JEAN JACQUES SCHWAAB, Devoirs de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces, thèse Lausanne 1976, p. 59 et 79; JÖRG SCHWARZ, Das Anwaltsgeheimnis – Einige Gedanken zur heutigen Rechtslage in der Schweiz, Festschrift SAV, Bern 1998, p. 107 ss, p. 118; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafrecht, 2^e éd., Zurich 2005, n° 27 ad art. 321.

13 FF 2006, p. 1373.

14 Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005 relatif à l'unification de la procédure pénale, FF 2006, p. 1057 ss, p. 1183.

15 Message relatif à l'unification de la procédure pénale (note 14), p. 1184.

16 FF 2006, p. 7019 ss.

17 Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, p. 81 s.

18 Classement des réponses à la procédure de consultation, 2004, p. 419.

19 Voir notamment les cas prévus par les art. 160 et 162 P-CPC dans lesquels la partie, respectivement les tiers, peuvent refuser de collaborer.

confirme que la partie «ne dispose jamais d'un droit absolu de refus» et que si celui-ci «n'est passible ni de peine ni de contrainte, (...) il en est tenu compte – au détriment de la partie concernée – lors de l'appréciation des preuves»²⁰. Or il est indispensable de protéger le contenu de ces pièces au titre du secret professionnel. Veut-on vraiment permettre aux parties au procès de requérir, en main de leur adversaire, la production des avis de droit que chacun des avocats a délivrés à son client? Il conviendrait donc d'ajouter une 2^e phrase à l'art. 157 al. 1^{er} let. b P-CPC qui pourrait avoir la teneur suivante: «Cette obligation [de produire la pièce requise] ne vise pas les lettres ou autres écrits émanant de ou adressés à des tiers qui, s'ils étaient appelés à témoigner, ne seraient pas tenus de répondre».

V. L'avocat même délié par son client doit rester maître de son secret

Les deux projets de code de procédure suisse proposent donc des solutions contraires au problème unique du secret professionnel de l'avocat. Le message relatif au code de procédure civile explique que «la nature différente du procès pénal et du procès civil justifie cette différenciation»²¹. On ne peut que s'inscrire en faux contre cette affirmation. En effet, comme l'expose d'ailleurs le message, cette protection renforcée est fondée sur la confiance toute particulière que le public accorde aux avocats qui représentent, au même titre que les ecclésiastiques, «le dernier refuge de la personne»²². Ce motif vaut à l'évidence également pour le procès pénal.

Il est donc nécessaire de rappeler une fois encore les raisons pour lesquelles l'avocat ne doit jamais être contraint de témoigner et doit rester maître de son secret en toutes circonstances, même s'il a été délié de celui-ci par son client.

1. Les inconvénients du système proposé par le Conseil fédéral dans le P-CPP

De nombreuses raisons s'opposent à ce que l'avocat, même libéré par son client, soit obligé de collaborer à l'administration des preuves. En premier lieu, et cet inconvénient est essentiel, si la loi subordonne l'obligation de témoigner de l'avocat à l'autorisation de son client, le refus de celui-ci confirmera ou fera naître un soupçon à son encontre²³. Le choix du justiciable invité à décider s'il délègue ou non son conseil du secret professionnel n'est donc pas libre²⁴. Réserver la maîtrise du secret à l'avocat est ainsi le seul moyen d'éviter toute pression sur son client dans l'instruction de procédures auxquelles il est partie ou intéressé, notamment des enquêtes pénales²⁵.

Ensuite, le client de l'avocat n'est pas en mesure d'apprécier toutes les conséquences de sa décision de délier son mandataire du secret professionnel. Il risque de prêter à la levée du secret des avantages sans commune mesure avec les inconvénients qui pourraient en découler²⁶. Tel sera en particulier le cas du client inexpérimenté qui sera ainsi défavorisé par rapport au justiciable coutumier des procédures judiciaires. Le Conseil fédéral ne le conteste pas, mais considère que cet argument ne tient précisément pas compte qu'il incombe à l'avocat d'exposer à son client les éventuelles incidences d'une telle décision²⁷. Cet argument n'est pas convaincant. D'abord, l'avocat lui-même ne sera pas toujours capable d'évaluer avec précision les conséquences de sa collaboration à l'administration des preuves et, partant, de renseigner utilement son client sur celle-ci. En effet, un fait pris isolément peut paraître anodin mais se révéler probant ajouté à d'autres, connus uniquement du juge ou de la partie adverse²⁸. En second lieu, les inconvénients liés à l'obligation de collaborer à l'administration des preuves, par exemple en témoignant, risquent d'inciter l'avocat à conseiller à son client de ne pas le délier de son secret. En d'autres termes, le système que nous critiquons ici tend à placer l'avocat dans un conflit d'intérêts: les siens propres et ceux de son client. Il porte ainsi également atteinte à un autre principe cardinal de la profession d'avocat, celui de l'indépendance. Enfin, il arrivera que le client doive choisir de délier ou non l'avocat après la fin du mandat qu'il avait confié à celui-ci. Dans cette hypothèse, il n'est pas certain que l'avocat soit encore habité, du moins autant que lorsqu'il était lié contractuellement à son client, du souci d'agir au plus près des intérêts de celui-ci.

Selon le système proposé par le Conseil fédéral, l'avocat délié de son secret serait tenu de collaborer à l'administration des preuves à moins qu'il ne rende vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Selon le message²⁹, ce mécanisme permettrait de déroger à l'obligation de témoigner dans les cas où une déposition du détenteur du secret serait de nature à nuire au maître du secret. On ne voit donc pas comment l'avocat pourrait rapporter cette vraisemblance précisément sans dévoiler le contenu, ne serait-ce qu'en partie, du secret qui lui a été confié. De surcroît, en plaidant pour être dispensé de témoigner, l'avocat jette le soupçon sur son propre client.

2. L'avocat doit pouvoir compter sur la confiance absolue de son client

Le Tribunal fédéral considère que «s'il doit être en mesure d'exercer correctement sa profession et de s'acquitter des tâches qui lui incombent dans la procédure d'un Etat fondé sur le droit, l'avocat doit pouvoir compter sur la confiance absolue de son client. Or cela implique que, pour sa part, le client puisse se fier entièrement à la discrétion de son avocat. Si le client ne se

20 Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, p. 6841 ss, p. 6925 s. Cf. art. 161 P-CPC.

21 Message relatif au code de procédure civile suisse (note 20), p. 6928.

22 Message relatif au code de procédure civile suisse (note 20), p. 6928.

23 ALAIN BRUNO LÉVY, Le secret professionnel et l'obligation de témoigner prévue à l'art. 168 du projet de code de procédure pénale suisse, in *Revue de l'avocat* 8/2006, p. 275 ss, p. 276.

24 JEAN JACQUES SCHWAAB (note 12), p. 59 et 79.

25 MARIÉTAN, BO CN 2000, p. 45.

26 MARIÉTAN, BO CN 2000, p. 45.

27 Message relatif à l'unification de la procédure pénale (note 14), p. 1184.

28 Cf. TF, SJ 2006, p. 489, consid. 5.3.1.

29 Message relatif à l'unification de la procédure pénale (note 14), p. 1184.

confie pas sans aucune réserve à son avocat, s'il ne l'éclaire pas sur tous les faits importants, il est difficile pour celui-ci souvent même impossible de conseiller judicieusement celui-là et de le représenter efficacement dans la procédure»³⁰. Or il est évident qu'un système dans lequel l'avocat peut être amené à divulguer des faits que son client lui a confiés sous le sceau du secret, quelles que soient les conditions posées à la révélation, est de nature à réduire, voire à détruire la confiance que le justiciable

30 ATF 91 I 200, JdT 1966 I 295, consid. 3; ATF 112 Ib 606, JdT 1987 I 150, consid. 2b.

doit pouvoir placer dans ce «confident nécessaire³¹» qu'est l'avocat.

Il apparaît ainsi manifeste que le seul moyen de préserver cette confiance intacte et d'éviter les graves inconvénients rappelés plus haut est de conserver au secret professionnel de l'avocat sa portée absolue. Nous voulons croire que le législateur en sera convaincu lorsqu'il débattrra de ces dispositions.

31 DREYER (note 1), p. 493; ATF 44 II 326 (fr.), consid. 1^{er} (concernant les médecins).