

LES AVOCATS: LA DÉONTOLOGIE

À L'ÉPREUVE DE LA PLUME

DAVIDE CERUTTI

Avocat, docteur en droit, chargé de cours aux Universités de Lausanne (Introduction au droit/Méthodologie juridique) et de la Suisse italienne (Communication judiciaire et communication institutionnelle), Molo Avvocati, Bellinzona

VERONICA FRIGERIO

MLaw, assistante diplômée et doctorante à l'Université de Lausanne (Introduction au droit/Méthodologie juridique, Philosophie du droit)

Mots-clés: courriers confidentiels, devoirs déontologiques, linguistique et méthodologie juridiques

Les avocats, dans leur activité quotidienne, sont confrontés aux règles déontologiques et à la langue. Que faut-il écrire à un confrère, à un client? Comment l'écrire? Qu'en est-il, notamment, des clauses de confidentialité? Ces questions sont abordées, certes non exhaustivement, par l'ATF 140 III 6. Cette contribution tâchera de fournir quelques points de réflexion sur ces thèmes.

I. Introduction

Les avocats se trouvent fréquemment confrontés à des difficultés d'ordres linguistique et déontologique. Parmi celles-ci, citons notamment les clauses de confidentialité et l'utilisation ou non de courriers confidentiels adressés au tribunal. L'ATF 140 III 6 y apporte une réponse. Il traite, en effet, de la production des «moyens de preuve obtenus de manière illicite»¹, et, notamment, de l'illicéité dérivant de l'utilisation, dans un procès, d'un courrier confidentiel issu de la correspondance entre avocats. L'illicéité découle de la violation de l'art. 12 let. a de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (ci-après: LLCA)².

Le point central de la décision du Tribunal fédéral est le suivant:

«Rompu au vocabulaire juridique et conscient de la portée des mots, le conseil de l'intimée, mandataire professionnel, a écrit en effet que sa cliente était «prête à renoncer [...] à invoquer l'exception de prescription», et non simplement qu'elle renonçait à cette exception [...] comme le courrier produit contient des propositions transactionnelles, il n'est nullement exclu de voir dans la déclaration en cause, interprétée objectivement, une offre insérée parmi les autres propositions transactionnelles dont le contenu a été caviardé.»³

Cet arrêt soulève ainsi les questions litigieuses suivantes: dans quelle mesure un courrier frappé des réserves d'usage est-il admissible en justice? Dans quelle mesure les qualités personnelles et les connaissances techniques/juridiques de l'auteur et/ou du destinataire influencent-elles l'interprétation et donc la qualification d'un échange écrit? Nous chercherons à y répondre (III.),

après avoir présenté un bref rappel de l'arrêt (II.), non sans franchir «un pas de plus» (IV.).

II. Bref rappel de l'arrêt

Le Tribunal fédéral considère que, dans l'arrêt en question, le courrier échangé par les avocats était de nature confidentielle. Dès lors, la pièce a été produite en violation de la règle de confidentialité prévue à l'art. 12 let. a LLCA et partant, elle a été considérée «illicite au sens de l'art. 152 al. 2 du Code de procédure civile fédéral (ci-après: CPC)⁴.

Le Tribunal fédéral a tout d'abord défini la preuve illicite comme étant «obtenue en violation d'une norme de droit matériel, laquelle doit protéger le bien juridique lésé contre l'atteinte en cause»⁵. Il a ensuite affirmé que «Les règles professionnelles (*Berufsregeln*) énumérées à l'art. 12 LLCA constituent des normes dont la violation peut rendre une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC»⁶. Enfin, il a considéré que les règles déontologiques, notamment le Code suisse de déontologie de la Fédération suisse des avocats du 10.6.2005 (ci-après: CSD), «servent à préciser la portée de l'art. 12 let. a LLCA, qui prescrit à l'avocat d'exercer sa profession avec soin et dili-

1 Selon la formulation de l'art. 152 al. 2 CPC.

2 ATF 140 III 6, consid. 3.1 et 3.2.

3 ATF 140 III 6, consid. 3.2.

4 ATF 140 III 6, consid. 3.2.

5 ATF 140 III 6, consid. 3.1 (avec références).

6 ATF 140 III 6, consid. 3.1 (avec référence).

gence»⁷ tout en précisant que «Selon la jurisprudence, le non-respect d'une clause de confidentialité et l'utilisation en procédure du contenu de pourparlers transactionnels constituent une violation de l'obligation résultant de l'art. 12 let. a LLCA»⁸.

Le Tribunal fédéral a ensuite évalué la situation concrète, qui visait un courrier échangé entre deux avocats, dont la teneur indiquait que la cliente de l'un des avocats était «prête à renoncer [...] à invoquer l'exception de prescription»⁹. Pour expliciter la nature confidentielle du courrier, le Tribunal fédéral s'est penché sur l'exégèse du texte dudit courrier. Il en a examiné tout d'abord la formulation – «Les termes mêmes utilisés dans le passage»¹⁰ – pour retenir une interprétation objective, d'après laquelle «il n'est nullement exclu de voir dans la déclaration en cause, interprétée objectivement, une offre»¹¹. Ensuite, en se plaçant «sous l'angle de l'interprétation subjective, faisant appel aux éléments postérieurs à la déclaration»¹², il arrive au même résultat¹³: le courrier produit viole les règles déontologiques et, par conséquent, constitue une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC.

III. Analyse

L'arrêt, dont les contours ont été esquissés ci-dessus, mérite d'être analysé d'abord sous l'angle de la méthodologie employée par le tribunal (1.), ensuite en évoquant, l'art. 18 CO qui, à notre avis, constitue la disposition topique de la décision (2.).

1. La méthodologie

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral a utilisé le schéma – classique – du syllogisme judiciaire. Certes, cette méthodologie est très pédagogique. Cependant, pour mieux présenter le casus et le résoudre, la méthodologie à suivre aurait pu être, à notre avis, la suivante: *primo*, évoquer ce que l'on entend par «moyens de preuve obtenus de manière illicite» au sens de l'art. 152 al. 2 CPC et, *secundo*, préciser, soit délimiter le champ d'application de la LLCA ainsi que les infractions à cette loi, l'art. 12 let. a étant formulé de manière vague. Ces deux démarches permettent de répondre à la question juridique posée, à savoir si la production d'un courrier confidentiel constitue un moyen de preuve obtenu de manière illicite.

Concernant la première étape, le Tribunal fédéral n'a pas complètement indiqué ce que l'on entend par «moyens de preuve obtenus de manière illicite». Certes, il a donné une définition, en y incluant les violations de la LLCA.

De façon un peu tautologique, la doctrine considère illicite la preuve qui a été obtenue grâce à un acte illicite¹⁴. Certes, cette définition demeure vague¹⁵. Toutefois, nous pouvons retenir qu'il y a illicéité lorsque la preuve est recueillie en violation d'une disposition de droit matériel¹⁶. Et, parmi ces normes, la doctrine inclut l'art. 12 let. a LLCA, via – certes – la violation de règles déontologiques¹⁷.

Le Tribunal fédéral, *in casu*, s'est contenté d'affirmer que la production de la proposition transactionnelle constituait une preuve illicite. Il s'est fondé sur l'avis d'un

auteur¹⁸. Toutefois, cette question ne fait pas l'unanimité¹⁹. On aurait pu imaginer un examen plus approfondi des liens entre l'art. 12 LLCA et l'art. 152 al. 2 CPC, surtout dans un arrêt central en la matière.

Ensuite, dans une seconde étape, le Tribunal fédéral aurait pu présenter le champ d'application de la LLCA et ainsi délimiter les infractions à cette loi. Il ne l'a malheureusement pas fait.

Le champ d'application de la LLCA est indispensable à la bonne compréhension de l'arrêt, dont l'argumentation fonctionne – et convainc – uniquement si le destinataire du texte, et auteur de l'infraction retenue dans la décision fédérale, est un avocat soumis à la LLCA et *a fortiori* au CSD. Le Tribunal fédéral ne nous dit rien sur les qualités professionnelles de celui qui a produit ledit courrier. Ce qui surprend car, dès qu'il est inscrit comme tel, l'avocat est soumis à la LLCA pour l'ensemble de son activité²⁰.

Les juges fédéraux ont centré leur attention sur l'auteur physique du message. Celui-ci – ainsi que nous l'apprenons – est, en tant que mandataire professionnel, «rompu au vocabulaire juridique et conscient de la portée des mots»²¹. Dans l'affaire en question, toutefois, la demanderesse-recourante était également représentée par un avocat – soit un mandataire professionnel – auquel s'appliquent la LLCA et le CSD. Cependant, nous semble-t-il, le Tribunal fédéral aurait considéré, indirectement (sans mention expresse) et par effet réflexe, que ce dernier était aussi «rompu au vocabulaire juridique et conscient de la portée des mots». Autrement, il serait difficile d'admettre une violation de la LLCA et *a fortiori* de l'art. 152 al. 2 CPC.

Après avoir délimité le champ d'application de la LLCA, le Tribunal fédéral aurait pu examiner les violations

7 ATF 140 III 6, consid. 3.1 (avec référence).

8 ATF 140 III 6, consid. 3.1 (avec références).

9 ATF 140 III 6, consid. 3.2.

10 ATF 140 III 6, consid. 3.2.

11 ATF 140 III 6, consid. 3.2.

12 ATF 140 III 6, consid. 3.2.

13 ATF 140 III 6, consid. 3.2.

14 PHILIPPE SCHWEIZER, *in* CPC – Code de procédure civile commenté, 2010, n° 16 ad art. 152 CPC, avec un exemple au n° 19. Cf. également: LOUIS GAILLARD, Le sort des preuves illicites dans le procès civil, *in* SJ 1998 p. 652.

15 Cf. BENOÎT CHAPPUIS, Les moyens de preuve collectées de façon illicite ou produits de façon irrégulière, *in* Le procès en responsabilité civile. Colloque du droit de la responsabilité civile, Université de Fribourg, 2011, p. 112; FRANÇOIS BOHNET/YVAN JEANNERET, Preuve et vérité en procédure pénale et civile suisses, *in* Journées Henri Capitant 2013, p. 4, [http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Suisse%20\(Bohnet%20et%20Jeanneret\).pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Suisse%20(Bohnet%20et%20Jeanneret).pdf) (consulté le 27. 5. 2014, 19h00).

16 CHAPPUIS, *eo. loc.*; PETER GUYAN, *in* Basler Kommentar – ZPO, 2^e éd., 2013, n° 10 ad art. 152 CPC.

17 CHAPPUIS, *op. cit.*, p. 131, qui – cependant – évoque, à raison, quelques particularités.

18 ATF 140 III 6, consid. 3.1 avec référence à YVES RÜEDI, *Materiell rechtswidrig beschaffte Rechtsmittel im Zivilprozess*, 2009, n° 256, p. 125.

19 Cf. notamment: FRANCESCO TREZZINI, *in* Commento al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2010, p. 673.

20 MICHEL VALTICOS, *in* Commentaire romand – LLCA, 2010, n° 13 ad art. 12 LLCA.

21 ATF 140 III 6, consid. 3.2.

possibles de l'art. 12 let. a LLCA. Cette loi énumère, de façon exhaustive, les règles professionnelles, à savoir les normes émanant d'une autorité, «afin de réglementer, dans l'intérêt public, l'exercice d'une profession»²². Elles s'appliquent à l'ensemble des avocats pratiquant le barreau²³ et plus précisément à tous les avocats titulaires d'un brevet qui exercent effectivement la représentation en justice²⁴. De formulation générale, les règles professionnelles relèvent d'une codification issue des principes généraux²⁵, dont la précision et l'interprétation s'opèrent à l'aune des règles déontologiques²⁶.

Ces dernières émanent d'associations professionnelles²⁷ et ont une portée importante: elles peuvent servir à préciser, voire à interpréter les règles professionnelles si elles expriment «une conception largement répandue au plan national»²⁸. Compte tenu de l'imprécision de sa teneur, l'art. 12 let. a LLCA doit être concrétisé et interprété²⁹. Pour cela, il sied de recourir aux règles déontologiques³⁰.

Force est de constater que l'art. 12 let. a LLCA se limite à prévoir que l'avocat «exerce sa profession avec soin et diligence». Aucune mention d'éventuels courriers confidentiels. Certes, le CSD les indique aux art. 6 et 26. Ces dispositions déontologiques servent donc à préciser la portée de l'art. 12 let. a LLCA³¹. Il est largement admis qu'une violation des règles déontologiques de la part de l'avocat constitue aussi une exécution non conforme aux principes de soin et diligence requis pour exercer la profession³². Ainsi, il semblerait que pour le Tribunal fédéral, toute proposition transactionnelle doit être qualifiée de confidentielle³³.

Ainsi, la violation d'une norme déontologique constitue une transgression à la LLCA, via le non-respect du CSD et *a fortiori* des obligations issues du contrat de mandat en général. Il y a donc violation d'une disposition de droit matériel et, par conséquent, violation de l'art. 152 al. 2 CPC.

2. Le point d'ancrage (non dit): l'art. 18 al. 1 CO

A bien lire l'arrêt, il semblerait que le Tribunal fédéral ait analysé le courrier litigieux comme n'importe quelle manifestation de volonté, à savoir à l'aune de l'art. 18 al. 1 CO, sans l'indiquer. Approfondissons.

D'un point de vue méthodologique, nous pourrions reprocher au Tribunal fédéral de ne pas avoir explicité les passages (logiques) de son interprétation objective et subjective. Lorsqu'il faut interpréter une manifestation de volonté, comme *in casu*³⁴, la disposition légale topique est l'art. 18 al. 1 CO.

A) L'art. 18 al. 1 CO et l'interprétation

a) Le passage juridique

Pour MAINGUENEAU, «[l']interprétation» se donne pour tâche de convertir l'obscur en clair; elle se trouve placée du côté de la *réception*³⁵.

Sous l'angle de l'interprétation juridique, le but de ce processus est de reconstituer l'idée que l'émetteur du texte a voulu transmettre au lecteur³⁶: il s'agit donc, tout d'abord, de rechercher la volonté du rédacteur du texte ju-

ridique³⁷. Le travail d'interprétation du juriste est donc bâti sur la reconstruction de l'intention de l'auteur pour identifier le sens, la portée et donc l'impact du texte juridique. Dans ce processus, deux réductions sont nécessaires: premièrement, on considère que l'intention de l'auteur correspond à une construction conceptuelle³⁸ et, deuxièmement, qu'elle correspond à l'intention manifestée par le texte³⁹.

Quant à l'interprétation d'une manifestation de volonté, c'est-à-dire «l'action d'exprimer sa volonté en vue d'un effet de droit»⁴⁰, la recherche de la volonté de l'auteur est régie en droit suisse par l'art. 18 CO, qui n'écarte cependant pas le destinataire.

Selon cet article, le juge confronté à une manifestation de volonté doit recourir – première étape du raisonnement – à l'interprétation *subjective*, d'après laquelle il doit rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans pour autant s'arrêter aux expressions ou dénominations, éventuellement inexactes, utilisées⁴¹. S'il n'y arrive pas, le juge devra alors – seconde étape – interpréter la déclaration de volonté d'après une évaluation *objective*, en recherchant le sens que, selon les règles de la bonne foi, chaque partie «pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre»⁴². A titre purement exceptionnel une interprétation stricte limitée à la lettre se justifie «lorsque les parties sont expérimentées en affaires et

22 ATF 136 III 296, consid. 2.1. Sur cet arrêt: MARTIN STERCHI, *Aussagerecht des Anwalts. Bemerkungen zu BGE 136 III 296*, in *AnwaltsRevue/Revue de l'avocat* 11/12/2010, p. 483 ss.

23 Message du Conseil fédéral concernant la LLCA, du 28. 4. 1999: FF 1999 5367 s.

24 MESSAGE, *op. cit.*, p. 5359.

25 VALTICOS, *op. cit.*, n° 3 ad art. 12 LLCA.

26 ATF 130 II 270, 136 III 296, consid. 2.1.

27 ATF 136 III 296, consid. 2.1.

28 ATF 136 III 296, consid. 2.1.

29 Arrêt du Tribunal fédéral 2A.658/2004 du 3. 5. 2005, consid. 3.1.

30 ATF 130 II 270, 136 III 296, consid. 2.1.

31 ATF 140 III 6, consid. 3.1. Cf. également sur le sujet: ERNST STAEHELIN, *Le projet de loi sur la profession d'avocat*, in *Anwaltsrevue/Revue de l'avocat* 3/2012, p. 128 ss, ainsi que la motion n° 12.3372 de Karl Vogler proposant l'élaboration d'une loi réglant tous les aspects de la profession d'avocat.

32 ATF 140 III 6, consid. 3.1; cf. aussi: FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, p. 511.

33 Arrêt du Tribunal fédéral 2A.658/2004 du 3. 5. 2005, consid. 3.1 et les références citées.

34 La cliente est «prête à renoncer [...] à invoquer l'exception de prescription»: ATF 140 III 6, consid. 3.2.

35 DOMINIQUE MAINGUENEAU, *L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques*, in *Interprétation et droit*, sous la dir. de P. Amselek, 1995, p. 61.

36 PIERRE-ANDRÉ CÔTÉ, *L'interprétation de la loi. Une création sujette à des contraintes*, in *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, sous la direction de D. Bourcier et P. Mackay, 1992, p. 133 ss, p. 136.

37 Incarnée par le législateur lorsqu'il s'agit d'un texte législatif.

38 CÔTÉ, *op. cit.*, p. 136-137.

39 CÔTÉ, *op. cit.*, p. 136, au sujet de la volonté du législateur.

40 GÉRARD CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2007, ad «manifestation de volonté».

41 ATF 133 III 675 consid. 3.3.

42 ATF 133 III 675 consid. 3.3.

familiales des termes techniques utilisés»⁴³. Le Tribunal fédéral avait autrefois indiqué qu'en la matière – interprétation objective – «les circonstances déterminantes [...] sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, mais non pas les événements postérieurs»⁴⁴.

Confronté à l'exégèse d'une manifestation de volonté, le juge intervient à titre d'interprète *prototypique*⁴⁵: il incarne l'exégète raisonnable et objectif, l'étalon interprétatif par rapport auquel l'interprétation du destinataire sera évaluée et jugée adéquate ou injustifiée. L'objectivité de cet «étalonnage» n'est avérée que dans le contexte qui surdétermine⁴⁶ l'interprétation de l'écrit: c'est au sein d'un certain cadre (juridique) défini, qu'une solution interprétative sera considérée comme adéquate. C'est pourquoi, en vertu de l'art. 18 CO, le juge peut être amené à imputer un sens objectif à la manifestation de volonté, même si elle ne correspond pas à la volonté intime de la partie⁴⁷.

Les outils interprétatifs à disposition du juge sont, d'après l'art. 18 CO, le texte, le contexte et l'ensemble des circonstances qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté à interpréter⁴⁸. Nous les examinons ci-dessous.

b) *In concreto*

Dans l'arrêt présenté, le Tribunal fédéral a – nous semble-t-il – inversé le raisonnement, en procédant d'abord à l'interprétation objective et ensuite à celle subjective.

Toutefois, le Tribunal fédéral aurait également pu mentionner l'exception liée à la langue technique commune des parties. Mais, pour cela, il aurait dû présenter la situation du destinataire du courrier, ce qu'il a omis. Nous ne savons rien sur ses qualités personnelles ou professionnelles. La prise en compte de *l'autre* est néanmoins dictée par l'interprétation objective, comme nous venons de le mentionner.

Nous pourrions imaginer que le Tribunal fédéral ait «sauté» les étapes et procédé immédiatement à l'examen de l'exception, en considérant être confronté à un langage technique⁴⁹. Il aurait néanmoins dû qualifier les compétences linguistiques du destinataire. Mais est-ce que l'on est véritablement face à un vocabulaire technique? Dans la phrase litigieuse – ma cliente est «prête à renoncer [...] à invoquer l'exception de prescription» – le seul concept technique est «exception de prescription», qui n'est pas la formulation interprétée par le Tribunal fédéral, ce dernier s'étant penché sur la tournure «être prêt à».

En conclusion, la méthodologie utilisée par le Tribunal fédéral n'est que très partiellement proche de celle qu'il avait lui-même dégagée en matière d'interprétation des manifestations de volonté.

B) *La pertinence du texte (herméneutique normative)*

a) *Généralités*

Le premier élément à interpréter pour déterminer le sens de la manifestation de volonté est le texte⁵⁰.

Dans l'interprétation juridique, différentes typologies de directives méthodologiques ont été étudiées⁵¹, dont le texte constitue la directive sémantique la plus générale⁵², une des bases principales du processus d'interprétation⁵³.

En théorie du droit on oppose, dans le domaine de l'interprétation, l'herméneutique normative et l'herméneutique philosophique⁵⁴.

L'herméneutique normative envisage une compréhension immédiate du texte sans médiation aucune ni du contexte d'élaboration du texte ni de la culture de l'interprète⁵⁵. D'après cette vision aseptisée aux prétentions objectives, voire scientistes, l'interprétation se limite à un instrument purement déclaratif de l'intention de l'auteur⁵⁶.

La doctrine dite du texte clair illustre bien cette approche: *in claris non fit interpretatio*. Si le texte est clair dans sa littéralité et sa syntaxe, l'interprétation n'a pas lieu d'intervenir. Ainsi le travail interprétatif ne serait qu'un simple décodage, une opération de traduction⁵⁷ où toute personne confrontée à un certain texte serait à même d'en comprendre le sens, un et unique, qui se livre à elle.

⁴³ ATF 131 III 606 consid. 4.2.

⁴⁴ ATF 135 III 410 consid. 3.2. Sur ces questions, cf. en dernier: arrêt du Tribunal fédéral 5A_59/2013 du 10.1.2014, consid. 5.2.2 (avec références).

⁴⁵ Le juge est la figure emblématique de l'interprète, c'est-à-dire, la «personne qui est chargée de faire connaître, d'exprimer les sentiments, les volontés, les intentions d'une autre»; «celui, celle qui explique, éclaire le sens d'un texte», Le Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 1976, *ad* interprète.

⁴⁶ Cf. ci-dessous III/2/C/b.

⁴⁷ ATF 129 III 118, consid. 2.5.

⁴⁸ ATF 125 III 305, consid. 2b; ATF 127 III 444, consid. 1b; ATF 129 III 702, consid. 2.4.

⁴⁹ A ce sujet, cf. ci-dessous III/2/B/b.

⁵⁰ ATF 131 III 606, consid. 4.2.

⁵¹ FRANÇOIS OST/MICHAEL VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, 1989, p. 49-75. En matière de méthodologie d'interprétation juridique les auteurs distinguent cinq types de directives: linguistiques, systémiques, fonctionnelles, d'emploi et de préférences. La théorie juridique suisse privilégie la notion de «méthodes d'interprétation» – littérale, historique (statique/évolutive), systématique et téléologique –, bien que récemment le Tribunal fédéral ait ouvert le champ d'application sémantique en parlant de «critères»: ATF 137 IV 13, consid. 3.1. Sur les implications sémantiques: DAVIDE CERUTTI, *Traduction et interprétation*, quelques notes à partir d'un arrêt récent du Tribunal fédéral, *in* Justice-Justiz-Giustizia 3/2011, nos 14 ss (avec références).

⁵² OST/VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 50 ss. Les directives sémantiques (c'est-à-dire liées à la signification des mots) et les directives syntaxiques (c'est-à-dire liées à l'ordonnement des mots entre eux) sont des directives d'interprétation dites linguistiques, qui se fondent sur le contexte linguistique d'un texte.

⁵³ OST/VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁴ L'herméneutique se définit comme la science dont l'objet est l'interprétation des textes, <http://www.cnr.fr/definition/hermeneutique> (consulté le 4.7.2014 à 20h00). A noter que cette notion renvoie, dans son étymologie, à Hermès, messager des dieux chez les grecs. Messager, celui qui «fait passer» un sens, une manifestation d'intention de son auteur au destinataire du message. Encore faut-il définir ce sens, le rechercher, le traduire, le déterminer, l'expliquer pour qu'il y ait effectivement «passage de sens» d'un pôle à l'autre de la communication.

⁵⁵ ALAIN PAPAUX, *Introduction à la philosophie du «droit en situation»*, 2006, p. 163.

⁵⁶ CÔTÉ, *op. cit.*, p. 133 ss, p. 145.

⁵⁷ RICCARDO GUASTINI, *Interprétation et description des normes*, *in*: *Interprétation et droit*, sous la dir. de P. Amselek, 1995, p. 89 ss, p. 92.

Dans cette perspective, le sens naturel des mots, universellement reconnu et accepté, est contenu dans le texte; un accès direct à la compréhension des mots est ainsi possible sans médiation aucune ni du langage, conçu comme un vecteur de pensée neutre⁵⁸, ni du contexte et de l'interprète destinataire du texte dont le rôle créateur est passé sous silence⁵⁹. La négation de ces influences est perçue comme un gage d'objectivité et donc de sécurité juridique.

Dans une telle optique, le processus interprétatif relèverait d'une pure mécanique déductive⁶⁰; le destinataire du texte, interprète passif et neutre, n'étant soumis qu'à la volonté éclairée et objective de l'auteur⁶¹. Le sens peut donc être saisi par une interprétation littérale des mots employés, pris en tant que tels, selon leur valeur sémantique «objective».

Ainsi, dans la première étape d'analyse d'une manifestation de volonté, le Tribunal fédéral procède à la recherche d'une compréhension «normale», naturelle du texte en s'attardant sur sa littéralité⁶².

En l'espèce, le Tribunal fédéral débute le raisonnement interprétatif en soulevant que, vu les termes utilisés par l'auteur de la lettre, on ne peut que qualifier le passage de proposition transactionnelle⁶³. En effet, poursuit le Tribunal fédéral, «se déclarer prêt à accomplir un acte ne signifie pas nécessairement l'exécuter par la suite»⁶⁴.

Le sens des termes «prête à renoncer» paraît, du point de vue sémantique et syntaxique, suffisamment clair⁶⁵; or, contrairement à son ancienne jurisprudence, dans laquelle le Tribunal fédéral affirmait qu'une interprétation ne se justifiait que si les termes employés n'étaient pas clairs⁶⁶, la Haute Cour a depuis lors nuancé sa jurisprudence et affirmé que l'emploi de termes précis n'est pas déterminant dans la recherche du sens du texte⁶⁷, même si le sens paraît limpide *prima facie*. En d'autres termes, même en présence d'un texte sémantiquement et syntaxiquement clair⁶⁸, il convient de ne pas s'en tenir à une interprétation littérale⁶⁹.

Le Tribunal fédéral précise qu'il peut résulter du but, des conditions de la manifestation de volonté ou d'autres circonstances que le texte ne restitue pas le sens voulu par les parties⁷⁰: une interprétation purement littérale est donc prohibée⁷¹.

Cependant, il précise qu'une interprétation stricte selon la lettre s'impose lorsque les parties sont expérimentées en affaire et familières avec les termes techniques utilisés⁷². Une interprétation littérale stricte se justifie dès lors lorsque les parties sont rompues à l'usage des termes employés dans certaines branches⁷³. A noter que les personnes qui jouissent d'une formation juridique acquise en Suisse, doivent se laisser opposer le sens objectif que les termes utilisés ont en droit⁷⁴. On vise ici la «technicité» du langage juridique. Il sied de s'y intéresser.

b) *Le vocabulaire juridique*

De prime abord, d'aucuns estiment que la loi a son propre langage – une langue spécifique –, qui serait, apparemment, claire⁷⁵. Cette prétendue spécificité souffre cepen-

dant de deux faiblesses: *primo*, la loi – le texte de la loi – ainsi que les textes juridiques doivent être rédigés de sorte que les justiciables – lecteurs communs – puissent être en mesure de les comprendre et d'anticiper ainsi les conséquences juridiques de leurs actes⁷⁶. Et, *secundo*, les textes juridiques sont formulés avec les mots de la langue courante, avec des possibilités de confusion, d'ambiguïtés⁷⁷, voire de l'utilisation de concepts juridiques indéterminés⁷⁸.

L'affirmation qui mérite examen est celle d'après laquelle, pour le Tribunal fédéral, l'avocat est, ou serait «rompu au vocabulaire juridique»⁷⁹. Les juges – nous semble-t-il – évoquent dans ce passage la spécificité du langage juridique, celui-ci ayant son propre vocabulaire, notamment en ce qui concerne la phrase d'après laquelle la cliente de l'un des avocats était «prête à renoncer [...] à invoquer l'exception de prescription».

58 PAPAUX, *op. cit.*, p. 165. *Idem*, p. 161: «La médiation du langage consisterait en un simple transport d'un endroit à l'autre [...] d'une pensée ou (l'ambiguïté commence) d'un sens qui, correctement formulé, ne donne lieu à aucune modification ou altération de sens, en bref à aucune interprétation.»

59 CÔTÉ, *op. cit.*, p. 133 ss, p. 145 ss.

60 Selon JEAN BLAISE GRIZE, *Déduction et inférence*, in Lire le droit. Langue, texte, cognition, sous la direction de D. Bourcier et P. Mackay, 1992, p. 233 ss, la déduction appartient à une métaphysique mécanique construite à partir d'axiomes, dont «le paradigme est incontestablement la démonstration mathématique».

61 CÔTÉ, *op. cit.*, p. 133ss, p. 140.

62 ATF 128 III 50, consid. 2c/bb/bbb, où le Tribunal fédéral commence par analyser les mots employés à la lumière de la définition du dictionnaire.

63 ATF 140 III 6, consid. 3.2.

64 ATF 140 III 6, consid. 3.2.

65 Cf. ci-dessous III/2/B/c.

66 ATF 111 II 284, consid. 2.

67 ATF 125 III 305, consid. 2b.

68 GÉRARD TIMSIT, *Les noms de la loi*, 1991, p. 63 (ci-après: *Noms*), «Le texte ne vaut rien pour lui-même»; en d'autres termes, «le texte appelle en effet, par ses propriétés sémantiques, une lecture que le contexte, selon son étendue et dans certains domaines, peut transformer radicalement. Un texte ne peut être lu que dans son contexte»: p. 139.

69 ATF 129 III 702, consid. 2.4.1. Celle-ci doit dans tous les cas conduire à un résultat matériellement juste: ATF 123 II 241.

70 ATF 127 III 444, consid. 1b; ATF 129 III 118, consid. 2.5; ATF 129 III 702, consid. 2.4.1.

71 ATF 127 III 444, consid. 1b; ATF 131 III 606, consid. 4.2.

72 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_59/2013 du 10.1.2014, consid. 5.2.2.

73 ATF 129 III 702, consid. 2.4.1; ATF 131 III 606, consid. 4.2.

74 ATF 129 III 702, consid. 2.4.2.

75 Cf. pour des développements: PIERRE MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, 2005, p. 179 ss, p. 194 (ci-après: *Micropolitique*).

76 PIERRE MOOR, *Dynamique du système juridique*, 2010, p. 77 (ci-après: *Dynamique*).

77 Cf. notamment: WALTER FELLMANN, in *Berner Kommentar*, VI/2/4, 1992, n° 16 *ad* art. 398 CO sur «Sorgfalt/sorgfältig»; ALAIN PAPAUX/ALESSANDRO BRENCI, «Würde der Kreatur» ou «Intégrité des organismes vivants»: le biocentrisme est-il légal? *Bref historique d'une question mal résolue*, in *Biosphère et droits fondamentaux*, 2011, p. 128.

78 MOOR, *Micropolitique*, p. 66 ss.

79 ATF 140 III 6, consid. 3.2.

D'après le *Robert méthodique*, le «vocabulaire» est, parmi d'autres choses, l'ensemble des «termes spécialisés (d'une science, d'un art, ou qui caractérisent une forme d'esprit)»⁸⁰. Cette définition s'insère bien dans le raisonnement du Tribunal fédéral. De plus, comme première signification, toujours selon le *Robert méthodique*, le «vocabulaire» est un «dictionnaire succinct qui ne donne que les mots essentiels d'une langue», ou encore un dictionnaire spécialisé dans une science ou un art⁸¹.

Le dictionnaire fournit, pour la définition d'un mot, les propriétés nécessaires et suffisantes à distinguer le concept à définir des autres⁸². Ainsi, par exemple, les propriétés analytiques d'un chien seraient «animal», «mammifère» et «canidé»⁸³. L'aboiement ou le fait d'être un animal domestique ne seraient pas des propriétés nécessaires, un chien pouvant ne pas aboyer ou pouvant détester l'être humain⁸⁴. Le dictionnaire a ainsi la particularité de «dire la même chose autrement»⁸⁵. On est donc dans le domaine de l'univocité (la même chose). Certes, l'union du vocabulaire et du dictionnaire, selon les prérogatives évoquées, pourrait laisser croire que le droit s'exprime par un langage spécifique. Ce sentiment serait corroboré par la nomenclature officielle des textes juridiques⁸⁶.

Cette «même chose» devrait donc être comprise sans effort interprétatif quelconque par les parties ayant un même code de lecture. L'exception prévue par le Tribunal fédéral s'insère, à notre avis, dans ce socle. Mais, il sied – et nous le rappelons – qu'auteur et destinataire aient ce même code de lecture.

Toutefois, le juriste ne se définit pas par le récit par cœur – tel un bon élève d'école – de ses textes, mais par la *maîtrise* de ce langage⁸⁷. Et maîtriser le langage signifie savoir construire le sens d'un mot, d'une phrase, ce qui n'est pas une opération simple, car elle requiert la prise en compte d'éléments externes au texte, à savoir – notamment – le contexte⁸⁸. L'évaluation d'un texte juridique doit se faire donc «en situation»⁸⁹, par les indices indiqués par le Tribunal fédéral dans l'interprétation subjective des manifestations de volonté notamment. Il n'y a pas ainsi d'univocité *a priori*, ni de «même chose».

c) *In concreto*

Dans l'arrêt ici commenté, le Tribunal fédéral a examiné l'affirmation «être prêt à», qui – nous semble-t-il – n'est en rien technique, la seule expression prétendument spécifique consistait dans le fait que la cliente de l'un des avocats était «prête à renoncer [...] à invoquer l'exception de prescription». Ni l'auteur du message ni son destinataire ne devaient – apparemment – être rompus à un quelconque langage spécifique, car la tournure analysée fait partie de la langue courante.

Le Tribunal fédéral interprète le verbe «être prêt à», en affirmant que «[...] celui qui est prêt à une action n'a pas encore agi et se déclarer prêt à accomplir un acte ne signifie pas nécessairement l'exécuter par la suite sans conditions»⁹⁰. Par conséquent, la formulation de la lettre est une offre selon les juges de Mon Repos.

Nous aurions pu nous attendre à une méthodologie proche à celle utilisée dans l'ATF 128 III 60 *consid. 2c/bb/bbb*, où le Tribunal fédéral avait été confronté avec la portée juridique de l'expression «intervenir dans la procédure d'arbitrage». Il avait débuté le considérant cité en donnant la définition courante d'«intervention»⁹¹. Ensuite, il avait analysé l'expression citée selon le principe de la confiance.

En partant de ce constat, «être prêt à» signifie, selon le dictionnaire *Larousse*, «être préparé à», «être décidé à»⁹². De même, selon le *Centre national de ressources textuelles et lexicales*, «être prêt à», veut dire «qui est préparé matériellement ou moralement, intellectuellement», un synonyme étant «être décidé»⁹³. Ainsi «être prêt à» signifierait, dans la langue courante, «être décidé à». Ce qui implique l'absence d'une offre, la décision étant déjà prise (par la présence du verbe être, qui rend le passif). La solution du Tribunal fédéral ne serait ainsi pas conforme à la vulgate populaire⁹⁴.

Nous aurions pu imaginer une offre transactionnelle dans la mesure où la proposition «être prête à renoncer à l'exception de la prescription» avait été suivie d'un «si» conditionnel, le sens devenant alors hypothétique, transactionnel. En réalité, le texte complet du courrier est le suivant: «Afin de vous éviter la rédaction d'une réquisition de poursuite, ma mandante est prête à renoncer, envers X., à invoquer l'exception de prescription, pourvu que celle-ci ne soit pas déjà acquise»⁹⁵. L'hypothèse introduite par «pourvu que» ne nous paraît pas décisive au vu de ce qui précède.

Ou encore le Tribunal fédéral, en voulant lire une technicité de l'expression «être prêt à», aurait pu être plus explicite et indiquer être en présence de deux professionnels qui manient un langage technique commun et que, par conséquent, il se justifierait de procéder à une interprétation stricte selon la lettre du texte et que – dans une pers-

80 ROBERT MÉTHODIQUE, Paris 1990, *ad* vocabulaire, n° 3, p. 1511, qui comme exemple donne celui de «vocabulaire juridique».

81 ROBERT MÉTHODIQUE, *eo. loc.*

82 UMBERTO ECO, Dall'albero al labirinto. Studi storici sul segno e l'interpretazione, 2007, p. 13.

83 ECO, *eo. loc.*

84 ECO, *eo. loc.*

85 PAUL RICŒUR, Anthologie, textes choisis et présentés par M. Foessel et F. Lamouche, 2007, p. 39 (ci-après: Anthologie).

86 MOOR, Dynamique, p. 63.

87 MOOR, Micropolitique, p. 206.

88 CHAÏM PERELMAN, Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique, 1984, p. 98; TIMSIT, Noms, p. 137. Sur le contexte, cf. ci-dessous: III/2/C/b.

89 Cf. le titre de l'ouvrage d'ALAIN PAPAUX, *op. cit.*

90 ATF 140 III 6, *consid.* 3.2.

91 Le Tribunal fédéral s'était référé au Grand Robert de la langue française.

92 <http://www.larousse.fr> *ad* «près»/difficultés (consulté le 1^{er} juillet 2014, 18h43).

93 <http://www.cnrtl.fr> *ad* «être prêt à» (consulté le 1^{er} juillet 2014, 19h02).

94 MOOR, Micropolitique, p. 194 l'écrit bien: «la lecture commune est une anticipation de la lecture habilitée».

95 *Consid.* B de la partie factuelle, non reproduit à l'ATF 140 III 6, mais uniquement dans l'arrêt «de base» 4A_294/2013 du 11.12.2013.

pective juridico-technique – «être prêt à» a, dans le *forum*, un sens confidentiel. Ce qui, en fin de compte, correspond à ce qu'il a fait, même sans l'annoncer explicitement. Cependant, étendue à la technicité, l'expression aurait une signification différente selon le cercle des lecteurs. Ce qui justifie l'analyse déployée ci-dessous au point 3.

Quoi qu'il en soit, une fois achevée l'interprétation littérale, il devient ardu de comprendre la méthodologie du Tribunal fédéral qui semble inverser les étapes de l'interprétation prévues à l'art. 18 CO – illustrées ci-dessus –, tout en ne respectant pas, par ailleurs, les définitions données par sa jurisprudence constante des notions d'interprétation objective et subjective.

En tout état de cause, il nous semble que la Haute Cour reconnaît les limites d'une interprétation statique basée uniquement sur le texte, même si le texte à interpréter apparaît comme «clair»⁹⁶. En affirmant ces limites, le Tribunal fédéral reconnaît l'importance et la pertinence d'éléments extérieurs à la littéralité du texte, tels le rôle de l'interprète et du contexte comme éléments constitutifs de sens⁹⁷, présumés d'une herméneutique philosophique. Passons-les donc brièvement en revue.

C) *La pertinence de la culture de l'interprète et du contexte (herméneutique philosophique)*

Pour saisir l'objet de la présentation par un certain langage, il est déterminant de définir le point de vue à partir duquel l'information est amenée⁹⁸. Les connaissances, l'expertise de l'interprète ainsi que les circonstances d'utilisation constituent le cadre interprétatif pour la détermination du sens d'un texte; les mots ne livrent donc pas une signification univoque qui serait transférée du texte au lecteur. Cette transmission de sens ne peut se faire qu'au moyen d'une interprétation préalable. Cette précompréhension se construit grâce aux connaissances de l'interprète, insérées dans un certain contexte⁹⁹.

a) *L'interprète et sa conscience*

L'herméneutique philosophique, et plus spécifiquement l'herméneutique de GADAMER¹⁰⁰, relève l'insuffisance et les limites d'une vision figée du sens des mots.

Confrontée à un texte écrit, l'interprétation s'opère grâce à une précompréhension du texte de l'émetteur et du destinataire dans un certain cadre linguistique: le cercle herméneutique¹⁰¹. Dans cette figure, la compréhension d'un texte se conçoit comme la recherche de la volonté de l'auteur grâce à une «pré-qualification¹⁰²» guidée par les *pré-jugés*¹⁰³ du destinataire du texte. L'interprétation se fait donc à travers des prérequis, des pré-connaissances inhérentes à l'interprète par lesquelles il accèdera, dans une étape ultérieure, à la compréhension du texte pour en dégager un sens.

Dans ce mouvement de compréhension, l'interprétation est déjà opérante car comprendre implique accéder à une signification, d'où la construction circulaire du processus interprétatif. Ainsi, l'emploi d'un certain champ lexical, d'une langue, «*crystallisent* ces points de vue des mots»¹⁰⁴. Ce qui est donc déterminant est le point de vue de l'inter-

prète; l'observateur n'est pas neutre mais, tout au contraire, il peut modifier l'objet observé¹⁰⁵.

b) *Le contexte, quelle portée des mots?*

La portée de quelque chose renvoie à la capacité de produire un effet pratique, un impact dans une relation avec le réel, avec le cas particulier, dans un contexte défini. Le Tribunal fédéral fait expressément référence à l'existence de «la portée des mots»; si la portée des mots dépend d'un contexte particulier, le sens à attribuer à l'utilisation d'un certain vocabulaire n'est alors pas univoque. Cela signifie qu'il n'existe pas un sens naturel des mots où une correspondance directe existerait entre le signifiant et le signifié. Il en découle qu'une interprétation littérale est dépourvue de portée car celle-ci est confinée à l'étude du signe utilisé, abstraction faite de tout contexte.

Pourquoi est-il pertinent de souligner qu'en droit il y a différentes portées possibles d'un même mot? Parce que la qualification juridique dépend directement de la portée subjective donnée au mot qui désigne la situation juridique. Dans ce cas, selon la signification donnée à la missive, celle-ci peut être qualifiée de proposition transactionnelle, ce qui entraîne l'illicéité de sa production, ou elle peut être qualifiée d'une renonciation unilatérale et inconditionnelle à la prescription. C'est que nous avons pu relever auparavant¹⁰⁶.

c) *In concreto*

Selon la méthodologie présentée et utilisée par les juges fédéraux, l'interprète de la teneur du courrier litigieux a été le juge, qui s'est penché sur la volonté de l'auteur du texte, analysant les aptitudes de l'avocat qui a rédigé la lettre. En estimant que celui-ci avait des connaissances linguistiques particulières («rompu au vocabulaire juridique») et une perception consciente de l'emploi des termes («conscient de la portée des mots»), les juges ont

96 Les limites de la doctrine du texte clair ont été soulignées à différentes reprises; le principal argument, à notre sens réhivitoire, qui a été opposé à cette approche tient au fait que pour définir un texte clair, critère pour savoir si une interprétation est nécessaire, une certaine interprétation préalable du texte est déjà intervenue; notament: VAN DE KERCHOVE, cité par TIMSIT, Noms, p. 69; GUASTINI, *op. cit.*, p. 89 ss.

97 PAPAUX, *op. cit.*, p. 161 ss.

98 PIERRE-YVES RACCAH, Langue et objectivité: le biais de l'argumentation, in: Lire le droit. Langue, texte, cognition, sous la direction de D. Bourcier et P. Mackay, 1992, p. 197.

99 Pour de plus amples développements, cf. PAPAUX, *op. cit.*, p. 165 ss.

100 Cf. notamment HANS-GEORG GADAMER, Vérité et méthode, 1960.

101 VALENTIN PETEV, L'interprétation des faits et l'interprétation du droit, in Interprétation et droit, sous la dir. de P. Amselek, 1995, p. 57.

102 FRANÇOIS BLANCHARD, «Vers une théorie de la qualification juridique. Les socles épistémiques de la catégorisation», in Lire le droit. Langue, texte, cognition, sous la direction de D. Bourcier et P. Mackay, 1992, p. 223-224.

103 PAPAUX, *op. cit.*, p. 165.

104 RACCAH, *op. cit.*, p. 204.

105 NORBERT ROULAND, Anthropologie juridique, 1988, p. 163.

106 Cf. ci-dessus: III/2/B/c.

conclu que la lettre litigieuse constituait une proposition transactionnelle.

Toutefois, la présence d'un *autre* texte juridique imposait – nous semble-t-il – un *autre* critère d'interprétation. Le Tribunal fédéral, face à une lettre, aurait dû également considérer le *destinataire* du courrier et non seulement son auteur¹⁰⁷. Ceci car le lecteur – le destinataire (ou un des destinataires) – du texte «donne des significations qui viennent compléter ou modifier [...] la signification qui avait été prédéterminée par son auteur»¹⁰⁸. En d'autres mots, auteur et lecteur (destinataire) participent ensemble à la détermination du sens du texte¹⁰⁹. Il y a donc un *dia-logue* entre auteur et destinataire¹¹⁰. La présence de l'*autre* est ainsi importante et nécessaire. Ainsi, dans le cas qui nous occupe, c'est en fonction du système de perception du *destinataire* de la manifestation de la volonté qu'il faudrait, en vertu de la théorie de la confiance, imputer un certain sens à la communication entre les deux parties: la nécessité de la conscience de l'interprète prend toute sa pertinence.

L'importance de l'*autre* a été soulignée également par PAUL RICŒUR, pour lequel l'usage d'un mot – qui délimite son sens – «consiste pour l'essentiel à cribler la partie du sens du mot qui convient au reste de la phrase et concourt avec celui-ci à l'unité du sens exprimé et offert à l'échange»¹¹¹. L'usage fait référence au contexte et l'échange – relation – implique la présence de l'*autre*, du destinataire. Face à un texte – «enchaînement [...] de phrases»¹¹² – il y a donc deux personnes: auteur et destinataire, rédacteur et lecteur, à savoir ceux qui utilisent, qui s'échangent des signes. La compréhension d'un texte passe, par conséquent, par la prise en compte – en plus du contexte – du lecteur et du rédacteur¹¹³.

Si dans l'interprétation de la loi, ce dialogue se noue entre le législateur et le juge, il en va différemment dans l'exégèse d'autres textes juridiques. Notamment, dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral aurait pu présenter et analyser aussi la situation du destinataire du courrier et non pas uniquement celle de l'auteur. Ceci, car l'interprétation de tout texte se fait «dans l'esprit de son auteur comme de son destinataire»¹¹⁴. Et de plus, l'interprétation des manifestations de volonté requiert – comme nous l'avons indiqué plus haut – la présence de l'*autre*.

En bref, que l'émetteur d'une pensée soit conscient de ce qu'il affirme nécessite certes vérification, cependant ce qui est déterminant est comment le *destinataire* d'une manifestation de volonté peut et doit interpréter une telle manifestation selon ses connaissances et ses aptitudes.

Concernant le contexte, le Tribunal fédéral examine les circonstances survenues après l'échange de la lettre litigieuse, en soulignant que la demande d'obtenir une déclaration de renonciation unilatérale, subséquente à la déclaration litigieuse, montre que la première déclaration n'était qu'une proposition transactionnelle¹¹⁵. Cette analyse est doublement étonnante.

Premièrement, le Tribunal fédéral se réfère expressément à des circonstances survenues *après* l'échange du texte à interpréter, alors que, selon sa jurisprudence

constante, sont à prendre en compte les circonstances qui ont précédé ou accompagné le texte¹¹⁶, à l'exclusion des événements postérieurs¹¹⁷.

Deuxièmement, le Tribunal fédéral procède d'abord à une interprétation qu'il qualifie d'objective, et ensuite à une interprétation qu'il définit de subjective, alors qu'il a toujours affirmé que l'interprétation subjective avait la priorité sur l'interprétation objective, question d'ailleurs qui relève du droit¹¹⁸.

En résumé, à suivre le raisonnement du Tribunal fédéral, il semblerait que le contexte pris en considération lors de l'interprétation du passage litigieux se limite, d'une part, à l'analyse du courrier dans son ensemble¹¹⁹, processus que le tribunal qualifie d'interprétation objective et, d'autre part, en fonction de circonstances advenues postérieurement à l'échange du courrier¹²⁰. En ce qui concerne la prise en considération de l'interprète, la Haute Cour procède à une interprétation en fonction de la culture exclusivement de l'émetteur de la manifestation de volonté, lorsqu'il relève que l'auteur de la lettre litigieuse est «rompu au vocabulaire juridique» et «conscient de la portée des mots».

D) Conclusion

Le processus d'interprétation implique, tout d'abord, l'existence d'un locuteur, ensuite d'un auteur d'une pensée et d'un texte comme concrétisation de cette pensée, et enfin d'un destinataire du message, l'interprète¹²¹. L'apport essentiel du destinataire à la construction du sens est encadré, guidé par le contexte dans lequel l'interprète est plongé: la culture, l'ensemble des valeurs, des connaissances orientent – surdéterminent – le processus interprétatif de l'interprète¹²². Il y aurait donc une surdétermination du sens du texte par le contexte culturel, une prédétermination, définie comme «l'inscription du sujet

¹⁰⁷ MOOR, *Micropolitique*, p. 212; UMBERTO ECO, *Lector in fabula*, 11^e édition, 2010, n^{os} 3.1 ss.

¹⁰⁸ TIMSIT, *Noms*, p. 54.

¹⁰⁹ TIMSIT, *eo. loc.*

¹¹⁰ TIMSIT, *Noms*, p. 109.

¹¹¹ RICŒUR, *Anthologie*, p. 40.

¹¹² RICŒUR, *Anthologie*, p. 41: les phrases étant composées de mots et du contexte.

¹¹³ PAUL RICŒUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, 1986, p. 130, 170 s.; TIMSIT, *Noms*, p. 54, 135 s.; MOOR, *Micropolitique*, p. 212.

¹¹⁴ TIMSIT, *Noms*, p. 109.

¹¹⁵ ATF 140 III 6, consid. 3.2.

¹¹⁶ ATF 131 III 377, consid. 4.2; ATF 133 III 61, consid. 2.2.1.

¹¹⁷ ATF 112 II 337 consid. 4a.; ATF 118 II 365, consid. 1; ATF 133 III 61, consid. 2.2.1.

¹¹⁸ ATF 131 III 606, consid. 4.1.

¹¹⁹ ATF 140 III 6, consid. 3.2; il s'agirait «d'une offre insérée parmi les autres propositions transactionnelles».

¹²⁰ ATF 140 III 6, consid. 3.2. «la conclusion est identique si on se place sous l'angle de l'interprétation subjective, faisant appel aux éléments postérieurs à la déclaration».

¹²¹ PETEV, *op. cit.*, p. 57.

¹²² GÉRARD TIMSIT, *La science juridique, in Lire le droit. Langue, texte, cognition*, sous la direction de D. Bourcier et P. Mackay, 1992, p. 457 ss, 461 (ci-après: *Science*).

dans le texte»¹²³, du sens du texte par l'intention de l'auteur et une codétermination par l'interprète du texte¹²⁴.

In casu l'interprète, destinataire du texte, a été jugé coupable en fonction de la conscience de la portée des mots de l'auteur du texte. Dans le même sens, mais dans un contexte différent, le Tribunal fédéral avait indiqué que «*Von einem Anwalt kann indessen nicht verlangt werden, dass er jeden einzelnen Satz seines Plädoyers daraufhin überprüft, wie er von der Gegenpartei oder von einem ausserstehenden Dritten interpretiert werden könnte*»¹²⁵. Dans les plaidoiries, donc, l'avocat ne doit pas se soucier de peser chaque mot en fonction de l'interprétation qui pourrait être faite par la partie adverse ou un tiers. Autrement dit, est-ce qu'à l'oral l'avocat est – ou peut être – moins conscient de la portée des mots qu'à l'écrit?

Il convient donc de se demander si, à suivre cette jurisprudence, il faudrait systématiquement faire abstraction des caractéristiques particulières et des qualités personnelles du destinataire d'une communication, qu'elle soit verbale ou écrite. Ce qui mène à se demander si le sens, l'impact et la portée des mots utilisés seraient les mêmes, que l'on s'adresse à un professionnel ou à un laïc.

IV. Un pas de plus

L'analyse accomplie jusqu'à présent nous conduit à étendre les considérations du Tribunal fédéral. Quand la production en justice d'un courriel échangé entre deux parties doit-elle être considérée comme une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC? Dans quelle mesure les qualités personnelles de l'auteur et/ou du destinataire d'une lettre (confidentielle) sont-elles pertinentes pour en interpréter la portée?

Il convient de distinguer deux hypothèses: *primo*, le cas d'un échange de courrier comportant la mention du caractère confidentiel de la missive (1.); *secundo*, un échange de lettre dont la confidentialité n'est pas explicitée par des réserves d'usage ou d'autres références analogues (2.).

Pour chaque cas de figure il convient de distinguer quatre hypothèses qui peuvent se présenter si nous suivons l'état de fait de l'arrêt ici présenté. Et mieux: auteur et destinataire du texte (juridique) sont «rompu[s] au vocabulaire juridique et conscient[s] de la portée des mots» (A); seulement l'auteur du texte (juridique) l'est (B); seulement le destinataire dudit texte (juridique) l'est (C); ni l'un ni l'autre le sont (D).

1. La lettre comporte une mention expresse de confidentialité

Dans cette hypothèse, la production d'un courrier comportant la mention de confidentialité sera, dans tous les cas, considérée comme une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC, indépendamment des qualités de l'auteur et du destinataire.

En effet, dans le cas où l'auteur de l'infraction – et donc destinataire de la lettre – est un avocat, il est de toute façon soumis à l'art. 12 LLCA et à l'art. 6 CSD: la production

en justice d'un courrier sur lequel figure une mention classique de confidentialité constitue une violation de son devoir de diligence¹²⁶. La preuve sera donc illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC, indépendamment de l'identité de l'auteur de la lettre (hypothèses A et C ci-dessus).

A notre avis, la même solution doit être retenue si c'est une personne «non rompue au langage juridique» qui produit un tel courrier en justice. En effet, d'après les règles de la bonne foi (art. 2 CC) qui s'appliquent lors de l'exégèse d'une manifestation de volonté¹²⁷, toute personne qui reçoit, lors de pourparlers transactionnels, une lettre comportant une mention expresse de sa confidentialité, doit savoir, à simple lecture des réserves d'usage, que toute divulgation est interdite et que par conséquent, la production en justice sera illicite (hypothèses B et D)¹²⁸.

Ces deux solutions se justifient à nos yeux, car, comme on l'a vu, le Tribunal fédéral reconnaît le caractère confidentiel d'un échange de courrier qui comporte la mention expresse de cette nature¹²⁹: pour le Tribunal fédéral, les réserves d'usage ne constituent donc pas une simple règle issue de la collégialité, mais – bien plus – elles prennent appui sur l'intérêt public¹³⁰.

2. La lettre ne comporte aucune mention de confidentialité

Dans cette hypothèse, il convient de distinguer soigneusement les quatre cas de figure évoqués précédemment.

A) Auteur et destinataire du texte juridique sont «rompu[s] au vocabulaire juridique et conscient[s] de la portée des mots»

Le Tribunal fédéral considère que Me B., conseil de Z. SA – l'intimée – est «rompu au vocabulaire juridique et conscient de la portée des mots»¹³¹. De plus, il est un «mandataire professionnel»¹³². Cependant, dans l'arrêt en question, la recourante – X. SA – était représentée par Me L., un avocat aussi. Des qualités linguistiques et professionnelles duquel le Tribunal fédéral ne nous dit rien.

Par l'analyse entreprise jusqu'à présent, nous pouvons inférer – par effet réflexe – que Me L. est aussi un mandataire professionnel, lui-même devant par conséquent être «rompu au vocabulaire juridique et conscient de la portée des mots». En effet, auteur et lecteur doivent – ou mieux, devraient – pouvoir utiliser le même code de lecture,

¹²³ D'après l'expression de W. ISER, *in* TIMSIT, Noms, p. 73.

¹²⁴ TIMSIT associe la prédétermination à la parole, la codétermination à l'écriture et la surdétermination au silence de la loi, autant d'aspects qui définissent la juridicité d'une loi, qualité qui peut présenter différents degrés d'intensité: Science, p. 457 ss.

¹²⁵ ATF 131 IV 154, consid. 1.4.2.

¹²⁶ BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, p. 512.

¹²⁷ Cf. ci-dessus III/2/A/a.

¹²⁸ Cf. la phrase de MOOR, *Micropolitique*, p. 194, citée ci-dessus à la note 94.

¹²⁹ BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, p. 511.

¹³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.658/2004, du 3.5.2005.

¹³¹ ATF 140 III 6, consid. 3.2.

¹³² ATF 140 III 6, consid. 3.2.

chaque texte écrit présentant la relation rédacteur-lecteur¹³³.

Me B. et Me L., avocats brevetés, sont soumis à la LLCA et au CSD. Telle est la véritable situation de l'arrêt, que le Tribunal fédéral a quelque peu passée sous silence. Et telle est la seule hypothèse qui permet de corroborer l'argumentation des juges de Mon Repos. La structure de l'arrêt paraît ainsi sibylline.

Peut-on dès lors inférer que tout avocat, inscrit, est – ou doit être – «rompu au vocabulaire juridique et conscient de la portée des mots»? Il serait certes judicieux que tout avocat connaisse les rudiments de «son» langage professionnel ainsi que la nomenclature officielle des textes et actes avec lesquels il travaille. Cependant, il ne faut pas oublier que l'avocat est l'auxiliaire de la justice et qu'il doit rendre compte à son client¹³⁴, qui – souvent – n'est ni «rompu au vocabulaire juridique» ni «conscient de la portée des mots». Par conséquent, il faudrait également que l'avocat connaisse la langue courante – vulgaire, diraient d'aucuns – et qu'il prenne en compte le contexte et, surtout, le destinataire de ses écrits.

La solution retenue dans l'arrêt commenté corrobore l'exception faite par le Tribunal fédéral en matière d'interprétation objective. Lorsque les parties se partagent la compréhension et l'utilisation de termes techniques – bien qu'*in concreto*, ce n'était pas le cas¹³⁵ –, il se justifie de s'arrêter à la lettre du document à interpréter.

Par conséquent, dans cette hypothèse, la production du courrier sera considérée comme illicite, son contenu étant confidentiel, sans besoin que la confidentialité soit consacrée par le biais de clauses d'usage¹³⁶.

B) L'auteur du texte (juridique) est «rompu au vocabulaire juridique» et «conscient de la portée des mots», pas le destinataire

Il convient de se demander dans quelle mesure les connaissances de l'auteur d'une manifestation de volonté sont déterminantes pour imputer un sens «objectif» au texte, tout en sachant que la personne appelée à l'interpréter ne dispose pas des mêmes connaissances. En d'autres termes, dans le cas d'une lettre rédigée par un avocat, mais produite en justice par un laïc (ne disposant pas de connaissance technique), quelle aurait été l'interprétation du contenu non caviardé?

A suivre le raisonnement du Tribunal fédéral, peu importent les connaissances et capacités du destinataire: ce qui semble être déterminant, c'est l'ensemble des qualités de l'auteur de la lettre.

D'après la jurisprudence, une personne ayant une formation en droit (suisse) doit se laisser opposer le sens objectif des termes juridiques qu'elle utilise¹³⁷. Cependant, dans *notre* cas, cette jurisprudence ne peut pas s'appliquer, le destinataire n'étant pas, par hypothèse, rompu au langage juridique. L'intéressé ne connaît donc pas la portée «technique» des mots employés, et il ne peut pas en apprécier l'impact concret.

Selon une appréciation «courante» de la langue, il nous paraît vraisemblable que toute personne n'ayant pas

de connaissances juridiques puisse, de bonne foi, être amenée à croire que, si le partenaire est prêt à faire quelque chose, il a déjà pris la décision d'exécuter ce dont il parle. En effet, comme nous l'avons souligné auparavant, l'expression «être prêt à», dans la langue courante, est assimilé à «être décidé à», d'autant plus qu'aucune allusion n'est faite, par hypothèse, à un éventuel caractère confidentiel par l'avocat de la partie adverse.

L'interprétation devrait donc se faire en application du principe de la confiance, en fonction du contexte, c'est-à-dire en fonction de l'absence de connaissances particulières du destinataire, tout en faisant abstraction des qualités de l'auteur.

Une telle preuve, contrairement au raisonnement suivi par le Tribunal fédéral, ne devrait donc pas être qualifiée d'illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC. L'auteur de l'infraction ne viole aucun devoir de diligence, n'étant pas soumis à la LLCA, et il ne dispose pas des connaissances juridiques nécessaires pour être conscient du caractère confidentiel de la lettre. Dans cette hypothèse, la pièce ne devrait donc pas être écartée du dossier.

C) L'auteur du texte (juridique) n'est ni «rompu au vocabulaire juridique» ni «conscient de la portée des mots», mais le destinataire l'est

Dans cette hypothèse, par l'argumentation déployée par le Tribunal fédéral, l'auteur, n'étant pas un mandataire professionnel, ne serait par conséquent «ni rompu au vocabulaire juridique» ni «conscient de la portée des mots». Par contre, le destinataire du courrier – et auteur de l'infraction constatée par le Tribunal fédéral – serait, dans notre hypothèse, un avocat, mandataire professionnel et donc «rompu au vocabulaire juridique et conscient de la portée des mots». On lui appliquerait la LLCA et le CSD. Dès lors, est-ce que l'issue de l'analyse du Tribunal fédéral – nature confidentielle du courrier – serait, dans cette situation, la même que celle de l'arrêt ici commenté? Si, comme le Tribunal fédéral, on se place du point de vue de l'auteur du texte, l'art. 152 al. 2 CPC pourrait encore s'appliquer?¹³⁸

Le Tribunal fédéral n'aurait pas pu utiliser l'exception à l'interprétation objective rappelée plus haut, n'étant pas en présence d'un langage technique commun entre les parties. Il aurait par conséquent dû procéder selon les étapes esquissées lors de la présentation de l'art. 18 al. 1 CO, avec les difficultés évoquées dans l'analyse de cet article.

Pour répondre à la question, il faut – au préalable – s'en poser une autre: est-ce qu'un avocat, à qui la LLCA s'applique¹³⁹, pourrait utiliser ce type de courrier, si la par-

¹³³ TIMSIT, Noms, p. 135 ss.

¹³⁴ Art. 400 al. 1 CO.

¹³⁵ Cf. ci-dessus III/2/B/c.

¹³⁶ Dans le même sens, l'art. 6 CSD précise que la confidentialité d'un courrier dépend de son contenu.

¹³⁷ ATF 129 III 702, consid. 2.4.2 et les références citées.

¹³⁸ La LLCA n'est pas applicable à l'auteur du texte: art. 2 LLCA.

¹³⁹ Art. 2 LLCA.

tie adverse – rédactrice – n'est pas représentée par un collègue?

La confidentialité (d'un courrier) – nous l'avons dit – a été retenue pour des questions d'intérêt public¹⁴⁰, car «*[l]a sua assenza condizionerebbe in effetti la facoltà delle parti di esprimersi liberamente e di confrontarsi senza remore sulla ricerca di una soluzione extragiudiziale, che risulterebbe perciò inevitabilmente di più difficile attuazione*»¹⁴¹. Ce precept est dès lors un «*corollario indispensabile*»¹⁴² de l'obligation faite à l'avocat de trouver des arrangements transactionnels¹⁴³. Il est intéressant de souligner que la confidentialité repose sur l'intérêt public et n'est qu'un corollaire, bien qu'indispensable, du travail de l'avocat. Ces considérations pourraient dès lors conduire à admettre que la confidentialité est une obligation «collective» – l'intérêt public – imposée à tout un chacun, de par sa nature publique.

Le courrier adressé à l'avocat ne porte, par hypothèse, aucune mention d'usage concernant la confidentialité, mais le contenu est explicite et relève la nature transactionnelle de l'envoi; dans ce cas, le cheminement argumentatif utilisé par le Tribunal fédéral n'est pas reproductible, l'auteur – par définition – n'étant ni «rompu au vocabulaire juridique» ni «conscient de la portée des mots».

Toutefois, en vertu de l'art. 6 CSD, cet avocat ne devrait pas produire le courrier, sous peine de violer l'art. 12 let. a LLCA et par conséquent l'art. 152 al. 2 CPC.

D) *Aucune des parties n'est rompue au langage juridique ni consciente de la portée des mots*

Quelle aurait été la réflexion pour l'interprétation du texte si l'auteur et le destinataire de l'échange n'étaient pas «rompu[s] au langage juridique et conscient[s] de la portée des mots»?

Dans cette hypothèse l'art. 12 LCCA n'aurait pas pu s'appliquer, car l'auteur de la production est, par hypothèse, «un simple citoyen». Il n'y aurait donc pas eu de violation d'un devoir de diligence quelconque.

Dans cette conjecture, aucune partie ne dispose de la maîtrise d'un langage juridique spécifique ni de connais-

sances techniques. Comme nous l'avons souligné dans l'hypothèse B, toute personne peut être amenée, de bonne foi, à croire que, lorsque le partenaire affirme «être prêt à», il exprime une «intention de». La production en justice d'une telle lettre ne devrait donc pas être considérée comme une preuve illicite, d'autant plus qu'aucune allusion n'est faite, par hypothèse, à un éventuel caractère confidentiel.

En conclusion, si aucune des deux parties n'était «rompu[e] au vocabulaire juridique et conscient[e] de la portée des mots», la lettre en question ne devrait pas être qualifiée de preuve illicite.

V. Conclusion

L'ATF 140 III 6 est très intéressant, car il soulève un certain nombre d'interrogations. Malheureusement, la méthodologie utilisée par le Tribunal fédéral ne convainc pas complètement, ne pouvant pas être reproductible dans les quatre situations avec lesquelles un juge pourrait être confronté en cas de production d'un prétendu courrier confidentiel.

Le Tribunal fédéral a mis l'accent, lors de son raisonnement, sur les qualités et connaissances du rédacteur du courrier, en passant sous silence celles du destinataire, qui par ailleurs est l'auteur de l'infraction qui a donné lieu à l'arrêt.

Nous avons montré – ou du moins tel était le but – que le processus interprétatif d'une manifestation de volonté ne peut préjuger ni du contexte, ni du destinataire de ladite manifestation, ce dernier étant un acteur important et nécessaire, voire indispensable pour la qualification de «preuve illicite» d'une production documentaire.

¹⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.658/2004 du 3.5.2005, consid. 3.3.

¹⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.658/2004 du 3.5.2005, consid. 3.3.

¹⁴² Arrêt du Tribunal fédéral 2A.658/2004 du 3.5.2005, consid. 3.3.

¹⁴³ Art. 9 CSD.

Qui œuvre dans les coulisses?

www.staempflieditions.com

101/174