

DROIT DE LA PROFESSION D'AVOCAT

Michel VALTICOS

Photo

LE SECRET ET SON MAÎTRE

Qui de l'avocat, du client, de l'autorité de surveillance, voire des tiers a-t-il qualité pour solliciter la levée du secret professionnel, respectivement intervenir dans la procédure y relative ?

Aux termes d'une procédure «serpent de mer», le Tribunal fédéral a utilement clarifié la situation dans un arrêt du 24 octobre 2012¹.

A. LES FAITS ET LA PROCÉDURE

Un avocat requiert d'être délié de son secret professionnel pour être entendu comme témoin dans le cadre d'une procédure civile à laquelle trois de ses anciens clients sont parties.

Par arrêt du 11 novembre 2011², la chambre administrative de la Cour de justice de Genève annula la décision de la Commission du Barreau ayant refusé de libérer l'avocat de son secret, invitant l'autorité de surveillance

¹ Arrêt du TF, 24 octobre 2012, 2C_587/2012.

² CJ GE, ATA/638/2010.

à instruire sur la nature du mandat liant l'avocat à ses clients afin de déterminer vis-à-vis de qui et dans quelle mesure l'avocat était lié par un secret professionnel.

Dans le cadre de cette instruction complémentaire, deux des trois anciens clients ont demandé à être appelés en cause dans la procédure.

Le 20 février 2012, la Commission du Barreau rejeta cette requête, considérant que dans une procédure de levée de secret professionnel, seul le dépositaire du secret, soit l'avocat, pouvait saisir l'autorité, à l'exclusion de tout tiers, qu'il s'agisse du client, d'une autorité judiciaire ou d'un autre avocat.

À nouveau saisie par ces deux clients, la chambre administrative de la Cour de justice confirma ce point de vue dans un arrêt du 8 mai 2012³, au motif qu'à teneur de l'art. 13 LLCA, seul l'avocat titulaire du secret a qualité pour requérir sa levée, à l'exclusion de son ou ses mandants.

Cet arrêt fit l'objet d'un recours de droit public des deux anciens clients de l'avocat et par arrêt du 24 octobre 2012, le TF annula cette décision, reconnaissant aux clients la qualité de partie pour se déterminer dans la procédure de levée du secret de leur ancien avocat.

B. L'ARRÊT DU 24 OCTOBRE 2012

- a. Le TF rappelle d'emblée que selon l'art. 13 LLCA, l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession, sans limitation dans le temps. Le fait d'être délié du secret n'oblige cependant pas l'avocat à divulguer les faits qui lui ont été confiés.

La position des tiers en relation avec une procédure menée contre un avocat varie selon la nature de celle-ci.

La procédure de surveillance disciplinaire des avocats a pour but d'assurer leur exercice correct de la profession et de préserver la confiance du public à leur égard et non de défendre les intérêts privés

³ CJ GE, ATA/280/2012.

des particuliers⁴. La seule qualité de plaignant ou dénonciateur ne donne ainsi pas le droit de recourir contre la décision prise⁵.

En revanche, le client qui voit son avocat privé de la possibilité de poursuivre la défense de ses intérêts ou voit son ancien mandataire défendre les intérêts d'une partie adverse est touché de manière directe et dispose d'un intérêt digne de protection au sens de l'art. 89 al. 1 let. c LTF lui conférant le droit de participer à la procédure⁶ (consid. 2.3).

- b. Appliquant ces principes au cas du client bénéficiaire du secret, le TF rappelle que l'avocat est le titulaire du secret et en reste maître en toutes circonstances, ni le client, ni l'autorité de surveillance ne pouvant le contraindre à témoigner⁷.

La saisine de l'autorité de surveillance est ainsi réservée au cas où le client s'oppose à la levée du secret ou n'est plus en mesure de donner son consentement, mais seul l'avocat peut saisir cette autorité pour en être délié, à l'exclusion de tout tiers (consid. 2.4 et réf. cit.).

- c. Le secret professionnel assure l'indépendance de l'avocat face aux tiers et protège l'exercice de la profession, ce qui est dans l'intérêt de l'administration de la justice, mais préserve également les droits du justiciable qui doit pouvoir compter sur la discrétion de son mandataire.

Sur le plan du droit privé, la levée du secret concerne la sphère privée du mandant et touche ses droits strictement personnels, de sorte que le client de l'avocat a un intérêt digne de protection à se prémunir contre toute levée du secret de son mandataire et est directement affecté dans les intérêts que l'art. 13 LLCA a pour but de protéger.

Dans la procédure en levée du secret, le client remplit par conséquent les conditions de l'art. 89 al. 1 LTF pour former recours et la qualité

⁴ ATF 133 II 468, c. 2 p. 471.

⁵ ATF 135 II 145, c. 6 p. 150 ss; FRANÇOIS BOHNET, La page de l'avocat/Anwaltsrubrik, in RSJ 110/2014 p. 234 ss.

⁶ ATF 138 II 162, c. 2.5 p. 166 ss; BOHNET, *ibidem*.

⁷ ATF 136 II 296, c. 3.3 p. 303 ss.

de partie à tous les stades de la procédure cantonale ne saurait lui être déniée sans violer l'art. 111 al. 1 LTF.

Le Tribunal fédéral était déjà parvenu à la même conclusion dans un arrêt de 1994 rendu en relation avec le secret du médecin⁸ (consid. 2.5).

- d. Après avoir ainsi confirmé que les anciens clients de l'avocat auraient dû être autorisés à faire valoir leur point de vue dans la procédure de levée de secret, le TF revient sur l'argumentation de l'instance cantonale.

La procédure de levée du secret a pour objet d'effectuer une pesée des intérêts entre celui de l'avocat à en être délié et celui du client qui entend continuer à en bénéficier, de sorte que le point de vue du client ne saurait être ignoré, à plus forte raison qu'en sollicitant la levée de son secret, l'avocat a implicitement exprimé le souhait d'en être libéré.

Enfin, la consultation du dossier qui résulte de la qualité de partie ne saurait donner aux clients l'accès à des informations confidentielles, étant relevé que ces informations leur sont en principe connues et appartiennent au secret dont ils bénéficient (consid. 3).

C. LES MAÎTRES DU SECRET

I. L'AVOCAT

Quitte à paraître comme une évidence, l'avocat, de même que ses auxiliaires, demeurent seuls maîtres de leur secret, quand bien même en seraient-ils valablement déliés⁹.

Par avocat, l'art. 13 LLCA vise le titulaire du brevet d'avocat qui pratique dans le cadre d'un monopole la représentation en justice en Suisse et est à ce titre inscrit dans un registre cantonal¹⁰.

⁸ Arrêt du TF, 23 décembre 1994, 2P.77/1994, c. 2b.

⁹ FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Stämpfli, Berne 2009, p. 761 ss.

¹⁰ Art. 2 al. 1 et 4 LLCA.

La loi s'applique ainsi non seulement aux avocats titulaires d'un brevet suisse, mais également aux avocats étrangers inscrits au tableau des avocats membres de l'UE ou de l'AELE¹¹.

Cette vision apparaît cependant restrictive et le secret devrait s'imposer à tout avocat exerçant la représentation en justice en Suisse, indépendamment d'un exercice permanent ou non de la profession ou de l'origine géographique de son barreau¹².

En revanche, seuls les faits liés à une activité traditionnelle d'avocat sont couverts par le secret, à l'exclusion de l'activité dite atypique, tels les mandats d'administrateur, d'intermédiaire financier ou, plus généralement, revêtant un caractère commercial exclusif ou prépondérant¹³.

C'est précisément pour cette raison que la Cour de justice avait initialement renvoyé la procédure à la Commission du barreau afin de déterminer la nature du mandat de l'avocat, dès lors que le litige visait la production de pièces comptables et informations sur la marche des affaires d'une société anonyme de droit suisse dans le cadre de laquelle l'avocat avait notamment agi en qualité de tiers séquestre des actions.

Un récent projet de modification du Code civil relatif à la protection de l'enfant vise toutefois à modifier la précision formulée à l'art. 13 al. 1, 2^e phrase LLCA selon laquelle le fait d'être délié du secret n'oblige pas l'avocat à divulguer les faits qui lui ont été confiés¹⁴.

Aussi louable soit le but concerné, l'obligation faite à l'avocat de collaborer à une enquête est de nature à créer un dangereux précédent et instaurer un secret à géométrie variable en fonction des intérêts concernés.

¹¹ Art. 27 LLCA.

¹² CR LLCA PASCAL MAURER/JEAN-PIERRE GROSS art. 13 N 82 ss.

¹³ ATF 112 I b 606; Maurer/Gross, *op. cit.* N 140 ss; BOHNET/MARTENET *op. cit.* p. 750 ss.

¹⁴ Mess. CF concernant la modification du Code civil (protection de l'enfant) du 15 avril 2015, FF 2015, 3111 ss, 3142.

II. LE CLIENT

Le client est le détenteur originel du secret¹⁵.

C'est au client et à lui seul qu'est due la confidentialité, l'art. 13 LLCA ayant en particulier pour but de préserver ses intérêts.

Même s'il bénéficie du secret, le client ne dispose toutefois pas de la faculté d'en user à sa guise, au gré de ses intérêts ou des aléas procéduraux, car s'il est en droit de s'opposer à ce que son avocat révèle les faits couverts par le secret, il ne saurait cependant l'y contraindre et moins encore saisir l'autorité compétente d'une demande de levée de secret si son avocat n'entend pas solliciter sa libération.

L'accord du client demeure néanmoins la condition préalable à laquelle l'avocat pourra, s'il le souhaite, décider de le lever.

III. LES TIERS

Faute de lien de confiance inhérent à la qualité de client, les tiers n'ont, en principe, aucun intérêt digne de protection à intervenir dans une procédure de levée du secret dont ils ne sont pas les bénéficiaires¹⁶.

Assistance judiciaire, compagnie de protection juridique ou de financement de procès, représentant légal d'un enfant mineur ou curateur d'un pupille, organes d'une personne morale, autorités judiciaires et administratives, avocats adverses, autant de tierces parties avec lesquelles l'avocat peut se trouver en contact dans le cadre de la conduite d'un mandat qui seraient susceptibles de solliciter la révélation d'informations couvertes par le secret dû au client avec lequel elles se trouvent dans un rapport légal ou contractuel particulier.

Au vu de l'arrêt discuté, la qualité pour agir dans la procédure de levée du secret doit assurément leur être déniée.

¹⁵ MAURER/GROSS *op. cit.* N 115.

¹⁶ BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome 1, *Quid iuris?*, Schultess 2013, p. 127 ss.

Un tempérament devrait le cas échéant être apporté au cas de la partie adverse ou de son avocat pour les faits qu'ils auraient révélés à l'avocat sous le sceau de la confidentialité, notamment couverts par les réserves d'usage visées par l'art. 6 CSD, et si l'avocat sollicitait la levée de son secret, la partie adverse devrait pouvoir se prévaloir d'un intérêt digne de protection à s'opposer à son octroi, sauf à se trouver particulièrement atteinte par révélation de faits confidentiels¹⁷.

D. LE RÔLE DE L'AUTORITÉ DE SURVEILLANCE

La LLCA ne définit pas l'autorité appelée à délier l'avocat du secret, l'art. 321 al. 2 CP évoquant de façon générale l'autorité de surveillance qui, s'agissant des avocats, est généralement celle visée par l'art. 14 LLCA¹⁸.

Il appartient à l'autorité d'effectuer une pesée entre l'intérêt public au maintien du secret et celui de l'avocat, respectivement de son client à procéder à des révélations¹⁹.

À cet égard, l'autorité doit examiner la situation de façon restrictive et limiter les autorisations aux cas nécessaires à la protection d'intérêts publics ou privés supérieurs ou à la défense de l'avocat lui-même, en raison d'accusations portées à son encontre ou de la mise en cause de l'exécution de son mandat²⁰.

Hormis ces circonstances, le silence devrait s'imposer à l'avocat et à Genève la règle d'or et que l'avocat ni ne parle, ni ne témoigne. L'avocat n'est jamais le témoin des procédures qu'il a diligentées et son client, comme sa partie adverse doivent en être convaincus lorsqu'il s'agit, notamment de transiger²¹.

À Genève également, l'avocat, sans égard à sa qualité de membre de l'Ordre, doit assortir sa demande de levée du secret du préavis du bâtonnier. Si cette exigence a pu faire l'objet de critiques, car fondée non sur

¹⁷ ATF 140 III 6.

¹⁸ MAURER/GROSS *op. cit.* N 392; CHAPPUIS, *op. cit.* p. 176.

¹⁹ BOHNET/MARTENET *op. cit.* p. 779 ss.

²⁰ Art. 12 al. 4 LPAV/Ge; MAURER/GROSS *op. cit.* N 405 ss.; CHAPPUIS *op. cit.* p. 180.

²¹ SJ 1997 317.

une base légale mais sur un usage coutumier à connotation corporatiste, la Commission du barreau en a confirmé la nécessité, considérant qu'il importait que l'association cantonale chargée d'édicter les Us et Coutumes soit en mesure de se déterminer sur une demande de levée du secret professionnel dès lors que cet usage s'applique à tous les avocats inscrits au registre cantonal²².

En dépit de ce préavis, l'autorité de surveillance conserve le dernier mot, sa décision étant désormais sujette à recours depuis l'entrée en vigueur de la LTF.

Sous le souffle d'un courant généralisé de transparence, d'une pression médiatique omniprésente ou encore d'une complaisance excessive envers son client, l'avocat a parfois tendance à prendre certaines libertés avec son secret professionnel.

Qu'il sollicite ou non la levée de son secret, à l'heure de s'exprimer ou de témoigner, l'avocat doit conserver à l'esprit que, s'il en est seul maître, il n'en demeure pas moins redevable envers son client, et que son devoir de réserve poursuit également un but supérieur d'intérêt public au maintien de la confiance faite à l'avocat.

²² MICHEL VALTICOS/LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI, La jurisprudence de la Commission du barreau 2002-2006 in SJ 2007 p. 290 ad F.