

LES NÉGOCIATIONS SOUS LES RÉSERVES D'USAGE

par

Christian M. REISER
avocat au barreau de Genève,
ancien président de la Commission du barreau

et

Michel VALTICOS
avocat au barreau de Genève,
ancien président de la Commission du barreau

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2019 II 217 ss



LES NÉGOCIATIONS SOUS LES RÉSERVES D'USAGE

par

Christian M. REISER

avocat au barreau de Genève,
ancien président de la Commission du barreau

et

Michel VALTICOS

avocat au barreau de Genève,
ancien président de la Commission du barreau

I. INTRODUCTION

Les normes déontologiques réglementant le comportement des avocats existaient bien avant l'adoption en 2005 du Code suisse de déontologie¹. Elles résultaient des règles adoptées par les ordres cantonaux. Les règles professionnelles étaient pour leur part jusqu'en 2002 du ressort des cantons en l'absence de toute législation fédérale sur les avocats. Multiples et diverses selon les sensibilités locales, tant les règles professionnelles que déontologiques rendaient hasardeuse la pratique du barreau au-delà de son canton d'attache. La sagesse conduisait ainsi l'avocat du XX^{ème} siècle à éviter de naviguer en dehors de ses eaux territoriales, ce d'autant que chaque canton disposait de ses propres codes de procédure.

C'est sous l'égide de la Fédération suisse des avocats qu'apparaît progressivement une approche unificatrice désireuse de préserver simultanément le fédéralisme. Il en résultera dès 1958 des lignes directrices² auxquelles les ordres cantonaux étaient invités à se référer dans l'adoption de leurs propres us et coutumes. L'entrée en vigueur de la législation fédérale sur les avocats le 1^{er} juin 2002 bouleversa rapidement la donne et consacra notamment les «réserves d'usage», objet de notre propos, au rang de règle professionnelle fédérale en raison de son intérêt public dès 2005.

¹ Code suisse de déontologie de la Fédération suisse des avocats du 10 juin 2005 (ci-après: CSD).

² Lignes directrices de la FSA relatives aux règles professionnelles et déontologiques.

II. LES SOURCES ACTUELLES

A. Le droit fédéral

La LLCA³ édicte des règles professionnelles uniformes et exhaustives qui s'imposent sur tout le territoire de la Confédération. Dans ce domaine, il n'y a plus de place pour des règles professionnelles de droit cantonal. La LLCA ne contient aucune référence aux négociations entre avocats couvertes par les réserves d'usage.

C'est toutefois sans tarder, après l'entrée en vigueur de la LLCA le 1^{er} juin 2002, que le Tribunal fédéral retiendra que la confidentialité des échanges entre avocats ne constitue pas une simple règle de collégialité, mais qu'elle repose sur des motifs d'intérêt public et qu'en conséquence, la transgression de cette confidentialité peut constituer une violation du droit fédéral, soit de l'art. 12 let. a LLCA, et conduire au prononcé de l'une des mesures disciplinaires prévues à l'art. 17 LLCA⁴.

B. Les législations cantonales

Un tour d'horizon de quelques réglementations cantonales frappe par la diversité de prise en compte des réserves d'usage.

I. A Genève, la loi cantonale consacre explicitement depuis 2002 le principe de la confidentialité des échanges transactionnels entre avocats en son art. 13 LPAv/GE⁵. La norme cantonale a cette particularité qu'elle a été adoptée en s'appuyant explicitement sur les us et coutumes de la profession d'avocat, ce par quoi il faut comprendre ceux de l'Ordre cantonal⁶. Le droit cantonal fixe ainsi la règle suivante:

«Art. 13 *Confidentialité des échanges transactionnels entre avocats*

Conformément aux us et coutumes de la profession d'avocat:

- a) nul ne peut se prévaloir d'échanges confidentiels;
- b) sont confidentiels les échanges désignés comme tels par la mention "sous les réserves d'usage" ou ceux qui se rapportent à des propositions transactionnelles;

³ Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, du 23 juin 2000 (Loi sur les avocats, LLCA – RS 935.61) (ci-après: LLCA).

⁴ TF, 2A.658/2004 du 3 mai 2005, consid. 3.3 et 3.4 (arrêt en italien dont les extraits essentiels sont traduits *in*: BOHNET, p. 159 ss).

⁵ Loi genevoise sur la profession d'avocat, du 26 avril 2002 (LPAv – RS/GE E 6 10).

⁶ Rapport de la Commission judiciaire, Mémorial des séances du Grand Conseil du 26 avril 2002 (annexes), p. 2723.

- c) la confidentialité est levée soit d'entente entre les parties, soit lorsqu'un accord complet a été trouvé entre elles».

Le caractère exhaustif des règles professionnelles édictées par la LLCA conduit à s'interroger quant à la légitimité de cette disposition de droit cantonal. A défaut de pouvoir instaurer une règle professionnelle de droit cantonal, elle peut tout au plus tenter de formaliser les règles déontologiques de l'Ordre cantonal pour permettre l'interprétation du principe des réserves d'usage.

L'art. 21 des us et coutumes de l'Ordre des avocats de Genève apporte d'ailleurs plusieurs compléments pouvant permettre utilement d'interpréter la loi cantonale, ceci en illustrant la sensibilité genevoise du principe de confidentialité. Il y sera revenu ci-dessous.

2. Les lois sur la profession d'avocat des cantons de Vaud⁷, Fribourg⁸, Neuchâtel⁹, Jura¹⁰ et Valais¹¹ ne contiennent pas de règles spécifiques relatives aux réserves d'usage et aux négociations entre avocats. En Suisse-romande, seules les législations neuchâteloises et jurassiennes imposent d'une manière générale à l'avocat le respect des règles professionnelles¹², ce par quoi il faut bien sûr entendre celles imposées par la LLCA. A Berne¹³, Bâle-Ville¹⁴, Zurich¹⁵ et Lucerne¹⁶ les législations cantonales ne contiennent aucune référence aux réserves d'usage ou aux «*vertraulichen Kommunikationen unter Kollegen*».

C. Le Code suisse de déontologie (CSD)

La mise en œuvre de la LLCA allait conduire le Tribunal fédéral à considérer que les normes déontologiques associatives ne pouvaient entrer en considération dans l'interprétation des nouvelles dispositions

⁷ Loi sur la profession d'avocat, du 9 juin 2015 (LPAv – RS/VD 177.11).
⁸ Loi sur la profession d'avocat, du 12 décembre 2002 (LAv – RS/FR 137.1).
⁹ Loi sur la profession d'avocat ou d'avocate, du 19 juin 2002 (LAv – RS/NE 165.10).
¹⁰ Loi concernant la profession d'avocat, du 3 septembre 2003 (LAv – RS/JU 188.11).
¹¹ Loi sur la profession d'avocat pratiquant la représentation en justice, du 6 février 2001 (Loi sur la profession d'avocat, LPAv – RS/VS 177.1).
¹² Art. 11 LAv/NE et 5 LAv/JU.
¹³ Art. 11 LAv/NE et 5 LAv/JU.
¹⁴ Advokaturgesetz, du 15.5.2002 (GSBS 291.100).
¹⁵ Anwaltsgesetz, du 17.11.2003 (Loseblattsammlung 215.1).
¹⁶ Gesetz über das Anwaltspatent und die Parteivertretung (Anwaltsgesetz, AnwG), du 4.3.2002 (SRL 280).

légal qu'à la double condition qu'elles expriment une conception largement partagée au plan national et qu'elles poursuivent un intérêt public¹⁷.

Au titre du comportement général des avocats, le Code suisse de déontologie veut que:

«Art. 6 *Comportement en procédure*

Sauf accord exprès de la partie adverse, l'avocat ne porte pas à la connaissance du Tribunal des propositions transactionnelles».

La Fédération suisse des avocats tient l'art. 6 CSD comme *lex specialis* de l'art. 26 CSD, intitulé «Communication entre confrères», lequel fixe les règles suivantes:

«Le caractère confidentiel d'une communication adressée à un confrère doit être clairement exprimée dans cette dernière.

Il ne peut être fait état, en procédure, de documents ou du contenu de propositions transactionnelles ou de discussions confidentielles».

D. Les us et coutumes des Ordres cantonaux

I. Les us et coutumes de l'Ordre des avocats de Genève, dans leur dernière version (2018), précisent le comportement que l'avocat doit adopter lors de discussions confidentielles:

«Art. 20 *Réserves d'usage*

1. Toutes correspondances ou discussions se référant à des propositions transactionnelles sont confidentielles, sauf si elles ont abouti à un accord complet ou que l'auteur de l'offre s'est expressément réservé de s'en prévaloir; cette confidentialité s'impose tant à l'expéditeur qu'au destinataire.
2. L'avocat n'a pas le droit, sans le consentement préalable écrit de son confrère, de produire en justice ou d'évoquer avec des tiers tout ou partie d'échanges confidentiels sauf si ces derniers ont abouti à un accord complet.
3. Il est admissible, en revanche, de produire toute autre correspondance entre avocats, sauf si elle contient la mention «sous les réserves d'usage» ou toute autre formule analogue.
4. La réponse à une correspondance écrite sous les réserves d'usage est considérée comme rédigée sous les mêmes

¹⁷ ATF 130 II 270 consid. 3.1, RDAF 2005 I 526 (partiellement traduit et résumé).

réerves, alors même que cette mention ferait défaut, sauf s'il s'agit d'une réponse approuvant complètement une offre transactionnelle; dans ce dernier cas, les dispositions de l'alinéa 2 *in fine* sont applicables.

5. L'avocat a le devoir d'attirer l'attention de son client sur le fait que ce dernier est lié par la confidentialité à laquelle l'avocat s'engage en articulant des propositions transactionnelles ou en correspondant sous les réserves d'usage».

Ces précisions contribuent à l'interprétation des art. 6 et 26 CSD.

2. A Neuchâtel, l'Ordre des avocats a abandonné son propre Code de déontologie en 2005 et renvoie au CSD tout en ayant adopté plusieurs directives (sur les stagiaires, les fonds de tiers, les honoraires, la confidentialité et la publicité) ainsi qu'une recommandation relative au papier à lettres¹⁸. La Directive relative à la confidentialité, dont la dernière version date du 19 mai 2016, traite dans le détail de l'interprétation à donner aux art. 6 et 26 CSD. On y retrouve pour l'essentiel les points également traités par les us et coutumes genevois, avec quelques particularités. Tout d'abord, l'usage neuchâtelois veut que les courriers confidentiels entre avocats soient frappés de la mention «confidentiel» plutôt que «sous les réserves d'usage». Mais la principale particularité réside dans le fait que, tout en reconnaissant à l'avocat le droit de communiquer un pli confidentiel à son client, le conseil de l'Ordre recommande de ne pas transmettre ces correspondances confidentielles aux clients.

3. D'autres cantons romands renvoient pour l'essentiel au CSD.

L'art. 1 des Usages du barreau vaudois de 2006 veut que le CSD en fasse partie intégrante. L'ancienne version des usages vaudois de 2004 (art. 14) avait pour particularité d'affirmer que les négociations verbales ont toujours un caractère confidentiel, à moins que les parties n'en soient convenues autrement.

En terres valaisannes, l'art. 6 des us et coutumes du barreau valaisan reprend directement le titre et le texte de l'art. 6 CSD; il en est quasiment de même pour l'art. 29 des us et coutumes, reprenant la teneur de l'art. 26 CSD, toutefois avec cette précision voulant que:

«Ne peuvent être déclarés confidentiels que les documents qui contiennent une proposition transactionnelle ou se réfèrent à des discussions confidentielles».

¹⁸ Sur l'évolution des textes neuchâtelois, cf. SCHALLER, p. 35 et 36.

A Fribourg, les us et coutumes, adoptés par l'Ordre le 24 février 2011, renvoient également au CSD tout en adoptant des dispositions complémentaires qui apportent quelques précisions traduisant la sensibilité du barreau fribourgeois, en particulier lorsqu'ils autorisent l'auteur d'une offre, mais non son destinataire, à s'en prévaloir s'il s'en est expressément réservé le droit au préalable ou qu'ils fixent chez qui les pourparlers transactionnels doivent avoir lieu.

S'agissant du canton du Jura dans lequel l'Ordre des avocats est une corporation de droit public, les us et coutumes en vigueur dans leur version du 23 novembre 2012 prévoient (art. 8 Confidentialité) que «les règles sur la confidentialité des communications entre avocat sont fixées par le Code suisse de déontologie».

E. Les règles des associations internationales

La question de la confidentialité des échanges est également traitée au plan international par les organismes professionnels d'avocats. Le Code d'éthique de l'*International Bar Association* édicte ainsi le principe selon lequel:

«Except where the law or custom of the country concerned otherwise requires, any oral or written communication between lawyers shall in principle be accorded a confidential character as far as the court is concerned, unless certain promises or acknowledgements are made therein on behalf of a client¹⁹».

Le Conseil des barreaux européens a également adopté une règle²⁰ aux termes de laquelle:

«5.3.1 — L'avocat qui entend adresser à un confrère d'un autre état membre des communications dont il souhaite qu'elles aient un caractère confidentiel ou "without prejudice" doit clairement exprimer cette volonté avant l'envoi de la première de ses communications.

5.3.2 — Si le futur destinataire des communications n'est pas en mesure de leur donner un caractère confidentiel ou "without prejudice", il doit en informer l'expéditeur sans délai».

L'Union Internationale des Avocats (UIA) vient d'adopter ses «Principes essentiels de la profession d'avocat»²¹. Au titre de la «confraternité»,

¹⁹ Art. 5 IBA International Code of Ethics.

²⁰ Art. 5.3 Code de déontologie des avocats européens (CCBE).

²¹ Adoptés lors de l'Assemblée Générale de l'UIA à Porto le 30 octobre 2018. Voir <http://bit.ly/UIA-PRINCIPES> (pour la version en anglais: <http://bit.ly/UIA-PRINCIPLES>) et *Juriste International* 2018.4, p. 53 ss.

lesdits principes retiennent notamment les règles suivantes qui touchent essentiellement aux relations internationales:

«Selon les juridictions, la correspondance entre avocats est officielle, sauf exceptions, ou confidentielle, sauf exceptions. L'avocat respecte les règles de son barreau. Lorsqu'il correspond avec un confrère d'une autre juridiction, sa correspondance est en principe officielle. S'il veut lui assurer un caractère confidentiel, il doit au préalable s'assurer de la possibilité pour ce confrère de respecter le caractère confidentiel et de son accord exprès à ce sujet».

Dans un mémorandum explicatif annexé auxdits «Principes», l'UIA invite les avocats à être particulièrement attentifs dans leurs relations transfrontalières et retient que la règle de l'officialité de la correspondance, sauf accord éventuel sur la confidentialité, telle que prévue par l'art. 5.3 du Code de déontologie des avocats européens (cf. ci-dessus) s'applique au sein des barreaux de la CCBE, mais devrait également être appliquée avec les membres des barreaux hors CCBE.

III. DE LA RÈGLE DÉONTOLOGIQUE À LA RÈGLE PROFESSIONNELLE

A. La jurisprudence fédérale

1. La place des règles déontologiques

En adoptant la LLCA, destinée à favoriser la libre circulation des avocats en Suisse, le législateur fédéral a voulu faire une distinction claire entre les règles professionnelles étatiques qu'il unifiait et les règles déontologiques qui sont du ressort des organisations professionnelles²². Le Tribunal fédéral précisera rapidement la manière dont peuvent interagir les deux catégories de règles. Dans un arrêt rendu en 2004, à peine deux ans après l'entrée en vigueur de la LLCA, il retiendra que les règles déontologiques cantonales ne servent de référence que dans la mesure où elles expriment une opinion largement répandue au plan national²³. Le Tribunal fédéral confirmera sa jurisprudence à l'occasion d'un arrêt dans lequel il réaffirme que les règles déontologiques conservent une portée juridique dans la mesure où elles peuvent aider à interpréter et préciser les règles professionnelles²⁴.

²² Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 28 avril 1999, FF 1999, 5331 ss, p. 5355.

²³ ATF 130 II 270 (18 juin 2004), en particulier le consid. 3.1; partiellement traduit et résumé *in*: RDAF 2005 II 526. Voir aussi ATF 136 III 296 consid. 2.1.

²⁴ TF, 2P.194/2004 du 23 mars 2005, consid. 3.2; extrait *in*: SJ 2007 II 299.

Les décisions rendues par le Tribunal fédéral en la matière conduiront directement à la transformation des anciennes Lignes directrices relatives aux «us et coutumes» de la Fédération suisse des avocats en un véritable Code suisse de déontologie (CDS) adopté le 1^{er} octobre 2005.

2. *Les négociations confidentielles entre avocats*

C'est à l'occasion d'une procédure tessinoise que le Tribunal fédéral²⁵ installe la confidentialité des échanges transactionnels entre avocats au rang de règle professionnelle de droit fédéral. La confidentialité des échanges sous les réserves d'usage résultait jusqu'alors des normes déontologiques reconnues dans la plupart des ordres cantonaux. Constatant que ces normes ne constituent pas une simple règle de collégialité, mais qu'elles trouvent leur fondement dans l'intérêt public, le Tribunal fédéral retient que le respect de la confidentialité des discussions transactionnelles et l'interdiction de leur utilisation en procédure sont compris dans le devoir de diligence de l'avocat au sens de l'art. 12 let. a LLCA.

Dans un arrêt ultérieur, rendu après l'entrée en vigueur du Code suisse de déontologie, le Tribunal fédéral confirme que les règles déontologiques, dans la mesure où elles expriment une opinion largement répandue au plan national, conservent leur pertinence juridique. A l'occasion de cet arrêt, le Tribunal fédéral se réfère explicitement aux art. 6 et 26 CSD et confirme que, même caviardé, un courrier frappé des réserves d'usage ne peut pas être déposé en justice, à moins que, manifestement, seule une partie du texte n'ait un caractère confidentiel²⁶.

B. Quelques décisions cantonales

1. L'autorité de surveillance du canton de Genève publie à la fin de chaque législature des extraits de ses principales décisions²⁷. Il peut notamment en être retenu que selon la Commission du barreau:
 - les art. 13 LPAv/GE²⁸ et 12 let. a LLCA sont violés lorsqu'un avocat ne produit qu'une partie ou qu'une page — relative aux faits de la cause — d'un courrier qu'il avait reçu sous les réserves d'usage²⁹;

²⁵ TF, 2A.658/2004 du 3 mai 2005, arrêt en italien dont les extraits essentiels sont traduits *in*: BOHNET, p. 159 ss.

²⁶ ATF 140 III 6.

²⁷ La jurisprudence de la Commission du barreau, *in*: SJ 2007 II 255: VALTICOS / JACQUEMOUD-ROSSARI; SJ 2011 II 153: REISER / LOMBARD; SJ 2015 II 209: BOILLAT / DE PREUX.

²⁸ Cf. II.B.1. ci-dessus.

²⁹ Jurisprudence CDB 2002-2006, SJ 2007 II 268 ss.

- que des révélations et éléments de faits dévoilés par une partie à l’occasion d’une séance de négociation tenue sous les réserves d’usage, faits qui sont ensuite contestés par ladite partie en justice n’autorisent pas le conseil de la partie adverse à s’en prévaloir sans violation de l’art. 12 let. a LLCA³⁰;
- il ne peut y avoir d’effet rétroactif aux échanges sous les réserves d’usage³¹;
- la communication par un avocat à la presse de courriers échangés sous les réserves d’usage constitue une violation grave du devoir de soin et diligence imposé aux avocats³².

L’autorité de recours contre les décisions de la Commission du barreau a rendu quelques décisions retenant l’attention. Le Tribunal administratif a rendu un arrêt³³ confirmant une sanction prononcée à l’égard d’un avocat X qui avait produit par-devant la juridiction des Prud’hommes un courriel frappé des réserves d’usage. Celui-ci avait été adressé à un avocat constitué pour un établissement bancaire dont il était lui-même administrateur. Tout en rappelant la jurisprudence fédérale selon laquelle ce qui est confié à un avocat Z en sa qualité d’administrateur n’est pas couvert par le secret professionnel³⁴, le Tribunal administratif retient que «cette jurisprudence ne saurait s’appliquer sans autre aux réserves d’usage, le but poursuivi et les intérêts à protéger n’étant pas les mêmes dans les deux cas». Constatant que l’avocat Z avait clairement et à de réitérées reprises indiqué qu’il agissait en qualité d’avocat de la banque, le Tribunal administratif a retenu à l’encontre de X une violation des art. 12 et 13 LLCA.

Dans une décision plus récente³⁵, la Chambre administrative de la Cour de Justice, réaffirmant sans équivoque la portée des réserves d’usage selon les art. 26 al. 2 CSD et 13 let. a LPAv/GE, rappelle que:

«Cette règle constitue le corollaire indispensable au devoir imposé à l’avocat de favoriser les règlements à l’amiable des

³⁰ Jurisprudence CDB 2006-2010, SJ 2011 II 188 ss.

³¹ Jurisprudence CDB 2010-2014, SJ 2015 II 234 ss.

³² Jurisprudence CDB 2010-2014, SJ 2015 II 234 ss.

³³ ATA/500/2006 du 19 septembre 2006, consid. B.8 et 9.A.

³⁴ ATF 115 Ia 197 consid. 3d; TF, 8G.9/2004 du 22 mars 2004, consid. 9.1.

³⁵ ATA/174/2013 du 19 mars 2013.

litiges et tend dès lors à éviter les procès inutiles dans l'intérêt de ses clients et de l'administration de la justice³⁶».

L'objet du litige concernant une correspondance échangée entre deux avocats belges, sous le sceau de la confidentialité, et comportant une proposition de marche à suivre en vue d'une possible solution transactionnelle, mais également des informations confidentielles revendiquées comme telles. La Chambre administrative a retenu que la confidentialité du courrier litigieux découlait de son propre contenu, indépendamment de la question de savoir si les effets juridiques des règles professionnelles belges s'étenaient à la Suisse³⁷.

2. En terres vaudoises, il peut être retenu que la Chambre des avocats s'est déclarée compétente pour sanctionner le fait de rendre public un document transmis au conseil adverse sous le sceau de la confidentialité, en application de l'art. 12 let. a LLCA. En revanche elle ne l'est pas pour autoriser par avance la production d'un tel document³⁸.
3. A Neuchâtel, l'Autorité de surveillance des avocates et des avocats a notamment rendu une décision en la matière qui retient l'intérêt³⁹. S'adressant, dans un courrier revêtu des réserves d'usage, à un confrère agissant comme conseil légal (selon l'ancien droit de la tutelle), un avocat écrivait en substance que ses clients allaient acquiescer à la demande, non pas qu'ils manqueraient d'arguments à faire valoir pour conserver le montant litigieux, mais au motif que la procédure serait vouée à l'échec, les juges du Tribunal cantonal n'étant sans doute pas prêts à se fâcher avec le juge de première instance qui était par ailleurs président de l'autorité de surveillance. L'avocat agissant comme conseil légal transmet ledit courrier à l'autorité tutélaire qui dénonçait alors l'auteur de la lettre à l'autorité de surveillance, laquelle le sanctionnera d'un blâme. L'intérêt de cette décision réside surtout du constat fait par l'autorité de surveillance que la lettre incriminée n'avait pas pour but de rendre possible un arrangement, mais équivalait à un acquiescement, de sorte qu'elle n'avait de confidentiel que le nom; de ce fait l'autorité tutélaire était fondée à prendre connaissance

³⁶ ATA/174/2013 du 19 mars 2013, consid. 4b *in fine*, renvoyant aux arrêts du Tribunal fédéral 2C_900/2010 du 17 juin 2011, consid. 1.8 et 2A.658/2004 du 3 mai 2005 consid. 3.3.

³⁷ ATA/174/2013 du 19 mars 2013, consid. 5.

³⁸ COURBAT, CAVO du 9 mai 2016, p. 7.

³⁹ Recueil de jurisprudence neuchâteloise (RJ/NE) 2011 531, 532.

de son contenu. Cette décision pose une autre question, non traitée, qui touche aux risques pouvant résulter d'échanges confidentiels entre avocats lorsque l'un d'eux exerce une activité dite atypique, en particulier lorsqu'elle va de pair avec une obligation de faire rapport à une autorité⁴⁰.

4. La Chambre de surveillance des avocats valaisans et, sur recours, l'Autorité cantonale de surveillance des avocats, ont été amenées à se prononcer sur une demande d'un avocat sollicitant la Chambre de surveillance de l'autoriser à produire dans une procédure pénale ouverte contre son client les courriers échangés à titre confidentiel avec l'avocat de la partie adverse, ceci au motif que l'intérêt privé de son client à prouver son innocence devait l'emporter sur l'intérêt public au respect des réserves d'usage. La Chambre de surveillance s'est déclarée incompétente et l'Autorité de surveillance des avocats, dans une décision du 6 février 2014⁴¹, a confirmé cette décision soulignant qu'en application de la jurisprudence fédérale il n'existe aucune dérogation au principe de confidentialité de la correspondance échangée entre avocats, hormis dans les cas où l'avocat qui s'en prévaut le fait avec l'assentiment de son confrère ou lorsque de tels documents permettent de retracer un accord définitif. Et l'autorité de surveillance d'ajouter que, puisque seuls les avocats sont liés par les réserves d'usage, seul un avocat peut libérer son confrère de l'obligation de confidentialité. En particulier, contrairement à la levée du secret professionnel, il n'existe aucune règle dans l'ordre juridique suisse permettant à l'autorité de surveillance de lever la confidentialité.

Une autre décision valaisanne mérite l'attention, ce d'autant qu'elle ne provient pas d'une autorité de surveillance, mais d'un juge civil⁴². A l'occasion d'une action en opposition au séquestre, le juge a écarté des pièces produites par un avocat alors qu'elles étaient frappées des réserves d'usage, rappelant la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴³ voulant que dans une cause de nature patrimoniale soumise à la maxime des débats, l'intérêt à la découverte de la vérité matérielle, résultant prétendument du moyen de preuve illicite, ne saurait prévaloir face à l'intérêt public au respect strict de la règle de confidentialité.

⁴⁰ REISER / VALTICOS.

⁴¹ Revue valaisanne de jurisprudence, RVJ/ZWR 2014 293 ss.

⁴² Décision du Tribunal du district de Sion du 5 février 2015 (TDSIO-20150215-LP-14-820-20150813-842.pdf).

⁴³ ATF 140 III 6 consid. 3.1.

IV. DE L'APPROCHE DISCIPLINAIRE À LA SANCTION PROCÉDURALE

A. Les étapes de l'évolution

Avant même l'adoption de la LLCA par les Chambres fédérales en l'an 2000 et, *a fortiori*, les arrêts subséquents du Tribunal fédéral sur la confidentialité des échanges entre avocats, Alain STEULLET⁴⁴ décrivait les pratiques divergentes selon les cantons romands (présomption de confidentialité de tous les échanges ou confidentialité limitée aux échanges revendiqués comme tels) et exprimait l'opinion que, faute de disposition dans la loi de procédure jurassienne, il n'apparaissait pas possible de demander aux tribunaux d'écarter du dossier les lettres produites en violation du principe de confidentialité⁴⁵. De son côté, également antérieurement à la LLCA, Benoît CHAPPUIS⁴⁶ faisait, lui, le constat que la production en procédure de pièces frappées des réserves d'usage, outre son aspect disciplinaire, pouvait être considérée comme une violation des règles de la bonne foi et constitutive d'un abus de droit conduisant ainsi le juge à pouvoir écarter lesdites pièces de la procédure.

Toujours avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les avocats, mais aussi du Code de procédure civile fédérale (CPC), la doctrine évoquait le traitement à réserver en procédure à la production comme preuve d'un courrier frappé des réserves d'usage; c'est ainsi que Louis GAILLARD⁴⁷ tout en rattachant les réserves d'usage au secret dû à l'adversaire et en soulignant le potentiel caractère dissuasif du droit disciplinaire, fait le constat que le problème de la divulgation au juge naît essentiellement dans des cas limites où l'on peut hésiter quant à l'existence d'un accord parfait entre les parties; en pareil cas, la production des «lettres antérieures» aux fins d'interpréter la transaction intervenue pourrait être autorisée.

L'entrée en vigueur de la LLCA, en particulier la clause générale de l'art. 12 let. a LLCA mis en lien avec les art. 6 et 26 CSD, a permis le renforcement d'une base légale pour interdire la divulgation des échanges confidentiels entre avocats, en particulier l'existence et la teneur de pourparlers transactionnels⁴⁸. C'est ainsi que Kaspar SCHILLER⁴⁹ retient

44 STEULLET.

45 STEULLET, p. 314.

46 CHAPPUIS, Règles déontologiques, p. 137 ss.

47 GAILLARD, p. 668.

48 TF, 2C_280/2017 du 4 décembre 2017, consid. 4, not. 4.3.

49 SCHILLER, N 1508. Dans une récente contribution écrite de concert avec Hans NATER (SCHILLER / NATER, p. 49), ces auteurs remettent en question la légitimité du recours au droit disciplinaire mais insistent sur une approche ciblée sur la preuve illicite.

lui aussi que la pratique des discussions transactionnelles repose sur le principe de la bonne foi dont la violation est susceptible de disciplinarisation en application de l'art. 12 let. a LLCA. Selon Walter FELLMANN, l'interdiction de dévoiler le contenu de discussions transactionnelles fait partie de l'obligation de l'avocat d'exercer sa profession avec soin et diligence et ces échanges transactionnels entre les parties les protègent selon les principes procéduraux fondamentaux voulant que le juge ne prenne en considération que de manière restrictive les propos des parties lors de négociations⁵⁰. La violation de cette règle constitue assurément une violation des règles déontologiques et professionnelles⁵¹.

B. Les preuves illicites

Bien qu'obtenue de façon licite et produite conformément aux règles de procédure, la preuve résultant d'une violation des réserves d'usage n'en constitue pas moins une preuve illicite, puisqu'elle contrevient à un accord de confidentialité résultant d'une disposition de droit matériel, en l'espèce l'art. 12 a LLCA, limitant les conditions de sa production en justice⁵². Indépendamment des sanctions disciplinaires auxquelles s'expose l'avocat produisant une preuve illicite, l'art. 152 al. 2 CPC prévoit que le tribunal peut néanmoins la prendre en considération à la seule condition que l'intérêt à la manifestation de la vérité soit prépondérant. De même au pénal, les art. 139 ss CPP relatifs aux moyens de preuve réservent l'administration des seules preuves licites, considérant que les preuves illicites ne sont pas exploitables sauf à permettre d'éclaircir des infractions graves.

La jurisprudence s'est montrée très restrictive en l'espèce sur la notion de l'intérêt public supérieur à la découverte de la vérité, considérant que le caractère purement patrimonial du litige ne justifiait pas une atteinte au principe de confidentialité, qui doit être appliqué de manière stricte et absolue. La manifestation de la vérité, pas davantage que l'intérêt à une bonne administration de la justice ne revêtent par conséquent un caractère prépondérant par rapport à l'intérêt public au respect d'une des règles déduites de l'art. 12 let. a LLCA⁵³.

L'avocat ne saurait d'autre part se retrancher derrière son devoir de diligence qui lui imposerait d'entreprendre tout ce qui est en son pouvoir pour défendre les intérêts de son client, le TF ayant précisé que

⁵⁰ FELLMANN, N 237-240.

⁵¹ CHAPPUIS, Moyens de preuve, p. 131.

⁵² CHAPPUIS, Moyens de preuve, p. 131; CERUTTI / FRIGERIO, p. 389.

⁵³ TF, 2C_988/2017 du 19 septembre 2018, consid. 5.1; ATF 140 III 6, consid. 3.1; Cour de justice civile de Genève, ACJC/670/2017 du 9 juin 2017, consid. 3.2.

seuls les moyens légaux lui permettent de satisfaire à son devoir de diligence, l'avocat devant toujours adopter un comportement dans les limites de l'ordre juridique⁵⁴.

Alors que l'attitude des juridictions cantonales pouvait varier avant l'adoption de la LLCA et du CSD quant à la recevabilité éventuelle de telles preuves illicites⁵⁵, les récentes décisions du Tribunal fédéral conduisent à les écarter des débats sans leur réserver de seules conséquences d'ordre disciplinaire. Une récente jurisprudence du Tribunal fédéral⁵⁶ vient le confirmer s'agissant de preuves obtenues en violation du secret professionnel, les principes réaffirmés à cette occasion pouvant s'appliquer *mutatis mutandis* à la problématique des réserves d'usage; le Tribunal fédéral y rappelle notamment que l'art. 152 al. 2 CPC interdit au tribunal de prendre en considération des moyens de preuve obtenus de manière illicite, à moins que l'intérêt à la manifestation de la vérité soit prépondérant, ce qui n'est pas le cas dans les causes de nature patrimoniale soumises à la maxime des débats. Les mêmes principes doivent s'appliquer en cas de violation des réserves d'usage; l'intérêt patrimonial ne saurait l'emporter sur l'obligation de confidentialité résultant d'une règle d'exercice de la profession dont il est admis qu'elle est d'intérêt public.

V. QUELQUES QUESTIONS D'ACTUALITÉ

A. L'autorité de surveillance et les réserves d'usage

Si l'autorité de surveillance a compétence pour sanctionner une violation des réserves d'usage, seul l'avocat peut décider si la révélation de faits couverts par cette confidentialité peut intervenir devant une instance judiciaire, en considérant qu'il est en présence d'un accord complet ou avec l'accord de l'avocat de la partie adverse. Contrairement au secret professionnel, aucune autorité n'est expressément habilitée à lever l'obligation de confidentialité qui prime sur le devoir de collaborer des parties visé par les articles 160 ss CPC⁵⁷.

Dans certains cas très particuliers, l'on ne saurait exclure que l'autorité de surveillance se considère habilitée à lever la confidentialité d'échanges transactionnels. Deux décisions de la Commission du barreau de Genève l'illustrent. La première a conduit l'autorité de surveillance à délier un

⁵⁴ TF, 2C_988/2017 du 19 septembre 2018, consid. 5.1.

⁵⁵ GAILLARD, p. 662 ss.

⁵⁶ TF, 4A_313/2018 du 17 décembre 2018, consid. 3.6.

⁵⁷ TF, 2C_280/2017 du 4 décembre 2017, consid. 4.3.1; Revue valaisanne de jurisprudence, RVJ/ZWR 2014 293 ss, p. 298.

avocat, non seulement du secret professionnel, mais également de la confidentialité d'échanges transactionnels, afin de lui permettre de se défendre d'accusations à caractère pénal portées contre lui⁵⁸. Dans cette décision, l'autorité de surveillance avait appliqué par analogie les règles liées à la levée du secret, en limitant strictement son autorisation aux seules révélations indispensables à la défense des intérêts de l'avocat. Dans une autre décision, l'autorité de surveillance a considéré que des menaces formulées à la forme sous les réserves d'usage mais sans rapport avec le litige commercial en cours ou la négociation d'un possible accord ne pouvaient bénéficier de la confidentialité⁵⁹.

Ces décisions genevoises de première instance cantonale demeurent isolées, non pas dans les solutions retenues, mais bien au regard du silence des autres autorités de surveillance cantonales sur le sujet; elles n'ont de surcroît jamais passé le cap d'un recours cantonal ou fédéral.

Outre les rigueurs d'une procédure pénale dirigée contre l'avocat qui doivent lui reconnaître le droit de s'affranchir des règles de confidentialité, l'abus de droit d'une partie adverse refusant son accord à la levée des réserves devrait toutefois pouvoir être soumis à l'appréciation de l'autorité de surveillance eu égard aux larges compétences qu'elle détient en matière de contrôle des devoirs professionnels de l'avocat⁶⁰.

Un élargissement de son pouvoir d'examen par voie légale ou jurisprudentielle apparaît souhaitable pour une partie de la doctrine⁶¹, afin de placer le respect des échanges confidentiels sur le même plan que celui du secret professionnel, dès lors que ces règles ont toutes deux été édictées dans un but d'intérêt public. Une approche restrictive devrait toutefois accompagner une telle évolution dans les seuls cas où un véritable état de nécessité l'imposerait.

B. Activités typiques et atypiques

L'application des règles professionnelles aux diverses activités de l'avocat a déjà été passablement commentée⁶². Il en ressort que généralement toute activité professionnelle de l'avocat inscrit au barreau, quand bien même excède-t-elle le monopole de la représentation en justice ou le conseil, demeure en principe soumise à la loi sur les avocats. Tel est en particulier le cas lorsque l'avocat agit comme exécuteur

⁵⁸ SJ 2011 II 201; Jurisprudence CDB 2006-2010 (dossier 73/09).

⁵⁹ SJ 2011 II 200; Jurisprudence CDB 2006-2010 (dossier 44/09).

⁶⁰ BOHNET / MARTENET, N 1192.

⁶¹ CHAPPUIS, Le sort des réserves, p. 39 et 42.

⁶² CHAPPUIS, La profession d'avocat, p. 3 ss; BOHNET / MARTENET, N 1114 ss; REISER / VALTICOS.

testamentaire, administrateur, fiduciaire, gérant de fortune ou dans le cadre d'une autre activité qui, par sa nature, n'est pas soustraite à l'exercice de la profession d'avocat et est susceptible d'entraîner sa responsabilité disciplinaire⁶³.

Le caractère onéreux de la prestation, l'usage du titre ou de l'adresse professionnelle sont autant d'indices de la nature professionnelle des services. Seules les activités à caractère privé, politiques ou associatives ne tombent pas sous le coup de la loi, sauf à donner lieu à une condamnation pénale incompatible avec l'exercice de la profession⁶⁴.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a ainsi confirmé une sanction disciplinaire à l'égard d'un avocat reconnu coupable de violation des réserves d'usage et qui soutenait avoir agi en qualité d'administrateur d'une société, de sorte qu'il ne serait pas soumis à la LLCA. Le Tribunal fédéral relevait que l'intéressé avait fait usage de son papier en-tête professionnel et s'était expressément prévalu de son titre d'avocat, éléments qui à eux seuls suffisaient pour considérer qu'il avait agi comme avocat et pour soumettre son mandat d'administrateur à la surveillance instituée par la loi sur les avocats⁶⁵. A cela s'ajoutait que l'intéressé avait échangé avec l'avocat de la partie adverse des courriers soumis aux réserves d'usage, élément caractéristique des échanges entre avocats.

Hormis les activités privées ou se situant clairement hors du champ professionnel, toute activité en lien avec la profession d'avocat est soumise à la LLCA, la jurisprudence retenant une définition très large du concept d'exercice de la profession en matière disciplinaire afin de protéger tant le public que la réputation et la dignité de la profession d'avocat⁶⁶. Une activité atypique de l'avocat ne saurait dès lors l'exonérer du respect des règles professionnelles sur les réserves d'usage.

C. Réserves d'usage et obligation de collaborer (160 ss CPC)

L'art. 160 CPC impose aux parties et aux tiers une obligation de collaborer à l'administration des preuves. Un tempérament est toutefois prévu à l'art. 160 al. 1 let. b relatif à la production des documents requis, cette norme excluant expressément la correspondance d'avocat, dans la mesure où elle concerne la représentation à titre professionnel d'une partie ou d'un tiers.

⁶³ TF, 2C_280/2017 du 4 décembre 2017, consid. 3.1.

⁶⁴ TF, 2C_280/2017 du 4 décembre 2017, consid. 3.1 et réf. cit., ce qui peut conduire à une radiation en application de l'Art. 9 LLCA.

⁶⁵ TF, 2C_280/2017 du 4 décembre 2017, consid. 3.2.

⁶⁶ TF, 2C_280/2017 du 4 décembre 2017, consid. 3.2.

Selon le Tribunal fédéral, le caractère strict et absolu, de même que le but de l'obligation de confidentialité imposée à l'avocat ont pour corolaire qu'un tribunal ne peut exiger de l'avocat qu'il révèle l'existence de pourparlers. En d'autres termes, cette règle prime sur les art. 160 ss CPC relatifs à l'obligation de collaborer des parties, et ce même si elles sont exhortées à dire la vérité et rendues attentives aux conséquences d'une fausse déclaration conformément à l'art. 192 CPC⁶⁷.

D. Le contenu des courriers et l'abus des réserves

La confidentialité des discussions transactionnelles a pour but essentiel de favoriser le règlement amiable des litiges, afin que les parties puissent s'exprimer librement lors de la recherche d'une solution transactionnelle⁶⁸. Elle ne saurait cependant être détournée de ce but pour abriter des menaces ou autres procédés déloyaux afin de permettre à la partie qui y recourt de se retrancher derrière la confidentialité réservée aux pourparlers transactionnels⁶⁹.

Dès lors qu'un tel abus viendrait à survenir, sa révélation n'aurait pas pour effet de violer la confidentialité d'échanges entre avocats, mais bien de protéger les intérêts légitimes de la partie qui en serait victime, le devoir de diligence de l'avocat pouvant alors lui imposer de révéler le détournement de mauvaise foi de cette règle professionnelle en saisissant l'Autorité de surveillance⁷⁰.

Cette solution ne saurait en revanche se justifier si l'une des parties venait à faire état de pourparlers ou à en contester l'existence, la confidentialité y relative devant être préservée, privant l'avocat adverse de la faculté de répondre à ces allégués.

Il peut également arriver qu'au cours d'un échange confidentiel, un avocat adresse un courrier expressément non soumis aux réserves d'usage. Cette manière de procéder peut être acceptable pour autant que ce courrier ait un objet totalement distinct des pourparlers confidentiels préalables et ne s'y réfère en aucune façon.

La protection de la confidentialité n'est due que dans le cadre de négociations transactionnelles; elle ne peut, par principe, être accordée en dehors de ce cadre.

⁶⁷ TF, 2C_280/17 du 4 décembre 2017, consid. 4.3.1.

⁶⁸ ATF 140 III 6 consid. 3.1.

⁶⁹ Revue de jurisprudence neuchâteloise (RJN) 2011 531.

⁷⁰ CHAPPUIS, Le sort des réserves, p. 39; voir aussi SJ 2011 II 200 et 201, Jurisprudence de la CDB 2006-2010 (dossier 73/09); *contra*: Revue valaisanne de jurisprudence, RVJ/ZWR 2014 293 ss.

E. L'accord complet

Seul un accord complet est de nature à lever la confidentialité, les art. 6 et 26 CSD réservant celle-ci aux propositions transactionnelles, soit aux discussions antérieures à l'aboutissement de l'accord.

Par accord complet, il y a lieu d'entendre accord sur tous les éléments de la transaction, de sorte qu'un avocat ne saurait produire un extrait caviardé d'échanges confidentiels, à moins que manifestement cette seule partie du texte visible n'ait aucun caractère confidentiel, ni lien avec les propositions transactionnelles formulées par ailleurs⁷¹.

La simple révélation de l'existence de pourparlers enfreint la confidentialité qui leur est attachée et quand bien même seule une partie exempte de propositions d'une lettre confidentielle est produite, celle-ci forme un tout couvert par les réserves d'usage⁷².

Alors que les dispositions déontologiques cantonales précisaient pour la plupart les modalités et l'étendue de la levée de la confidentialité en cas d'accord, les art. 6 et 26 CSD sont très laconiques sur la question, se limitant à définir ce qui est couvert par les réserves d'usage, mais pas si, ni dans quelle mesure, il est admissible de révéler les échanges transactionnels antérieurs à l'accord intervenu entre les parties, ne serait-ce qu'aux fins de l'interpréter⁷³.

Se fondant sur une interprétation stricte des art. 6 et 26 CSD, l'Obergericht de Lucerne a rendu en 2002 la seule décision connue en la matière, considérant que l'accord intervenu entre les parties ne levait pas la confidentialité attachée aux propositions ou correspondances l'ayant précédé⁷⁴.

Considérant que les raisons qui justifiaient la confidentialité prennent fin au moment où l'accord intervient, CHAPPUIS critique à raison ce raisonnement au motif que la règle des réserves d'usage ne saurait l'emporter sur les règles générales du CO sur l'interprétation des contrats, qui doivent permettre au juge de recourir à tous les faits pertinents ayant précédé la conclusion du contrat, en particulier son historique⁷⁵.

F. La transmission au client

Sans y être contraint, l'avocat peut transmettre une communication couverte par les réserves d'usage à son client, mais il lui appartient alors

⁷¹ ATF 140 III 6 consid. 3.1; BOHNET / MARTENET, N 1191.

⁷² Décision de la Commission du Barreau de Genève du 8 septembre 2003, cause 65/02 *in*: SJ 2007 II 268 *ad* 4.6.2.

⁷³ CHAPPUIS, Le sort des réserves, p. 38.

⁷⁴ Obergericht Luzern, LGVE 2002 I Nr 46; BOHNET / MARTENET, N 1193.

⁷⁵ CHAPPUIS, Le sort des réserves, p. 40 ss.

d'attirer son attention sur son caractère confidentiel, sauf à violer son devoir de diligence⁷⁶.

La prudence s'impose toutefois car n'étant pas formellement tenu de respecter cette confidentialité en dépit des injonctions de son avocat, le client pourrait y passer outre et produire le document concerné. A Neuchâtel, une directive recommande de ne pas transmettre les courriers confidentiels aux clients⁷⁷.

Généralement, la confidentialité imposée aux avocats peut être étendue aux clients, mais cette tradition n'est pas unanimement reconnue en Suisse et n'est pas davantage prévue par la LLCA⁷⁸. Une prudence accrue devrait dès lors s'imposer à tout avocat en fonction de sa relation avec son client.

G. La négociation avec des tiers non-avocats

L'avocat peut être amené à traiter, donc potentiellement à négocier avec des tiers qui ne sont pas avocats. Il peut s'agir de la partie adverse non-représentée, de conseillers (fiduciaire, assurance, gestionnaire de fortune, etc.), de représentants conventionnels agissant à titre non professionnel au sens de l'art. 68 al. 1 CPC ou encore de représentants conventionnels agissant à titre professionnel (art. 68 al. 2 CPC), ce qui — outre les avocats — concerne les agents d'affaires, les agents juridiques brevetés, les représentants professionnels de l'art. 27 LP ainsi que les mandataires professionnellement qualifiés⁷⁹. Ces derniers, qui doivent être autorisés à agir par le droit cantonal devant ces juridictions spéciales, sont particulièrement concernés par la problématique des négociations sous les réserves d'usage. A Genève, en application de l'art. 15 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC), les mandataires professionnellement qualifiés peuvent assister ou représenter les parties en matière de baux et loyer et devant les juridictions prud'homales. Des situations délicates peuvent également se présenter lorsque l'avocat est appelé à négocier avec un médiateur ou encore un curateur d'organisation et de surveillance du droit de visite.

La confidentialité des réserves d'usage ne s'impose, comme règle professionnelle, qu'aux seuls avocats soumis à la LLCA⁸⁰. Une approche différente est soutenue par SCHILLER / NATER qui retiennent que la

⁷⁶ BOHNET / MARTENET, N 1195.

⁷⁷ Voir II.D.2 ci-dessus.

⁷⁸ SCHILLER, N 1509.

⁷⁹ Sur le sujet, voir BOHNET / ECKLIN.

⁸⁰ BOHNET / MARTENET, N 1196.

confidentialité des échanges transactionnels repose sur le principe de la bonne foi et résulte également de l'obligation contractuelle de diligence liée au contrat de mandat, le devoir de confidentialité devant ainsi s'appliquer à tous les mandataires juridiques⁸¹. Avec des tiers, et en l'état de la jurisprudence fédérale, l'ouverture de négociations confidentielles nous semble toutefois nécessiter un accord préalable écrit entre les mandataires, de nature contractuelle, à tout le moins l'engagement du tiers de respecter les règles du CSD, cas échéant du droit cantonal ainsi que les règles déontologiques de l'Ordre des avocats, si elles sont plus précises (ce qui est le cas à Genève avec les art. 13 LPAv/GE et surtout 20 us et coutumes). Une violation de l'obligation de confidentialité par l'avocat constitue une faute disciplinaire⁸²; tel ne sera pas le cas pour le tiers non-avocat qui ne peut être sanctionné en application de la LLCA, pas davantage que l'avocat qui négocie avec un tiers en l'absence d'accord de confidentialité spécifique⁸³. Au plan procédural, un courrier produit en violation d'une convention de confidentialité devrait être écarté par le juge, que la violation de la confidentialité soit le fait du tiers ou de l'avocat.

Il n'en demeure pas moins que l'accord conclu avec le tiers concerné sera renforcé s'il devait expressément prévoir que la teneur des échanges ne pourra en aucune façon être produite en justice, ni considérée comme un aveu⁸⁴.

L'échange ultérieur de correspondances «sous les réserves d'usage» entre avocats ne saurait cependant s'étendre rétroactivement à des discussions menées avec un tiers avant qu'il soit assisté⁸⁵.

A noter enfin que s'il devait agir pour son propre compte, même en sa qualité professionnelle, l'avocat devrait être considéré comme un tiers ne pouvant se prévaloir des réserves d'usage, sauf accord contractuel avec la partie adverse.

H. Discussions avec les magistrats

A priori les discussions entre avocats et magistrats sont réservées au prétoire dans le cadre d'une audience publique. Les rôles antinomiques de chacun ne les prédestinent pas à s'entretenir en aparté, sauf à créditer

⁸¹ SCHILLER / NATER, p. 49.

⁸² TF, 2C_900/2010 du 17 juin 2011, consid. 1.4; voir aussi CHAPPUIS, La profession d'avocat, p. 70.

⁸³ TF, 2C_988/2017 du 19 septembre 2018, consid. 4.6.2 et 4.6.3.

⁸⁴ Directive de l'Ordre des avocats neuchâtelois relative à la confidentialité du 19 mai 2016.

⁸⁵ SJ 2015 II 234 *ad* 51, Jurisprudence de la CDB 2010-2014 (dossier 72/11).

la thèse d'une connivence préjudiciable, soit à l'intérêt public auquel veille le magistrat, soit aux droits de la défense qu'incarne l'avocat.

Au pénal toutefois, des discussions informelles entre le Ministère public et les avocats sont usuelles, voire parfois souhaitables dans l'intérêt de l'avancement d'une procédure ou de l'apport de clarifications difficiles à fournir en audience vu la présence des parties ou du climat de confrontation qui y règne fréquemment.

Les confidences que peuvent échanger magistrats et avocats sous l'égide de la «foi du Palais» ont fait l'objet d'une tentative de codification en 2015 dans une Convention intitulée *de officiis* entre l'Ordre des avocats et le Ministère public de la Confédération, afin notamment de matérialiser les principes des contacts informels confidentiels ne devant pas laisser de traces dans la procédure.

Sans être tenus de les accepter, procureur et avocat pouvaient proposer des discussions «sous la foi du Palais», s'interdisant, sauf accord contraire, de faire état de l'existence ou du contenu de ces échanges. Ayant fait l'objet de diverses critiques, cette convention fut remplacée par une Déclaration d'intention entre la FSA et le MPC relative au comportement réciproque dans le contexte d'une procédure pénale, conclue les 24 et 26 septembre 2018⁸⁶.

Destiné avant tout à établir des directives relatives aux égards mutuels et encourager les règles de bon comportement sur l'ensemble du territoire suisse, dans un respect et devoir de bonne foi mutuel, cet accord a toutefois abandonné les principes dégagés par le *de officiis* en matière d'échanges confidentiels hors procédure.

Cela n'implique pas pour autant que de tels échanges doivent cesser, mais qu'il leur appartient d'évoluer dans le cadre informel qui a prévalu jusqu'à présent⁸⁷.

Constatant que l'existence des discussions informelles entre le Ministère public et le prévenu sont connues depuis toujours, le Tribunal fédéral a retenu que le législateur a considéré qu'il était plus honnête de créer des règles dans le CPP pour de telles discussions, plutôt que de ne pas les prévoir dans la loi mais de les tolérer dans la pratique⁸⁸.

La loi ne prévoit pas cependant tous les types d'échanges, et tant s'en faut, de sorte qu'il est souhaitable qu'elle puisse être prochainement complétée sur ce point au-delà des grands principes de bonne foi et loyauté protocolés par cette déclaration⁸⁹.

⁸⁶ Revue de l'avocat 11/12/2018, p. 476 ss.

⁸⁷ JEANNERET / BUHLER / KINZER / POGLIA, p. 472.

⁸⁸ ATF 144 IV 121, JdT 2018 IV 327.

⁸⁹ JEANNERET / BUHLER / KINZER / POGLIA, p. 472.

I. Les relations internationales

Du fait de l'internationalisation des procédures et de la mobilité croissante des avocats suisses, ceux-ci sont de plus en plus fréquemment appelés à traiter les dossiers avec des confrères extérieurs à leur barreau pour les besoins d'une procédure en Suisse ou à l'étranger. A l'image des exigences qui leur incombaient en Suisse sur le plan intercantonal avant l'entrée en vigueur de la LLCA et du CSD, il appartient aux avocats de se renseigner sur les pratiques déontologiques des barreaux avec lesquels ils sont en relation afin d'éviter toute mauvaise surprise.

Si les réserves d'usage sont applicables en Suisse aux échanges confidentiels ou comportant des propositions transactionnelles, certains pays, tels la France ou la Belgique, vont plus loin et interdisent la production de toute correspondance entre avocats, quels que soient sa nature ou son contenu⁹⁰.

Pour sa part, le Code de déontologie des avocats européens applicable aux avocats suisses lors de leurs interventions dans les pays membres de l'Union européenne, prévoit en son art. 5.3 que l'avocat qui entend correspondre avec un confrère d'un autre Etat membre de manière confidentielle doit clairement exprimer cette volonté au préalable par la mention que ses courriers lui seront adressés «sous toutes réserves» ou «sans préjudice»⁹¹. En cas de désaccord, il appartient au destinataire d'en informer l'expéditeur sans délai.

Dès lors que le contenu d'une correspondance échangée entre deux avocats étrangers apparaît clairement de nature confidentielle, il n'est pas nécessaire de procéder à son interprétation pour déterminer s'il comporte une proposition transactionnelle⁹².

Les différentes approches nationales peuvent être source de malentendus ou conflits, voire même de sanctions, de sorte que la prudence est de rigueur pour l'avocat suisse intervenant à l'étranger qui veillera à s'assurer non seulement du respect des règles professionnelles de son barreau d'origine, mais également de son barreau d'accueil, quand bien même y intervient-il de façon ponctuelle.

On relèvera encore qu'en matière d'arbitrage international, la tendance voudrait que les arbitres se limitent à examiner la recevabilité de la preuve dans la procédure arbitrale, sans se concentrer sur une éventuelle violation de ses règles professionnelles par l'avocat⁹³.

⁹⁰ Art. 3 du Règlement intérieur national et règles déontologiques connexes du Barreau de Paris; règlement de l'Ordre national belge des 6 juin 1970, 6 mars 1980 et 22 avril 1988 sur la production de la correspondance échangée entre les avocats.

⁹¹ Cf. II.E ci-dessus.

⁹² Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice de Genève; ATA/174/2013 du 19 mars 2013, SJ 2015 II 234 *ad* 51.

⁹³ GEISINGER, p. 21.

VI. CONCLUSION

L'avocat doit s'efforcer de régler à l'amiable les litiges, dans la mesure où l'intérêt du client ne s'y oppose pas (art. 9 § 1 CSD). Dans ce contexte, les normes déontologiques relatives aux réserves d'usage sont, en quelque sorte, les Conventions de Genève des négociations entre avocats.

Edictée dans un souci d'intérêt public afin de favoriser les règlements amiables des litiges, la nécessaire confidentialité des pourparlers transactionnels n'a cessé d'être strictement défendue par les autorités de surveillance et la jurisprudence tant fédérale que cantonale. Les réserves d'usage doivent ainsi conserver leur réelle vocation sans être détournées dans le but de permettre à l'avocat de s'affranchir des règles professionnelles et de la garantie de confidentialité. Les menaces pénales hors sujet et autres activités illicites doivent dès lors être fermement proscrites en limitant ces échanges à leur raison première et au demeurant unique: la recherche d'une possible transaction extrajudiciaire.

Le Tribunal fédéral a certes exprimé l'opinion selon laquelle, lorsque des discussions transactionnelles sont menées, par écrit ou oralement entre avocats, il ne serait pas nécessaire que le caractère confidentiel de celles-ci soit prévu de manière explicite. Formulée aussi abruptement, cette affirmation apparaît par trop péremptoire car l'avocat peut, dans l'intérêt de son client, vouloir formuler des propositions transactionnelles dépourvues de toute obligation de confidentialité, dans le simple respect des art. 3 ss CO⁹⁴. Afin d'éviter toute équivoque, l'expéditeur d'un courrier à vocation confidentielle ou transactionnelle exprimera clairement ses intentions par la formule «sous les réserves d'usage» ou précision analogue, afin que sa réponse et les échanges ultérieurs soient couverts par ces mêmes réserves. Le client ne saurait d'autre part détourner les réserves en produisant des échanges confidentiels intervenus entre avocats et à cet égard, la transmission de tels courriers au client doit attirer son attention sur leur caractère confidentiel, sauf pour l'avocat à violer son devoir de diligence. Une retranscription à son client de l'offre reçue de son confrère, plutôt que la transmission du courrier, peut parfois s'imposer à l'avocat.

La reconnaissance des réserves d'usage au rang des règles professionnelles et les décisions rendues au sujet des articles 6 et 26 CSD démontrent l'importance désormais réservée à la protection de la confidentialité des échanges transactionnels entre avocats. Ces derniers sont seuls habilités, dans le respect des règles précitées, à lever les réserves d'usage et les autorités de surveillance se doivent dès lors de se montrer très restrictives dans l'examen des demandes de libération de la confidentialité des négociations.

⁹⁴ TF, 2C_988/2017 du 1^{er} septembre 2018, consid. 4.6.1.

BIBLIOGRAPHIE

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur ou des auteurs.

- BOHNET FRANÇOIS, Les grands arrêts de la profession d'avocat, 3^e édition, Neuchâtel 2015
- BOHNET FRANÇOIS / ECKLIN MICHAEL, La représentation en procédure civile suisse, Revue de droit suisse 137 (2018) I 327 ss
- BOHNET FRANÇOIS / MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009
- BOILLAT EMMANUELLE / DE PREUX PIERRE, La jurisprudence de la commission du barreau 2010-2014, SJ 2015 II 209 ss
- CERUTTI DAVIDE / FRIGERIO VERONICA, Les avocats: la déontologie à l'épreuve de la plume, Revue de l'avocat 2014 p. 388 ss
- CHAPPUIS BENOIT, Signification et fonction des règles déontologiques, in: Droit suisse des avocats, 1998 p. 127 ss (cité: CHAPPUIS, Règles déontologiques)
- CHAPPUIS BENOIT, Les moyens de preuve collectés de façon illicites ou produits de façon irrégulière, in: Le procès en responsabilité civile, F. Werro / P. Pichonnaz (éditeurs) 2011 (cité: CHAPPUIS, Moyens de preuve)
- CHAPPUIS BENOIT, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e édition, collection «Quid Juris», Genève/Zurich 2016 (cité: CHAPPUIS, La profession d'avocat)
- CHAPPUIS BENOIT, Le sort des réserves d'usage après la conclusion d'un accord transactionnel, Revue de l'avocat 2018 p. 37 ss (cité: CHAPPUIS, Le sort des réserves)
- COURBAT CELINE, Profession d'avocat. Principes et jurisprudence de la Chambre des avocats du canton de Vaud, JdT 2018 III 178 ss
- FELLMANN WALTER, Anwaltsrecht, 2^e édition, Berne 2017
- GAILLARD LOUIS, Le sort des preuves illicites dans le procès civil, SJ 1998 p. 649 ss
- GEISINGER ELLIOTT, «Soft Law» and Hard Questions: ASA'S Initiative in the Debate on Counsel Ethics in International Arbitration in: ASA Special Series n° 37, 2015

- JEANNERET VINCENT / BUHLER ISABELLE / KINZER DANIEL / POGLIA CLARA, La déclaration d'intention relative au comportement réciproque dans le contexte d'une procédure pénale entre la FSA et le MPC, *Revue de l'avocat* 2018 p. 467 ss
- REISER CHRISTIAN / LOMBARD CHRISTINE, La jurisprudence de la commission du barreau 2006-2010, *SJ* 2011 II 153 ss (cité: *Jurisprudence CDB* 2006-2010)
- REISER CHRISTIAN / VALTICOS MICHEL, Les règles professionnelles et les activités atypiques de l'avocat inscrit au barreau, *SJ* 2015 II 191 à 208
- SCHALLER GEORGES, Brève histoire des avocats neuchâtelois et de leur ordre, *Recueil de jurisprudence neuchâteloise (RJN)* 2017 p. 19 ss
- SCHILLER KASPAR, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Zurich 2009
- SCHILLER KASPAR / NATER HANS, Die berufsrechtlichen Sorgfaltspflichten der Anwälte nach art. 12 lit. a BGFA gehen nicht weiter als die auftragsrechtlichen, *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)* 115/2019, 42 ss
- STULLET ALAIN, Remarques sur les «réserves d'usage» en droit jurassien, *Revue de jurisprudence jurassienne (RJJ)* 1995 p. 305 ss
- VALTICOS MICHEL, Article 12 LLCA, *Valticos / Reiser / Chappuis* (éditeurs), *Commentaire romand, Loi sur les avocats*, Bâle 2010
- VALTICOS MICHEL / JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, La jurisprudence de la commission du barreau 2002-2006, *SJ* 2007 II 255 ss
-

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	217
II.	LES SOURCES ACTUELLES	218
	A. Le droit fédéral	218
	B. Les législations cantonales	218
	C. Le Code suisse de déontologie (CSD).....	219
	D. Les us et coutumes des Ordres cantonaux.....	220
	E. Les règles des associations internationales.....	222
III.	DE LA RÈGLE DÉONTOLOGIQUE À LA RÈGLE PROFESSIONNELLE	223
	A. La jurisprudence fédérale	223
	B. Quelques décisions cantonales	224
IV.	DE L'APPROCHE DISCIPLINAIRE À LA SANCTION PROCÉDURALE	228
	A. Les étapes de l'évolution.....	228
	B. Les preuves illicites.....	229
V.	QUELQUES QUESTIONS D'ACTUALITÉ	230
	A. L'autorité de surveillance et les réserves d'usage	230
	B. Activités typiques et atypiques.....	231
	C. Réserves d'usage et obligation de collaborer (160 ss CPC)	232
	D. Le contenu des courriers et l'abus des réserves.....	233
	E. L'accord complet	234
	F. La transmission au client.....	234
	G. La négociation avec des tiers non-avocats	235
	H. Discussions avec les magistrats.....	236
	I. Les relations internationales.....	238
VI.	CONCLUSION	239
	BIBLIOGRAPHIE.....	239