

BGE 147 IV 385

Bundesgericht (BGE), 2021-06-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147 IV 385](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147_IV_385)

FR: ATF 147 IV 385

IT: DTF 147 IV 385

Regeste

Regeste Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO, Art. 2, 4, 13, 21 ff., 27 ff. BGFA, Art. 321 StGB; Tragweite des von Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO gewährleisteten Schutzes hinsichtlich des betroffenen Anwalts. Der Schutz des Berufsgeheimnisses, den Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO Gegenständen und Unterlagen aus dem Verkehr einer anderen Person mit ihrem im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigten Anwalt verleiht, beschränkt sich in Anbetracht namentlich des Gesetzeswortlauts und der Gesetzgebungsarbeiten auf Anwälte, die nach dem Anwaltsgesetz zur Berufsausübung berechtigt sind (E. 2).

Erwägungen

E. 2

des ressortissants suisses habilités à exercer la profession d'avocat dans un Etat membre de l'UE/AELE sous un titre figurant en annexe de la LLCA (cf. art. 2 al. 3 LLCA) et

E. 2.1

La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge doit rechercher la véritable portée de la norme au regard notamment de la volonté du législateur telle qu'elle ressort, entre autres, des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Lorsqu'il est appelé à interpréter une loi, le Tribunal fédéral adopte une position pragmatique en suivant ces différentes interprétations, sans les soumettre à un ordre de priorité; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 147 V 35 consid. 7.1 p. 45; ATF 146 IV 249 consid. 1.3 p. 252 s.).

E. 2.2

Selon le Grand Robert de la langue française, l'avocat est la personne qui, régulièrement inscrite à un barreau, conseille en matière juridique ou contentieuse, assiste et représente ses clients en justice. L'avocat - notamment au sens de l' art. 321 CP (BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3 e éd. 2010 [ci-après: Les infractions], n° 10 ad art. 321 CP) - est une personne physique ayant des connaissances juridiques et l'autorisation requise pour exercer professionnellement et de manière indépendante l'activité consistant à donner des conseils, défendre les intérêts d'autrui et intervenir devant tous les tribunaux pour assister ou représenter son client (ATF 135 III 410 consid. 3.3. p. 414). La jurisprudence a également souligné que l'avocat est le "serviteur du droit", dans la mesure où sa mission est de conseiller et soutenir ses clients dans la poursuite de leurs intérêts juridiquement protégés; l'avocat assume une tâche essentielle à l'administration de la justice

en garantissant le respect des droits des justiciables et joue ainsi un rôle important pour le bon fonctionnement des institutions judiciaires au sens large (ATF 144 II 473 consid. 4.3 p. 477; arrêt 2C_500/2020 du 17 mars 2021 consid. 5.3 et les arrêts cités). Le secret professionnel de l'avocat jouit d'une protection particulière dans l'ordre juridique, parce qu'il est indispensable à l'exercice de la profession d'avocat et, partant, à une administration saine de la BGE 147 IV 385 S. 388 justice. En particulier, l'importance de cette institution pour la profession d'avocat ressort des débats parlementaires qui ont conduit à l'adoption du Code de procédure pénale: alors que le Conseil fédéral proposait de soumettre les avocats déliés du secret professionnel à l'obligation de témoigner, la portée absolue du secret professionnel l'a emporté, le Conseil national ayant notamment fait valoir que le secret professionnel de l'avocat était une institution nécessaire à l'Etat de droit et que la profession d'avocat ne pouvait être exercée correctement qu'à partir du moment où le client pouvait placer dans son avocat une confiance absolue (cf. art. 171 al. 4 CPP réservant la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats [LLCA; RS 935.61]; art. 264 al. 1 let . d CPP). Le secret professionnel de l'avocat protège non seulement l'intérêt du client, qui doit pouvoir librement se confier afin d'obtenir une appréciation complète de sa situation sans crainte de divulgation des faits ou des documents confiés, mais revêt aussi un intérêt public, qui consiste en la protection de l'ordre juridique, au sein duquel l'avocat joue un rôle particulier, et de l'accès à la justice (ATF 145 II 229 consid. 7.1 p. 241; ATF 144 II 147 consid. 5.3.3. p. 162 s.). Seule est cependant protégée par ce secret l'activité professionnelle spécifique de l'avocat, soit la rédaction de projets d'actes juridiques, l'assistance ou la représentation d'une personne devant une autorité administrative ou judiciaire, ainsi que des conseils juridiques (ATF 143 IV 462 consid. 2.2 p. 467; ATF 135 III 410 consid. 3.3 p. 414 et les références). Sont alors notamment protégés les documents ou conseils émis par l'avocat lui-même. Cette protection trouve sa raison d'être dans le rapport de confiance particulier liant l'avocat et son client, qui doit pouvoir se fier entièrement à la discrétion de son mandataire (ATF 143 IV 462 consid. 2.2 p. 467; arrêt 1B_264/2018 du 28 septembre 2018 consid. 2.1 et les nombreux arrêts cités).

E. 2.3

Le secret professionnel de l'avocat ressort notamment en droit suisse des deux dispositions suivantes: - 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 (al. 1 1 ère phrase); cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers (al. 1 2 ème phrase); le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés (al. 1 3 ème phrase); il veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel (al. 2). BGE 147 IV 385 S. 389 - art. 321 CP : les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, conseils en brevet, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues, infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes, ostéopathes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire; seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études; la révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études (ch. 1); la révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du

secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit (ch. 2); demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice (ch. 3).

E. 2.4

Aux termes de l' art. 264 al. 1 CPP (sous la note marginale "Restrictions" ["Einschränkungen", "Limitazioni"] dans le chapitre 7 relatif au séquestre), quels que soient l'endroit où ils se trouvent et le moment où ils ont été conçus, ne peuvent être séquestrés: a) les documents concernant des contacts entre le prévenu et son défenseur; b) les documents personnels et la correspondance du prévenu, si l'intérêt à la protection de la personnalité prime l'intérêt à la poursuite pénale; c) les objets et les documents concernant des contacts entre le prévenu et une personne qui a le droit de refuser de témoigner en vertu des art. 170 à 173 CPP, si cette personne n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire; d) les objets et les documents concernant des contacts entre une autre personne et son avocat, si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA et n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire.

E. 2.5

L' art. 264 al. 1 let. a CPP protège de manière absolue la correspondance entre un prévenu et son "défenseur" (ATF 138 IV 225 BGE 147 IV 385 S. 390 consid. 6.1 p. 228; arrêts 1B_198/2018 du 11 juillet 2018 consid. 2.2; 1B_48/2017 du 24 juillet 2017 consid. 7.1; 1B_27/2012 du 27 juin 2012 consid. 6.1 in fine). Eu égard à l' art. 127 al. 5 CPP - sous réserve d'éventuelles exceptions de droit cantonal en matière de contraventions -, seuls les avocats habilités à représenter les parties devant les tribunaux en vertu de la LLCA peuvent assurer la défense en matière pénale d'un prévenu (monopole; arrêts 1B_533/2020 du 3 février 2021 consid. 2.4; 6B_362/2020 du 25 mai 2020 consid. 3). Dans la mesure où la limitation de la défense par des avocats habilités par la LLCA ne vaut, selon l' art. 127 al. 5 CPP , que par rapport aux prévenus, une partie de la doctrine estime que les parties plaignantes et autres participants à la procédure peuvent en principe être assistés par un conseil juridique - dont un avocat non européen (MAURICE HARARI, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2 e éd. 2019, n° 66 ad art. 127 CPP) -, lequel peut même ne pas être titulaire d'un brevet d'avocat (VIKTOR LIEBER, in Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers [éd.], 3 e éd. 2020, n° 15 ad art. 127 CPP ; HARARI, op. cit., n os 56 ss ad art. 127 CPP). A suivre la doctrine, la protection conférée par l' art. 264 al. 1 let. a CPP peut également être invoquée par les personnes appelées à donner des renseignements au sens de l' art. 178 let . d (personne qui sans être prévenue pourrait être l'auteur ou un participant), let. e (co-prévenu entendu sur un fait qui ne lui est pas imputable), let. f (prévenu dans une autre procédure pour des infractions connexes) et let. g (celui qui a été ou pourrait être désigné comme représentant d'une entreprise prévenue) CPP (ANNE VALÉRIE JULEN BERTHOD, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2 e éd. 2019, n° 5 ad art. 264 CPP ; SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung [StPO], Praxiskommentar, 3 e éd. 2018 [ci-après: Praxiskommentar], n° 3 ad art 264 CPP ; JEANNERET/KUHN, Précis de procédure pénale, 2 e éd. 2018, n. 14074 p. 384; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, CPP, Code de procédure pénale, 2 e éd. 2016, n° 9 ad art. 264 CPP ; dans ce sens également arrêt 1B_103/2012 du 5 juillet 2012 consid. 3.1).

E. 2.6

Quant à la protection conférée par la lettre c de l' art. 264 al. 1 CPP , elle couvre la correspondance du prévenu avec "une personne" bénéficiant du droit de refuser de témoigner au sens des art. 170 à 173 CPP. BGE 147 IV 385 S. 391 Cette disposition tend à garantir que le droit de refuser de témoigner ne soit pas contourné en obtenant par le biais du séquestre des informations qui auraient pu être refusées en se prévalant des art. 170 à 171 CPP (STEFAN HEIMGARTNER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO]*, Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens [éd.], 3 e éd. 2020, n° 7 ad art. 264 CPP ; JULEN BERTHOD, op. cit., n° 8 ad art. 264 CPP ; BOMMER/GOLDSCHMID, in *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, 2 e éd. 2014, n° 20 ad art. 264 CPP ; voir également NIKLAUS OBERHOLZER, in *Basler Kommentar, Strafrecht*, vol. II, 4 e éd. 2018, n° 24 ad art. 321 CP ; JEANNERET/KUHN, op. cit., n. 14074 p. 384 s.; BERNARD CORBOZ, *Le secret professionnel de l'avocat selon l' art. 321 CP* , SJ 1993 V p. 77 ss, ad IV/B et C p. 88 s.).

E. 2.6.1

A teneur de l' art. 171 CPP , les ecclésiastiques, avocats, défenseurs, notaires, conseils en brevet, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, psychologues, ainsi que leurs auxiliaires, peuvent refuser de témoigner sur les secrets qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci (al. 1); ils doivent témoigner lorsqu'ils sont soumis à l'obligation de dénoncer (al. 2 let. a) ou lorsqu'ils sont déliés du secret, selon l' art. 321 ch. 2 CP , par le maître du secret ou, en la forme écrite, par l'autorité compétente (al. 2 let. b); l'autorité pénale respecte le secret professionnel même si le détenteur en a été délié lorsque celui-ci rend vraisemblable que l'intérêt du maître au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (al. 3); la LLCA est réservée (al. 4). Cet article reprend la liste des professions énumérées à l' art. 321 CP (cf. consid. 2.3 ci-dessus), soit celles pour lesquelles la violation du secret professionnel est punie sur le plan pénal, sous réserve des réviseurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations (ATF 145 IV 273 consid. 3.3 p. 277; STÉPHANE WERLY, in *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, 2 e éd. 2019, n° 3 ad art. 171 CPP ; VEST/HORBER, in *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, 2 e éd. 2014, n° 6 ad art. 171 CPP). Il est ainsi admis que la notion d'avocat ne se limite pas à celle de "défenseur" au sens de l' art. 127 al. 5 CPP (CHAPPUIS/STEINER, *Le secret de l'avocat dans le CPP et le CPC: entre divergence et harmonie*, *Revue de l'avocat*, 2017, vol. 2, p. 88 ss, ad II/1/A p. 89), mais se comprend au sens de l' art. 321 CP (JULEN BERTHOD, op. cit., n° 12 ad art. 264 CPP ; CHAPPUIS/STEINER, op. cit., ad II/1/A p. 89; BGE 147 IV 385 S. 392 BOMMER/GOLDSCHMID, op. cit., n° 11 ad art. 264 CPP ; BURCKHARDT/RYSER, *Die erweiterten Beschlagnahmeverbote zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses insbesondere im neuen Strafverfahren*, *AJP* 2/2013 p. 159 ss [ci-après: *AJP* 2/2013], ad II/B p. 163).

E. 2.6.2

S'agissant de la notion d'avocat, la doctrine s'accorde à dire que l' art. 321 CP a une portée plus large que celle de l' art. 13 LLCA , en ce sens que la norme pénale concerne tout avocat étranger de quelque pays que ce soit, y compris un Etat hors de l'Union européenne (WERLY, op. cit., n° 13 ad art. 171 CPP ; TRECHSEL/VEST, *Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 3 e éd. 2018, n° 5 ad art. 321 CP ; OBERHOLZER, op. cit., n° 6 ad art. 321 CP ; BENOÎT CHAPPUIS, in *Commentaire romand, Code pénal*, vol. II, 2017

[ci-après: CR CP], n os 17 et 34 ad art. 321 CP ; CHAPPUIS/STEINER, op. cit., ad II/1/A et B p. 89 ss; WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2 e éd. 2017, n. 536 p. 234 et 554 p. 240; BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels, 2 e éd. 2016 [ci-après: *La profession d'avocat*, Tome I], ad VIII/E/1/c/ii, p. 177; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, op. cit., n° 5 ad art. 171 CPP ; BRUNNER/HENN/KRIESI, *Anwaltsrecht*, 2015, n. 31 p.194; voir également les références citées dans l'arrêt 4A_313/2018 du 17 décembre 2018 consid. 3.6.3). L'activité protégée par l' art. 321 CP ne se limite pas non plus à celle relevant d'un monopole (représentation en justice), mais couvre l'ensemble de l'activité typique de la profession d'avocat (HEIMGARTNER, op. cit., n° 16c ad art. 264 CPP ; FELLMANN, op. cit., n. 542 ss p. 236 et 554 p. 240; VEST/HORBER, op. cit., n° 8a ad art. 171 CPP). Dès lors, une partie de la doctrine considère que le conseil juridique, titulaire d'un brevet d'avocat suisse ou étranger, non inscrit à un barreau mais qui pratique à titre d'indépendant, est également soumis à l'obligation de secret de l' art. 321 CP (FRANÇOIS BOHNET, *Professions d'avocats-e, de notaire et de juge*, 4 e éd. 2021, n. 72 p. 78; CHAPPUIS, CR CP, op. cit., n° 34 ad art. 321 CP ; FELLMANN, op. cit., n. 554 p. 240; CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome I, op. cit., ad VIII/A/2 p. 159 et VIII/E/1/b p. 176; NATER/ZINDEL, in *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Fellmann/Zindel [éd.], 2 e éd. 2011, n° 29 ad art. 13 LLCA ; BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, n. 1811 p. 747; voir également OBERHOLZER, op. cit., n° 6 ad art. 321 CP ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, op. cit., n° 5 ad art. 171 CPP qui relèvent de manière critique l'éventuel défaut de protection pour le conseiller juridique; plus limitatifs vu le renvoi aux art. 7 s. et 20 ss LLCA, VEST/HORBER, op. cit., n° 8a ad art. 171 CPP , mais BGE 147 IV 385 S. 393 mentionnant que toutes les activités d'avocats sont couvertes, pas seulement celles relevant d'un monopole). D'autres considèrent que le conseiller juridique non apte à représenter les parties en justice n'entre pas dans la notion d'avocat au sens de l' art. 321 CP (WERLY, op. cit., n° 13 ad art. 171 CPP ; TRECHSEL/VEST, op. cit., n° 5 ad art. 321 CP ; CORBOZ, *Les infractions*, op. cit., n° 10 ad art. 321 CP).

E. 2.6.3

Quant à la réserve de l' art. 171 al. 4 CPP pour la LLCA, elle confirme la portée absolue du secret professionnel de l'avocat soumis à la LLCA en cas de levée de celui-ci (cf. art. 13 al. 1, 2 e phrase, LLCA [cf. consid. 2.3 ci-dessus]; ATF 144 II 147 consid. 5.3.3. p. 162). Elle n'implique en revanche pas que l'avocat extracommunautaire ne serait pas soumis aux obligations découlant de l' art. 321 CP , respectivement que son secret serait d'emblée levé, que ce soit par le maître du secret et/ou d'éventuelles autorités de surveillance le concernant.

E. 2.6.4

En l'absence de mise en prévention de l'avocat en cause, il découle des considérations précédentes que des avocats titulaires d'un brevet étranger et pratiquant une activité relevant de l'activité typique de l'avocat - dans la mesure où ces deux éléments sont démontrés - paraissent pouvoir invoquer le secret professionnel eu égard aux art. 321 CP , 171 et 264 al. 1 let. c CPP pour s'opposer au séquestre de leurs échanges avec un mandant mis en prévention.

E. 2.7

Dans sa teneur jusqu'au 30 avril 2013, l'ancien art. 264 al. 1 CPP ne contenait aucune disposition protégeant la correspondance entre un avocat et un tiers impliqué dans une

procédure pénale (par exemple, le lésé ou un témoin), puisque ses lettres a, b et c ne traitaient que du prévenu (RO 2010 1881). Ainsi, la correspondance entre le défenseur et une tierce personne impliquée dans la procédure (par exemple une personne lésée ou un témoin) n'était pas protégée (cf. Message du 26 octobre 2011 concernant l'adaptation des dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats [ci-après: Message sur le secret professionnel], FF 2011 7509, 7511). Afin d'uniformiser cette situation avec celle prévalant notamment en matière civile (cf. le Message sur le secret professionnel [FF 2011 7509, 7511]), l'art. 264 al. 1 CPP a été modifié et notamment complété par la lettre d dans la teneur susmentionnée (cf. consid. 2.4 ci-dessus), disposition entrée en vigueur le 1^{er} mai 2013 et permettant la protection des relations entre un tiers et son avocat (RO 2013 847). Sont également entrées en vigueur les dispositions modifiées suivantes (RO 2013 847): BGE 147 IV 385 S. 394 - l'art. 160 al. 1 let. b CPC : les parties et les tiers sont tenus de collaborer à l'administration des preuves; ils ont en particulier l'obligation de produire les titres requis, à l'exception des documents concernant des contacts entre une partie ou un tiers et un avocat autorisé à les représenter à titre professionnel ou un conseil en brevets au sens de l'art. 2 de la loi fédérale du 20 mars 2009 sur les conseils en brevets (LCBr; RS 935.62); - l'art. 46 al. 3 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA; RS 313.0): il est interdit de séquestrer les objets et les documents concernant des contacts entre une personne et son avocat si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA et n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire; - l'art. 51a de la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (PCF; RS 273): l'obligation de produire des titres ne s'étend pas aux documents concernant des contacts entre une partie ou un tiers et son avocat si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA; - l'art. 13 al. 1 bis de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021): l'obligation de collaborer ne s'étend pas à la remise d'objets et de documents concernant des contacts entre une partie et son avocat, si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA; - l'art. 17, 2^{ème} phrase, PA: l'art. 51a PCF est réservé; - l'art. 63 al. 2 de la Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM; RS 322.1): il est interdit de séquestrer les objets et les documents concernant des contacts entre une personne et son avocat, si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA et n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire; - l'art. 40, 2^{ème} phrase, de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251): le droit de refuser de fournir des renseignements est régi par les art. 16 et 17 PA .

E. 2.8.1

A suivre la lettre de l'art. 264 al. 1 let. d CPP , la protection conférée par cette disposition présuppose que l'avocat soit autorisé à pratiquer en justice selon la LLCA. Tel est notamment le cas: BGE 147 IV 385 S. 395 1. du titulaire d'un brevet d'avocat - inscrit à un registre cantonal - qui pratique, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse (cf. art. 2 al. 1 et 4 ss LLCA),

E. 2.8.2

Au cours des travaux préparatoires, il a été fait référence à différentes reprises à des avocats autorisés selon la LLCA. Ainsi, BGE 147 IV 385 S. 396 dans le Message sur le secret professionnel, le projet de révision, en lien avec les art. 321 CP et 13 LLCA, visait à faire converger les notions civile et pénale, en se conformant à trois conditions posées au préalable (FF 2011 7509, 7511 s.): 1. protection des objets et des documents concernant les

contacts entre une personne et un avocat autorisé à pratiquer la représentation en justice au sens de la LLCA, étant alors renvoyé aux art. 68 al. 2 let. a CPC - lequel autorise la représentation à titre professionnel dans toutes les procédures aux avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice devant les tribunaux suisses en vertu de la LLCA - et art. 127 al. 5 CPP (voir également les mentions y relatives de la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga le 14 mars 2012 [BO 2012 E 222] et des rapporteurs de la commission du Conseil national le 14 juin 2012 [BO 2012 N 1197]); 2. protection des objets et des documents établis par l'avocat lui-même, son client ou un tiers dans le cadre d'un mandat professionnel de représentation (dont la correspondance [lettres et courriers électroniques], notes de l'avocat, expertises juridiques des faits avant une procédure, procès-verbaux d'entretien, documents stratégiques, projet de contrat ou d'arrangement, etc.); et

E. 2.8.3

S'agissant de la doctrine, une partie se limite à mentionner l'extension de la protection conférée par l'art. 264 al. 1 let. d CPP aux personnes non prévenues (BOHNET, op. cit., n. 69 p. 75, lequel relève que cette protection est donc similaire à celle dont peut se prévaloir le prévenu; JEANNERET/KUHN, op. cit., n. 14074 p. 385; CHAPPUIS, CR CP, op. cit., n. os 34 et 126 ad art. 321 CP; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, op. cit., n. os 19 s. ad art. 264 CPP), parfois même sans indiquer la référence à la LLCA (HEIMGARTNER, op. cit., n° 16d ad art. 264 CPP; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, op. cit., n° 11a ad art. 264 CPP; BOMMER/GOLDSCHMID, op. cit., n. os 20a ss ad art. 264 CPP). D'autres auteurs relèvent la différence de traitement entre le prévenu, protégé largement par les art. 264 al. 1 let. a et c CPP, et les tiers à la procédure pénale ordinaire - dont font partie les témoins, les lésés, les parties plaignantes, ainsi que des tiers non impliqués (HEIMGARTNER, op. cit., n° 16d ad art. 264 CPP; JULEN BERTHOD, op. cit., n° 15a ad art. 264 CPP; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, op. cit., n° 11a ad art. 264 CPP) - lorsque ces derniers ont eu des contacts avec un avocat extracommunautaire: seuls les échanges des tiers avec des avocats "CH/UE/AELE" sont protégés par l'art. 264 al. 1 let. d CPP (JULEN BERTHOD, op. cit., n° 15b ad art. 264 CPP; CHAPPUIS/STEINER, op. cit., ad II/1/A p. 90 s.; CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, op. cit., ad VIII/E/1/c/ii p. 177 s. et ad VIII/H/2/b/i p. 206; BURCKHARDT/RYSER, AJP 2/2013, op. cit., en particulier ad II/A et D, ainsi qu'ad V p. 162 ss). Dans le cadre pénal, CHAPPUIS/STEINER relèvent en outre qu'un avocat extracommunautaire pourrait refuser de témoigner en invoquant son secret professionnel, sous réserve peut-être du cas où il serait délié par le maître du secret (cf. art. 171 al. 2 let. b et 4 CPP renvoyant à la LLCA); en revanche, si le contenu de ses propos devait se trouver dans une trace écrite, il ne pourrait pas s'opposer à leur séquestre (CHAPPUIS/STEINER, op. cit., ad II/1/A p. 90 s.). De plus, la protection conférée par le secret professionnel de l'avocat serait plus large en droit de procédure civile (cf. BGE 147 IV 385 S. 398 les art. 163 al. 1 let. b et 166 al. 1 let. b CPC renvoyant à l'art. 321 CP) et administrative (cf. les art. 13 al. 1 bis, 16, 17 et 19 PA et les renvois opérés notamment aux art. 51 al. 1, 51a et 42 PCF; CHAPPUIS/STEINER, op. cit., ad II/1/B p. 91; BURCKHARDT/RYSER, AJP 2/2013, op. cit., ad IV/B, C, D et E p. 166 ss).

E. 2.8.4

Dans la mesure où l'art. 160 al. 1 let. b CPC - figurant dans la section 1 "Dispositions générales" du chapitre 2 "Obligation de collaborer et droit de refuser de collaborer" - est

l'une des dispositions à l'origine de la révision tendant à l'unification des dispositions en matière de secret professionnel (cf. consid. 2.7 ci-dessus), il peut être précisé que sa modification visait essentiellement à étendre la protection du secret professionnel quant à son contenu (cf. ad 3.5 du Message sur le secret professionnel [FF 2011 7509, 7515], voir également NICOLAS JEANDIN, in Commentaire romand, Code de procédure civile, 2 e éd. 2019, n° 15 ad art. 160 CPC). Si la nouvelle lettre de cette disposition ne fait aucune référence expresse à la LLCA, CHAPPUIS a cependant relevé que "par le mot 'avocat', il faut comprendre un avocat autorisé à pratiquer la représentation en justice au sens de la LLCA, ce qui était une acception plus étroite que le texte initial" (CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, op. cit., ad VIII/H/2/b/ii, p. 207). Ses considérations renvoient à l'art. 68 al. 2 let. a CPC, disposition instaurant un monopole des avocats autorisés selon la LLCA pour la représentation professionnelle devant les tribunaux (BOHNET, op. cit., n. 34 p. 33; cf. pour rappel le renvoi à cette disposition figurant dans le Message sur le secret professionnel [cf. consid. 2.8.2 ci-dessus]). S'agissant des autres personnes habilitées à représenter professionnellement les parties au sens de l'art. 68 al. 2 let. b à d CPC, elles ne sont pas soumises au secret professionnel visé par l'art. 321 CP et ne peuvent donc invoquer la protection de celui-ci (JEANDIN, op. cit., n° 19a ad art. 160 CPC ; contra ERNST F. SCHMID, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3 e éd. 2017, n° 21 ad art. 160 CPC). Selon la doctrine, l'art. 160 al. 1 let. b CPC protège l'activité typique de l'avocat, soit le conseil ou la représentation à des fins procédurales, à l'exclusion des autres activités que peut exercer un avocat telles que la gestion de fortune ou l'administration (ARNAUD NUSSBAUMER, in CPC, Code de procédure civile, Chabloz/Diestschy-Martenet/Heinzmann [éd.], 2020, n° 26 ad art. 160 CPC ; JEANDIN, op. cit., n° 17 ad art. 160 CPC ; ERNST F. SCHMID, op. cit., n° 18 ad BGE 147 IV 385 S. 399 art. 160 CPC ; FRANZ HASENBÖHLER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [éd.], 3 e éd. 2016, n os 18 s. ad art. 160 CPC ; HANS SCHMID, in Schweizerische Zivilprozessordnung[ZPO], Kurzkomentar, Oberhammer/Domej/Hass [éd.], 2 e éd. 2014, n° 6a ad art. 160 CPC ; voir également le Message sur le secret professionnel qui parle de protéger les "documents établis dans le cadre d'un mandat spécifique à la profession" [FF 2011 7509, 7515], "documenti allestiti nell'ambito di un mandato professionale specifico" [FF 2011 7255, 7261], "Unterlagen von der Editionsspflicht ausgenommen, die im Rahmen eines berufsspezifischen Mandats erstellt worden sind" [FF 2011 8181, 8187]). Certains auteurs soutiennent que la protection conférée par l'art. 160 al. 1 let. b CPC trouverait également application s'agissant de la relation entre un avocat étranger et son client (JEANDIN, op. cit., n° 17a ad art. 160 CPC ; ERNST F. SCHMID, op. cit., n° 19 ad art. 160 CPC ; BURCKHARDT/RYSER, AJP 2/2013, op. cit., ad IV/B p. 166 s.). HASENBÖHLER semble avoir une approche plus restrictive dès lors qu'il indique que l'art. 160 al. 1 let. b CPC correspond à l'art. 264 al. 1 let. a CPP (HASENBÖHLER, op. cit., n° 17 ad art. 160 CPC). Le Code de procédure civile contient encore des dispositions permettant aux parties (art. 163 al. 1 let. b CPC) et aux tiers (art. 166 al. 1 let. b CPC) de ne pas collaborer lorsque cela implique la révélation d'un secret punissable en vertu de l'art. 321 CP (sur ces dispositions, JEANDIN, op. cit, n os 10 ss ad art. 163 CPC et n os 10 ss ad art. 166 CPC ; ERNST F. SCHMID, op. cit., n os 5b et 10 ad art. 166 CPC ; HANS SCHMID, op. cit., n os

E. 2.9

Dans la mesure où la révision des dispositions sur le secret professionnel tendait à permettre à d'autres personnes que le prévenu de se prévaloir au cours d'une procédure pénale du

secret professionnel de l'avocat, l'adoption de l' art. 264 al. 1 let . d CPP permet d'atteindre ce but. S'agissant ensuite de l'étendue des relations protégées eu égard à l'avocat en cause - limitée selon la lettre de l' art. 264 al. 1 let . d CPP aux mandataires autorisés selon la LLCA -, les critiques émises par la doctrine ne sont pas dénuées de tout fondement. En particulier, le statut procédural en matière pénale peut - à l'initiative en outre des autorités - évoluer au cours de l'instruction et une différence de traitement fondée sur ce seul motif ne semble donc pas justifier un BGE 147 IV 385 S. 400 traitement différencié; le Message sur le secret professionnel n'avait d'ailleurs pas ignoré cette problématique ("On voit mal pourquoi la correspondance avec leur avocat de tiers non suspects, mais qui pourraient devenir des prévenus, mériterait une moins grande protection que les documents concernant des contacts entre le prévenu et son défenseur" [FF 2011 7509, 7516]). Il ne peut pas non plus être fait abstraction du contexte actuel, à savoir que les affaires - en particulier pénales et/ou civiles - ne se limitent pas au territoire suisse et/ou à celui de pays membres de l'UE/AELE; un avocat extracommunautaire peut ainsi, de manière légitime, avoir déployé une activité typique de sa profession et protégée par le secret professionnel dans un autre pays en faveur d'un mandant établi en Suisse (cf. par exemple les multinationales). Enfin, toute activité d'un avocat extracommunautaire en Suisse - à titre par exemple de conseil - n'apparaît pas d'emblée exclue (dans ce sens, cf. CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, op. cit., ad B/2/c p. 20; voir également le droit cantonal, cf. notamment les art. 15 ss de la loi fribourgeoise du 12 décembre 2002 sur la profession d'avocat [LAv/FR; RSF 137.1], 45 de la loi vaudoise du 9 juin 2015 sur la profession d'avocat [LPAv/VD; RSV 177.11] et 23 de la loi genevoise du 26 avril 2002 sur la profession d'avocat [LPAv/GE; rs/GE E 6 10]). Dans la mesure où cet avocat serait soumis au secret professionnel au sens de l' art. 321 CP - ce qu'il n'y a pas lieu de trancher en l'occurrence -, se pose alors la question de savoir comment il serait à même de respecter ses obligations - sauf à ne parler qu'oralement avec ses mandants - si leurs échanges peuvent être saisis et séquestrés. Cela étant, le législateur a en connaissance de cause limité la protection de l' art. 264 al. 1 let . d CPP aux avocats autorisés à pratiquer en vertu de la LLCA. En effet, la notion d'avocat, ainsi que le type des activités pratiquées par celui-ci peuvent varier d'un pays à un autre. En particulier, le droit étranger peut prévoir des conditions propres - plus strictes ou plus larges - pour l'obtention d'un brevet d'avocat et/ou l'exercice de cette profession; peut aussi en particulier être différente la notion d'indépendance de l'avocat de celle qui prévaut en droit suisse (sur cette notion, voir par exemple ATF 147 II 61 consid. 3 et 4 [indépendance institutionnelle ou structurelle]; 145 IV 218 consid. 2.1 p. 221 ss [conflit d'intérêt en cas de double représentation]; ATF 145 II 229 en particulier consid. 6 p. 237 ss). La recourante ne se prévaut d'aucun traité international définissant certains critères - dont l'inscription à un barreau pourrait être l'un d'entre BGE 147 IV 385 S. 401 eux - ou permettant la reconnaissance de brevets d'avocat étrangers, ainsi que, le cas échéant, l'exercice en Suisse d'activités typiques relevant de cette profession. En l'état, le renvoi à la LLCA voulu par le législateur constitue par conséquent un critère objectif - liant le Tribunal fédéral (cf. art. 190 Cst.) - permettant de délimiter de manière claire le cercle des avocats pouvant se prévaloir dans le cadre d'une procédure pénale en Suisse du secret professionnel pour protéger leurs échanges avec leur mandant n'ayant pas le statut de prévenu ou de personne appelée à donner des renseignements au sens de l' art. 178 let . d à g CPP. Selon les pays, il peut s'avérer fort difficile d'apprécier si un mandataire étranger présente des caractéristiques comparables/similaires à celles des avocats pratiquant en Suisse selon la LLCA. En ce qui concerne les avocats ressortissants de l'UE, l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération

suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112. 681) renvoie à diverses directives applicables aussi en Suisse (voir pour des exemples, le Message du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats [FF 1999 5331, 5340 s.]). Partant, à ce jour, seuls les échanges avec des avocats autorisés au sens de la LLCA bénéficient de la protection conférée par l' art. 264 al. 1 let . d CPP et ce grief peut être écarté.

E. 3

protection de l'activité spécifique à la profession d'avocat (représentation en justice, conseil juridique), mais non pas les activités étrangères à cette profession (en particulier gestion de fortune, mandats au sein de conseils d'administration, direction ou secrétariat d'une association professionnelle, courtage, médiation ou mandats d'encaissement), ce qui correspond à la protection offerte par le droit pénal et les dispositions sur la profession d'avocat (cf. art. 321 ch. 1 CP et 13 LLCA). Durant les débats des Chambres fédérales, a en particulier été écartée par le Conseil national une proposition visant à étendre la protection du secret professionnel à toute personne autorisée à représenter les parties à titre professionnel dans certaines procédures (BO 2012 N 1198 s.), soit, en sus des avocats visés par l' art. 68 al. 2 let. a CPC : les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés (cf. art. 68 al. 2 let. b CPC); les représentants professionnels au sens de l'art. 27 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1 [cf. art. 68 al. 2 let . c CPC]); les mandataires professionnellement qualifiés, si le droit cantonal le prévoit BGE 147 IV 385 S. 397 (cf. art. 68 al. 2 let . d CPC). Pour le surplus, l'essentiel des discussions a porté sur l'étendue de la protection conférée aux conseils en brevet, en lien notamment avec l'art. 160 al. 1 let. b in fine CPC (voir BO 2012 E 222 ss, BO 2012 N 1197 ss et BO 2012 E 839 ss). L'adoption de la modification relative à l' art. 264 al. 1 CPP n'a ainsi suscité aucun commentaire particulier, ayant seulement été relevée la protection exclusive jusqu'alors du prévenu (BO 2012 E 225 et BO 2012 N 1199).

E. 5

et 10 ad art. 163 CPC et n° 3 ad art. 166 CPC ; voir également HASENBÖHLER, op. cit., n° 12 ad art. 163 CPC et n os 22 ss et 26 ad art. 166 CPC).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.