

11.067

**Message  
concernant la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions  
de procédure relatives au secret professionnel des avocats**

du 26 octobre 2011

---

Messieurs les Présidents,  
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet de loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats en vous priant de l'approuver.

Nous vous proposons également de classer l'intervention parlementaire suivante:

2009 M 09.3362      Adaptation des dispositions relatives au secret professionnel des avocats dans les différentes lois fédérales de procédure (N 17.09.2009, CAJ-N; E 10.06.2010).

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

26 octobre 2011

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey  
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

---

## Condensé

***La loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats a pour but d'harmoniser les règles relatives à la production comme preuves de documents échangés avec l'avocat.***

### Contexte

*Le code de procédure civile (art. 160, al. 1, let. b) et le code de procédure pénale (art. 264, al. 1) précisent les règles applicables au secret professionnel des avocats dans la procédure: il est interdit de séquestrer la correspondance de l'avocat ou d'exiger qu'elle soit produite même si elle se trouve entre les mains de clients ou de tiers. Cette protection s'étend à tous les objets et documents qui ont été élaborés dans le cadre d'une activité spécifique à la profession d'avocat, quel que soit le moment où ils ont été élaborés.*

*La motion 09.3362 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national charge le Conseil fédéral d'harmoniser avec ces deux codes les règles des lois fédérales de procédure sur le secret professionnel des avocats.*

### Contenu du projet

*L'acte modificateur unique joint au présent message comporte des adaptations de la loi fédérale sur la procédure administrative, de la loi sur le Tribunal fédéral des brevets, de la loi sur les cartels, de la loi fédérale de procédure civile fédérale, de la loi fédérale sur le droit pénal administratif et de la procédure pénale militaire. Afin d'assurer une concordance parfaite, on modifie aussi le code de procédure pénale et, sur un plan purement rédactionnel, le code de procédure civile. Enfin, l'acte comprend une modification formelle de la loi fédérale sur l'archivage rendue nécessaire par la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral des brevets, déjà adoptée par le Parlement.*

# Message

## 1 Contexte

Le 1<sup>er</sup> janvier 2011 sont entrés en vigueur le code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272) et le code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (code de procédure pénale, CPP; RS 312.0). L'art. 160, al. 1, let. b, CPC et l'art. 264, al. 1, CPP précisent la portée du secret professionnel des avocats: la correspondance avec l'avocat est protégée non seulement lorsqu'elle se trouve en la possession de ce dernier, mais aussi lorsqu'elle est détenue par son client ou par un tiers. La protection s'étend en outre à tous les objets et documents produits dans le cadre de l'activité professionnelle de l'avocat, quel que soit le moment où ils l'ont été.

Ces précisions ont été apportées durant les travaux du Parlement concernant les deux codes de procédure<sup>1</sup>. Les autres lois fédérales de procédure n'ont pas été modifiées parallèlement: ce sont la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021), la loi du 20 mars 2009 sur le Tribunal fédéral des brevets (LTFB; RS 173.41), la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels (LCart; RS 251), la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (PCF; RS 273), la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA; RS 313.0) et la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM; RS 322.1). La Commission des affaires juridiques du Conseil national a donc déposé une motion (09.3362) demandant au Conseil fédéral d'adapter ces lois de sorte que la portée du secret professionnel des avocats (protection des documents des avocats) y soit circonscrite de la même manière que dans les codes de procédure civile et pénale.

## 2 Présentation de l'objet

Le présent projet d'harmonisation des dispositions de procédure s'appuie sur deux sources. D'une part, le secret professionnel des avocats est statué à l'art. 321, ch. 1, du code pénal (CP; RS 311.0) et à l'art. 13 de la loi du 23 juin 2000 sur les avocats (LLCA; RS 935.61). D'autre part, la motion 09.3362 donne les art. 160, al. 1, let. b, CPC et 264, al. 1, CPP comme modèles pour les autres lois de procédure.

Lors des travaux, il est apparu que le secret professionnel des avocats n'était pas réglé de manière parfaitement identique aux art. 160, al. 1, let. b, CPC et 264, al. 1, CPP. Selon l'art. 264, al. 1, let. a et c, CPP, le défenseur du prévenu voit sa correspondance avec son client protégée contre le séquestre, mais ce n'est pas le cas du défenseur d'une tierce personne impliquée dans la procédure (par ex. une personne lésée ou un témoin). En outre, les deux codes emploient une terminologie différente, ce qui fait obstacle à une interprétation uniforme. Le présent projet vise donc aussi à faire converger l'art. 160, al. 1, let. b, CPC et l'art. 264, al. 1, CPP. Il se conforme à trois conditions posées au préalable:

<sup>1</sup> CPC: BO 2008 N 946; BO 2007 E 514 s.; CPP: BO 2007 E 721; BO 2007 N 990; BO 2006 E 1031 s.

- Les objets et les documents concernant des contacts entre une personne et un avocat autorisé à pratiquer la représentation en justice au sens de la LLCA (voir art. 68, al. 2, let. a, CPC et art. 127, al. 5, CPP) ne doivent pas être produits et ne peuvent pas être séquestrés. Il n’importe pas que les documents se trouvent dans le cabinet de l’avocat ou bien en possession de son client ou d’un tiers<sup>2</sup>.
- Seuls sont protégés les objets et les documents établis par l’avocat lui-même, son client ou un tiers dans le cadre d’un mandat professionnel de représentation. Les documents comprennent non seulement la correspondance au sens classique (lettres et courriers électroniques), mais aussi les notes prises par l’avocat, les expertises juridiques faites avant une procédure, les procès-verbaux d’entretien, les documents stratégiques, les projets de contrat ou d’arrangement, etc.<sup>3</sup>.
- L’activité spécifique à la profession d’avocat englobe essentiellement la représentation en justice et le conseil juridique, mais non les activités étrangères à la profession telles que la gestion de fortune, les mandats au sein de conseils d’administration, la direction ou le secrétariat d’une association professionnelle, le courtage, la médiation ou les mandats d’encaissement<sup>4</sup>. Cette définition correspond à la protection offerte par le droit pénal et les dispositions sur la profession d’avocat (art. 321, ch. 1, CP et art. 13 LLCA).

En accord avec la Chancellerie fédérale, le projet n’a pas été soumis à une procédure de consultation. En effet, il vise prioritairement à adapter des procédures d’autorités fédérales et, dans le cas du CPP et du CPC, à réparer une incongruence du législateur et à unifier la terminologie. Les milieux concernés, c’est-à-dire les tribunaux fédéraux, la Commission de la concurrence et la Fédération suisse des avocats, ont été consultés lors des travaux préparatoires, dans la phase préparatoire. Leurs remarques ont largement pu être prises en compte, bien que le Tribunal fédéral se montre réservé en ce qui concerne la modification du CPP (voir ch. 3.7).

- 2 Conformément aux documents à l’appui des délibérations parlementaires concernant l’art. 160, al. 1, let. b, CPC et à l’art. 264, al. 1, let. a et c, CPP, cela correspond clairement à la volonté du législateur: BO 2007 E 514 s.; BO 2007 E 721; BO 2007 N 990; BO 2006 E 1031 s. On trouvera un avis sensiblement différent dans la jurisprudence du Tribunal fédéral antérieure à l’entrée en vigueur des codes de procédure fédéraux: arrêts du TF 1B\_101/2008 du 28 octobre 2008, cons. 4.4.1; 1P.133/2004 du 13 août 2004, cons. 3.2 s. et 4.2 s.; ATF 117 Ia 341, cons. 6c, p. 350 s.; 114 III 105, cons. 3b, p. 108.
- 3 Dominik Gasser/Brigitte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zurich/St-Gall 2010, ad art. 160 n° 9; Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, St-Gall 2009, ad art. 264 n° 4 à 6, 9; Felix Bommer/Peter Goldschmid, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar zur StPO, Bâle 2011, ad art. 264 n° 30 à 32.
- 4 ATF 132 II 103 cons. 2.1 s.; 124 III 363 cons. II 2b et 2d; Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2009, ad art. 321 n° 2; Niklaus Oberholzer, Basler Kommentar Strafrecht II, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2007, ad art. 321 n° 5 et 13; Michael Pfeifer, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel [éd.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich et al. 2005, ad art. 13 n° 24 à 42; Dominik Gasser/Brigitte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zurich/St-Gall 2010, ad art. 160 n° 10.



### 3.3

### **Loi du 20 mars 2009 sur le Tribunal fédéral des brevets<sup>7</sup>**

#### *Art. 29, al. 2<sup>bis</sup> (nouveau)*

La loi du 20 mars 2009 sur les conseils en brevets (LCBr; RS 935.62) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2011. Outre une protection du titre de conseil en brevets, elle institue un secret professionnel propre à cette profession (art. 10 LCB; art. 321, al. 1, CP). Les conseils en brevets se voient donc attribuer un statut similaire à celui des avocats concernant l'obligation de collaborer et de témoigner dans les procédures.

Cette mesure est également importante dans la perspective de l'entrée en vigueur définitive de la LTFB, dont l'art. 29, al. 1, prévoit le droit, pour les conseils en brevets, de représenter une partie devant le Tribunal fédéral des brevets dans les cas d'action en nullité. Si l'on veut conférer aux conseils en brevets les mêmes droits au secret professionnel qu'aux avocats, il est nécessaire d'adapter la LTFB aux normes en la matière du CPC, dans la foulée de l'harmonisation des autres dispositions procédurales. En effet, selon l'art. 27 LTFB, la procédure devant le Tribunal fédéral des brevets est régie par le CPC. Il convient de préciser dans un nouvel al. 2<sup>bis</sup> de l'art. 29 que l'exception à l'obligation de produire des documents concernant des contacts d'une partie ou d'un tiers avec un avocat, statuée à l'art. 160, al. 1, let. b, CPC s'applique aussi aux documents concernant des contacts avec des conseils en brevets qui sont habilités à pratiquer la représentation en vertu de la LTFB.

### 3.4

### **Loi du 6 octobre 1995 sur les cartels<sup>8</sup>**

#### *Art. 40, 2<sup>e</sup> phrase*

La 2<sup>e</sup> phrase de l'art. 40 LCart permettra, comme aujourd'hui, aux parties à des ententes, aux entreprises puissantes sur le marché, à celles qui participent à des concentrations d'entreprises et aux tiers concernés de refuser de fournir des renseignements aux autorités en matière de concurrence lorsque les conditions visées à l'art. 16 PA en relation avec l'art. 42 PCF sont réunies. L'ajout d'une référence à l'art. 17 PA, en relation avec le nouvel art. 51a PCF, les autorisera à refuser aussi de produire les documents qu'ils détiennent concernant des contacts avec leurs avocats.

Notons encore que l'interdiction de séquestrer les objets et les documents concernant des contacts entre une partie ou un tiers et son avocat, quel que soit le moment où ils ont été produits et le lieu où ils se trouvent, s'appliquera aussi aux procédures relevant du droit des cartels (art. 42, al. 2, LCart en relation avec l'art. 46, al. 3, DPA).

<sup>7</sup> RS 173.41

<sup>8</sup> RS 251

### **3.5 Code de procédure civile du 19 décembre 2008<sup>9</sup>**

*Art. 160, al. 1, let. b*

La modification proposée ici est purement rédactionnelle. Elle vise une uniformisation de la terminologie des lois de procédure. Comme aujourd'hui, seuls les documents établis dans le cadre d'un mandat spécifique à la profession seront exceptés de l'obligation de produire des titres (voir ch. 2). Nous remplaçons le terme de «correspondance d'avocat» par celui de «documents» pour exprimer plus clairement le fait que non seulement les lettres et courriers électroniques sont protégés, mais aussi toutes les autres pièces afférentes aux contacts entre la partie ou le tiers et son avocat.

### **3.6 Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale<sup>10</sup>**

*Art. 51a (nouveau)*

Ce nouvel article permettra aux parties et aux tiers dans une procédure par voie d'action devant le Tribunal fédéral ou le Tribunal administratif fédéral de refuser de produire les documents concernant leurs contacts avec leurs avocats. Ici aussi, ces contacts doivent s'inscrire dans le cadre d'une activité spécifique à la profession d'avocat (voir ch. 2). Grâce au renvoi inséré à l'art. 17 PA, cette disposition s'appliquera aussi aux procédures administratives; la nouvelle formulation de l'art. 40, 2<sup>e</sup> phrase, LCart lui permet également de s'appliquer aux procédures relevant de la législation sur les cartels.

### **3.7 Code de procédure pénale du 5 octobre 2007<sup>11</sup>**

*Art. 264, al. 1, let. a, c et d (nouvelle)*

*Let. a:* adaptation rédactionnelle du français («documents» au lieu de «correspondance»).

*Let. c:* adaptation de la terminologie.

*Let. d:* actuellement, l'art. 264, al. 1, CPP protège uniquement la communication entre le prévenu et son défenseur. La nouvelle let. d empêchera que l'on puisse séquestrer les objets et les documents concernant des contacts entre une autre personne et son avocat, à condition que ce dernier n'ait pas le statut de prévenu dans l'affaire. Ainsi, la disposition sera similaire à celle du CPC (art. 160, al. 1, let. b).

Le Tribunal fédéral s'oppose à ce que l'on aligne le secret des avocats tel qu'il existe en procédure pénale à celui du CPC sans analyse approfondie, avançant qu'il existe dans la procédure pénale des intérêts légitimes de l'Etat à la détermination de la vérité. A cet argument on peut opposer, d'une part, qu'il était important pour le

<sup>9</sup> RS 272

<sup>10</sup> RS 273

<sup>11</sup> RS 312.0

législateur de renforcer le secret des avocats dans le CPP. C'est la raison pour laquelle il a complété l'art. 171 d'un 4<sup>e</sup> alinéa selon lequel l'avocat ne peut être tenu de témoigner, quand bien même son client l'aurait délié du secret. D'autre part, le législateur souhaitait prévoir des règles similaires dans le CPP et le CPC<sup>12</sup>. La teneur plus étroite de l'art. 264, al. 1, CPP par rapport à l'art. 160, al. 1, CPP est une incongruence et n'est pas liée à des motivations de fond. 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.

### **3.8 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif<sup>13</sup>**

*Art. 46, al. 3 (nouveau)*

Cette nouvelle disposition reprend le contenu de l'art. 264, al. 1, let. a et d, CPP. Elle interdit de séquestrer les objets et les documents concernant des contacts entre une personne (le prévenu ou un tiers) et son avocat. Ici aussi, l'avocat ne doit pas avoir le statut de prévenu dans l'affaire.

### **3.9 Procédure pénale militaire du 23 mars 1979<sup>14</sup>**

*Art. 63 Séquestre*

Le nouvel al. 2 reprend le contenu de l'art. 264, al. 1, let. a et d, CPP et de l'art. 46, al. 3, DPA. Il interdit de séquestrer les objets et les documents concernant des contacts entre une personne (le prévenu ou un tiers) et son avocat. Ici aussi, l'avocat ne doit pas avoir le statut de prévenu dans l'affaire.

## **4 Conséquences**

Le projet n'aura pas de conséquences directes, ni sur le plan financier ni sur celui du personnel, pour la Confédération et les cantons; les conséquences indirectes, dues à une administration des preuves parfois plus compliquée, devraient rester relativement minimales. Il n'a aucun impact sur l'organisation des autorités administratives et judiciaires fédérales. Il s'agit simplement d'une harmonisation de dispositions de procédure.

<sup>12</sup> Voir BO 2007 E 721 (déclaration Wicki).

<sup>13</sup> RS 313.0

<sup>14</sup> RS 322.1

## **5**

### **Lien avec le programme de la législature**

Le projet n'est cité ni dans le message du 23 janvier 2008<sup>15</sup> ni dans l'arrêté fédéral du 18 septembre 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011<sup>16</sup>. Il a été élaboré en exécution d'une motion transmise en 2010 par le Parlement.

## **6**

### **Aspects juridiques**

Le projet se fonde sur les art. 60, al. 1, 96, 122, al. 1, 123, al. 1, 177, al. 3, 187, al. 1, let. d, 188, al. 2, et 191*a* de la Constitution (RS 101). Ces dispositions donnent à la Confédération la compétence de légiférer dans les domaines de la procédure civile, de la procédure pénale (y compris la procédure pénale administrative et la procédure pénale militaire) et de la procédure administrative. L'acte modificateur unique que nous présentons n'est qu'une adaptation de lois existantes.

<sup>15</sup> FF 2008 639

<sup>16</sup> FF 2008 7745

