ATF 144 II 473 | TF, 19.09.2018, 2C_988/2017*

Lorsque des discussions transactionnelles sont menées entre un avocat et une partie non représentée par un avocat, l'avocat mandaté postérieurement par cette partie n'est pas lié par la confidentialité des pourparlers, sauf si les parties ont convenu expressément d'une clause de confidentialité.

L'avocat qui produit une preuve illicite viole son devoir de diligence au sens de l'art. 12 let. a LLCA, à moins qu'il ait de bonnes raisons de penser qu'elle sera exploitable.

Faits

Suite au décès de leur père, une fratrie se réunit afin de discuter de la vente d'actions héritées. Lors de cette réunion, un frère, non assisté par un avocat, enregistre la séance à l'insu des autres participants.

Après cette réunion, le frère consulte un avocat, lequel dépose une requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles afin de faire interdiction aux autres héritiers de vendre les actions héritées. À l'appui de cette requête est produit l'enregistrement de la séance. Le Tribunal de première instance, puis la Cour de justice du canton de Genève, déclarent l'enregistrement inexploitable en raison de son caractère illicite après avoir effectué une pesée des intérêts (art. 152 al. 2 CPC).

La Commission du barreau du canton de Genève prononce alors un avertissement à l'encontre de l'avocat en raison de son manquement grave à son obligation de diligence au sens de l'art. 12 let. a LLCA. La Chambre administrative de la Cour de justice rejette le recours de l'avocat. Elle considère également que l'avocat a notamment violé ses obligations découlant de la LLCA en produisant un enregistrement de discussions transactionnelles et confidentielles. De plus, l'avocat a violé l'art. 398 al. 2 CO en exposant son client au risque d'une poursuite pénale fondée sur l'art. 179ter CP, alors qu'il était manifeste que la preuve était inexploitable.

L'avocat recourt au Tribunal fédéral, lequel doit préciser (*i*) les conditions de confidentialité des discussions transactionnelles et *(ii)* si un avocat peut produire une preuve qu'il sait

illicite.

Droit

L'art. 12 al. 1 let. a LLCA prévoit que l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence. L'art. 6 du Code suisse de déontologie (CSD) précise que l'avocat ne porte pas à la connaissance du tribunal des propositions transactionnelles, sauf accord exprès de la partie adverse. L'art. 26 CSD répète qu'il ne peut être fait état en procédure de documents ou du contenu de propositions transactionnelles ou de discussions confidentielles. La violation de ces règles de confidentialité constitue une violation de l'art. 12 al. 1 let. a LLCA. Il convient de préciser quand ces règles de confidentialité s'appliquent.

Le Tribunal fédéral distingue la situation lors de laquelle les discussions transactionnelles sont menées entre avocats de celles menées entre un avocat et une partie non représentée. Dans la première situation, les avocats sont automatiquement soumis au devoir de confidentialité. Dans la seconde situation, les règles de confidentialité s'appliquent seulement à condition que les parties l'aient expressément prévu. Si une telle clause est prévue, l'avocat nommé par la suite doit également respecter cette clause de confidentialité s'il est au courant de son existence. À défaut d'une telle clause, l'avocat consulté par la suite n'est soumis à aucun devoir de confidentialité et peut ainsi se prévaloir du contenu des pourparlers sans violer son devoir de diligence.

En l'espèce, l'avocat n'était pas présent lors de la réunion litigieuse et aucune clause de confidentialité n'a été adoptée par les parties. Dès lors, faute d'avoir été protégés par une clause de confidentialité, ces pourparlers pouvaient être invoqués en justice. La Cour de justice a ainsi retenu à tort que la production en justice de l'enregistrement constituait une violation de la confidentialité des discussions transactionnelles.

Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral se penche sur le devoir de diligence de l'avocat en relation avec les moyens de défense du client. Il considère que l'avocat ne peut que produire des moyens légaux à sa disposition. S'il sait qu'une preuve est illégale, il ne peut en faire usage sans violer l'art. 12 al. 1 let. a LLCA. L'accord du client, même correctement informé, ne saurait non plus justifier la production d'une preuve illicite.

Toutefois, mais de manière restrictive, l'avocat peut produire une preuve illicite s'il a de bonnes raisons de penser qu'elle serait exploitable au sens de l'art. 152 al. 2 CPC.

En l'espèce, l'avocat connaissait la provenance illicite de l'enregistrement, lequel tombe sous le coup de l'art. 179ter CP. La production de cette preuve constitue ainsi une violation du devoir de diligence. De plus, en déposant cette pièce, il a fait courir le risque d'une poursuite pénale à son client, ce qui constitue également une violation de l'art. 12 al. 1 let. a LLCA.

Dans un troisième temps, le Tribunal fédéral considère que la Cour de justice n'avait pas à examiner si l'acte reproché constituait également une violation de l'art. 398 al. 2 CO. En effet, cette potentielle violation a trait à la responsabilité civile de l'avocat, et non à ses obligations professionnelles découlant de l'art. 12 al. 1 let. a LLCA.

Partant, le Tribunal fédéral rejette le recours.

Proposition de citation : C□LIAN HIRSCH, La confidentialité des pourparlers et l'avocat qui produit une preuve illicite, in: https://lawinside.ch/670/