

Document	RSJ 116/2020 p. 363
Auteur(s)	François Bohnet, Luca Melcarne
Titre	Le client peut-il diffamer en se confiant à son avocat?
Pages	363-373
Publication	Schweizerische Juristen-Zeitung
Editeur / Rédaction	Pascal Pichonnaz (Red.), Meinrad Vetter (Red.)
Anciens Editeurs	Gaudenz G. Zindel (Red.)
ISSN	0036-7613
Maison d'édition	Schulthess Juristische Medien AG

SJZ 116/2020 S. 363

Le client peut-il diffamer en se confiant à son avocat?

La notion de confident nécessaire selon le Tribunal fédéral ([ATF 145 IV 462](#))

Prof. Dr François Bohnet, professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat, LL.M., et Luca Melcarne, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat, MLaw

Le Tribunal fédéral considère, dans l'[ATF 145 IV 462](#), qu'il se justifie d'ouvrir une instruction pénale à l'encontre du client d'un avocat en raison des propos que le premier aurait tenus en présence du second, dans le cadre du mandat confié, et que cet avocat avait relaté dans un courrier à l'attention de la personne s'estimant diffamée. La présente contribution se propose d'analyser cet arrêt aussi bien sous l'angle de son fondement juridique, que sous l'angle de ses implications concrètes pour les praticiennes et praticiens.

Das Bundesgericht hält es in [BGE 145 IV 462](#) für gerechtfertigt, ein Strafverfahren gegen den Klienten eines Anwalts einzuleiten wegen Äusserungen, die Ersterer als Mandant gegenüber dem Anwalt gemacht hatte und welche der Anwalt in einem Brief an die Person weitergab, die sich durch diese Äusserungen dann diffamiert sah und klagte. Der vorliegende Beitrag analysiert sowohl die rechtliche Grundlage dieses Urteils als auch seine praktischen Auswirkungen auf Anwältinnen und Anwälte. P. P.

I. Introduction

L'avocat est un garant de l'État de droit¹. Sans lui, le justiciable ne pourrait souvent faire valoir pleinement ses droits en justice et se défendre des accusations portées à son encontre, ce qui porterait une lourde atteinte à la réalisation de l'ordre juridique². Le principe d'indépendance et le secret professionnel de l'avocat sont des garanties primordiales de toute société démocratique³. L'ordre juridique suisse les consacre dans la loi sur la libre circulation de l'avocat⁴, dans le Code pénal⁵ et dans les lois de procédure⁶.

¹ *François Bohnet/Vincent Martenet*, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1304 et 3159.

² Arrêt de principe: [ATF 106 Ia 100](#), [JdT 1982 I 579, c. 6b](#); cf. plus récemment [ATF 144 II 473, c. 4.3](#).

³ En ce sens, *Bohnet/Martenet* (n. 1) N 1304 et 1807.

⁴ Art. 12 let. b et c, 13 [LLCA](#).

⁵ [Art. 321 CP](#).

⁶ [Art. 166 al. 1 let. b CPC](#); [art. 171 CPP](#).



Lorsqu'il fait appel à un avocat, le justiciable doit pouvoir communiquer en toute liberté, dans un rapport de confiance absolue vis-à-vis de celui-ci; s'il ne peut pas faire une entière confiance à son avocat et l'informer de tous les faits importants, il est difficile voire impossible pour celui-ci – non complètement informé – de le conseiller, l'assister et le représenter efficacement⁷. Le principe d'indépendance et le secret professionnel assurent ainsi la communication indispensable entre un client et son avocat⁸.

Si le droit pénal garantit le respect du secret professionnel, il protège aussi l'honneur, qui peut être atteint par des révélations faites à un avocat. Conçu de façon générale comme un droit au respect, l'honneur est lésé par toute assertion propre à exposer la personne visée au mépris, en sa qualité de

SJZ 116/2020 S. 363, 364

femme ou d'homme⁹. Lorsque de telles assertions sont tenues par un client, en présence de son avocat, se pose la question des éventuelles limites que le droit pénal fixe à la communication entre un client et son avocat. En d'autres termes, les infractions contre l'honneur limitent-elles la liberté de parole d'un justiciable qui communique avec son avocat? À l'inverse, la relation de confiance privilégiée qu'il existe entre un client et son avocat – garantie par le secret professionnel – assure-t-elle au client une liberté d'expression totale que le droit pénal ne saurait limiter?

Dans un arrêt rendu le 9 septembre 2019 publié au recueil officiel¹⁰, la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral a admis le recours déposé par une partie plaignante et, de fait, ordonné l'ouverture d'une instruction pénale pour infractions contre l'honneur à l'encontre du client d'un avocat, en raison des propos que le premier aurait tenus en présence du second, dans le cadre du mandat confié. La présente contribution se propose donc de revenir sur la décision du Tribunal fédéral en examinant celle-ci aussi bien sous l'angle de son fondement juridique, que sous l'angle de ses implications concrètes pour les praticiennes et praticiens.

II. L'ATF 145 IV 462

A. L'état de fait¹¹

X. a, par le biais de son avocat, adressé à A. un courrier dans lequel il affirmait avoir connu des «*de boires et [un] tre s grave pre judice financier cause par la socie te B. Ltd dans le contexte de la construction de son catamaran*» dont il tenait A. pour «*personnellement responsable*», de s lors qu'il e tait «*directement ou indirectement actionnaire quasi unique*» de B. Ltd.

Le courrier exposait un certain nombre de faits, dont il fallait, de l'avis de son auteur, «*craindre que les fonds verse s [par X.] n'aient e te utilise s pour construire d'autres catamarans, dont [celui de A.]*», étant précisé que «*la qualification juridique de tels agissements ne [lui] échapp[ait] pas*».

En outre, le courrier indiquait que X. «*craignait de ne jamais obtenir la livraison de son catamaran. Profitant de cette situation et lui faisant croire non seulement que s'il ne versait pas immédiatement la somme de € 125 000, [il] risquait de ne jamais prendre possession de son bateau, d'autre part que celui-ci allait e tre termine , [A.] l'avait astucieusement amene a verser la somme de € 125 000 sur le compte bancaire de la socie te B. Ltd, e tant pre cise que ce montant n'a[avait] apparemment pas e te affecte a finaliser la construction ou la livraison conforme du bateau. Un tel comportement, s'il e tait ave re , serait d'une gravite qui, elle non plus, ne devrait pas lui e chapper*».

Enfin, il était mentionné que A. «*avait initie une proce dure de liquidation de la socie te B. Ltd. Dans les circonstances décrites, une telle initiative rele verait de la banqueroute au sens du droit applicable*».

A. a porté plainte pénale contre X. Par ordonnance du 28 mars 2018, le Ministère public genevois a refusé d'entrer en matière sur la plainte formée par A. Par arrêt du 12 décembre 2018, la Chambre pénale de recours de la Cour de justice genevoise a rejeté le recours formé contre cette ordonnance par A. Dans son arrêt, la Cour de justice relève que les propos litigieux ont été tenus dans le cadre du mandat confié à l'avocat, en lien avec la problématique du catamaran, de sorte que l'avocat revêtait la qualité de «*confident nécessaire*». De l'avis des juges cantonaux, l'avocat avait servi d'intermédiaire entre son client et X., de

⁷ François Bohnet/Luca Melcarne, La levée du secret professionnel de l'avocat en vue du recouvrement de ses créances d'honoraires, [SJ 2020 II 29](#), point II et les réf. citées.

⁸ *Ibidem*.

⁹ [ATF 145 IV 462, c. 4.2.2](#) et les réf. citées.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Le présent état de fait résulte aussi bien de l'[ATF 145 IV 462](#), que de l'arrêt de la Chambre pénale de recours de la Cour de justice du canton de Genève du 12.12.2018, P/23 344/2017 [ACPR/744/2018](#).



sorte que, en l'absence de «*tiers*», la commission des infractions de calomnie et de diffamation était exclue. En lien avec lesdites infractions, l'arrêt cantonal précisait en outre que le courrier litigieux n'apparaissait pas attentatoire à l'honneur, compte tenu des réserves qu'il émettait quant à la véracité des faits énoncés.

A. a formé recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral en requérant le renvoi de la cause au ministère public pour ouverture d'une instruction contre X. du chef de calomnie, subsidiairement diffamation, en concours avec l'injure.

B. Les considérants en droit

L'arrêt commenté rappelle que, pour qu'il y ait diffamation ([art. 173 CP](#)) ou calomnie ([art. 174 CP](#)), l'auteur doit s'adresser à un tiers, à savoir, en principe, toute personne autre que l'auteur et que celle faisant l'objet des propos portant atteinte à l'honneur.

Le Tribunal fédéral présente divers avis doctrinaux sur la question. Plusieurs auteurs critiquent cette définition en la jugeant trop large et considèrent que, parmi d'autres, l'avocat ne doit pas être considéré comme un tiers, dès lors que les propos qui lui ont été communiqués par son client servent à épancher l'âme et non à être utilisés plus tard dans des écritures¹². D'autres auteurs sont d'avis que même un confident

SJZ 116/2020 S. 363, 365

nécessaire est un tiers envers lequel l'image de la victime peut être dégradée, de sorte que l'impunité doit être subordonnée à une pesée des intérêts. Dans ce cadre, le besoin de communiquer ne sera prépondérant que si l'auteur ignorait la fausseté de ses allégations et avait de bonnes raisons de penser que son interlocuteur respecterait la confidentialité¹³.

Notre Haute Cour procède ensuite à une présentation de sa jurisprudence rendue sur le sujet, se référant à :

– un arrêt non publié du 11 juillet 1957 (cité dans l'[ATF 86 IV 209](#)), dans lequel était examinée – mais n'a pas été tranchée – la question de savoir s'il n'y avait pas lieu d'exclure du cercle des tiers, ceux que l'on appelle les «*confidents nécessaires*». Le Tribunal fédéral avait tout de même admis qu'il ne se justifiait pas de déroger à la règle en déniait à l'avocat la qualité de tiers;

– l'[ATF 86 IV 209](#) précité a repris cette jurisprudence en la justifiant par le fait que les intérêts du client n'exigent pas que la qualité de tiers soit déniée à son avocat. Ainsi, si le client doit pouvoir s'exprimer le plus librement possible en présence de son avocat, il est raisonnable d'exiger de celui-ci qu'il s'en tienne à des assertions qui se rapportent d'une manière ou d'une autre à son affaire et ne sont pas absolument dénuées de fondement. Or, à condition de respecter ces limites, le client pourra faire administrer les preuves libératoires conformément à l'art. 173 ch. 2 et 3 [CP](#) et ainsi échapper à toute sanction pénale;

– un arrêt non publié du 24 janvier 1992¹⁴, aux termes duquel il a été jugé «*conforme à la jurisprudence publiée aux [ATF 86 IV 211](#) de considérer la doctoresse de l'enfant non pas comme un tiers mais comme une confidente tenue de garder secrètes les déclarations [du père de l'enfant] dont elle était dépositaire en sa qualité de médecin ([art. 321 CP](#))*»;

– un arrêt non publié du 10 septembre 2003¹⁵, aux termes duquel l'avocat a, au vu des circonstances particulières du cas, été qualifié de tiers au sens de l'[art. 173 CP](#). D'une part, le client ne pouvait pas compter sur le fait que les informations données à son avocat seraient gardées confidentielles par ce dernier et ne seraient pas utilisées par lui dans sa stratégie de défense. D'autre part, le courrier contenant des propos attentatoires à l'honneur avait été envoyé par l'avocat à la partie adverse avec l'accord du client;

– un arrêt non publié du 8 juin 2016¹⁶, en vertu duquel, quand bien même l'avocat entretenait avec le client une relation particulière fondée sur la confiance, les propos tenus par le second ne présentaient pas un lien avec les affaires confiées au premier, en sa qualité d'avocat. En portant à la connaissance de son avocat le conflit strictement personnel qui l'opposait à la partie plaignante, le client s'était ainsi écarté du cadre dans lequel il aurait été exceptionnellement possible d'admettre l'existence d'une situation de «*confident nécessaire*»;

¹² [ATF 145 IV 462, c. 4.3.3](#) et les réf. citées.

¹³ *Idem*.

¹⁴ TF 6S.608/1991 du 24.1.1992, c. 4.

¹⁵ TF [6S.171/2003](#) du 10.9.2003, c. 1.3.

¹⁶ TF [6B 229/2016](#) du 8.6.2016, c. 1.3.



—divers arrêts non publiés rendus au cours des dernières années¹⁷, aux termes desquels un avocat peut être un tiers au sens des [art. 173 et 174 CP](#).

Au vu de ce qui précède et du contenu du courrier du 8 août 2017 adressé à A. par l'avocat de X., le Tribunal fédéral considère que l'on ne peut exclure que X. ait communiqué les propos litigieux dans le but que son avocat s'en serve notamment à l'attention de A., de sorte que l'avocat ne saurait être considéré, en l'espèce, comme un «*confident*». Aux yeux des juges fédéraux, l'on ne pouvait nier – qui plus est préalablement à toute instruction – que l'avocat de X. puisse avoir la qualité de tiers au sens des [art. 173 et 174 CP](#).

En outre, l'arrêt commenté relève que les quelques timides réserves indiquées dans le courrier du 8 août 2017 ne permettent pas d'exclure que, par les déclarations faites à son avocat en vue de la rédaction dudit courrier, X. puisse s'être rendu coupable d'une infraction contre l'honneur.

Ce faisant, les juges fédéraux considèrent que l'ordonnance de non-entrée en matière ne peut pas être confirmée sans violer, par là même, l'[art. 310 CPP](#) et le principe «*in dubio pro duriore*»¹⁸.

III. L'avocat, un confident nécessaire

À la lecture de l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 septembre 2019, un premier constat s'impose: ni cette décision ni la jurisprudence fédérale qu'elle cite ne définissent la notion de *confident nécessaire* (*Vertrauensperson*), pourtant largement employée. En l'absence de toute définition, la notion de *confident nécessaire* est tantôt opposée à celle de *tiers* – l'avocat est alors qualifié de *tiers*, faute d'être un *confident nécessaire* – tantôt les deux notions sont mises en relation –

SJZ 116/2020 S. 363, 366

la question est alors de savoir si, en sa qualité de *confident nécessaire*, l'avocat doit être exclu du cercle des *tiers*.

En vue de clarifier la situation, il convient, avant toute chose, de définir la notion de confident nécessaire

A. La notion de confident nécessaire

Sous l'empire du Code pénal français de 1810 (aCPfr.), la violation du secret professionnel était sanctionnée par l'art. 378 dont la teneur, dans sa première version, était la suivante:

«Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes, et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs».

L'énumération des professionnels de l'art. 378 aCPfr. n'étant pas exhaustive, la jurisprudence a élargi la liste des professions soumises au secret professionnel, au rang desquelles figure évidemment la profession d'avocat¹⁹. La notion de confident nécessaire a donc été utilisée en France pour désigner celles et ceux qui, par leur état ou leur profession, étaient amenés à recevoir les «*secrets qu'on leur confie*», d'où l'appellation de confident nécessaire²⁰.

Selon la formule consacrée, la Cour de cassation française affirmait «*qu'il résulte des termes de l'article 378 du Code pénal que le secret professionnel ne peut être opposé à la justice que par ceux qui sont, en raison de leur profession ou de leur état, des confidents nécessaires*»²¹. Elle précisait en outre «*que ce que la loi a voulu garantir c'est la sécurité des confidences qu'un particulier est dans la nécessité de faire à une personne dont l'état ou la profession, dans un intérêt général et d'ordre public, fait d'elle un confident*

¹⁷ TF [6B 974/2018](#) du 20.12.2018, c. 2.3.1; [6B 318/2016](#) du 13.10.2016, c. 3.8.2; [6B 491/2013](#) du 4.2.2014, c. 5.2.

¹⁸ Sur ce principe, voir [ATF 138 IV 86, c. 4.1.1.](#)

¹⁹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, arrêt du 7.6.1983, N° 82-14469, publié au Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation/Chambre civile 1, N 169.

²⁰ *Jean-Pierre Rosencveig/Pierre Verdier/Christophe Daadouch*, Le secret professionnel en travail social et médico-social, 6^e éd., Malakoff 2016, 37.

²¹ Cour de Cassation, Chambre criminelle, arrêt du 4.11.1971, N° 70-91953, publié au Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation/Chambre criminelle, N 301; Cour de Cassation, Chambre criminelle, arrêt du 6.7.1977, N° 76-93270, publié au Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation/Chambre criminelle, N 258.



nécessaire»²². La notion de confident nécessaire apparaît donc indissociablement liée à l'institution juridique qu'est le secret professionnel, dès lors qu'elle en désigne les détenteurs.

Il en va de même en Suisse, où la notion de confident nécessaire développée par les juristes français a été importée. Ainsi, en 1956, Paul Logoz débutait son commentaire de l'[art. 321 CP](#) – norme pénale qui sanctionne la violation du secret professionnel – en ces termes:

«On a, en France, parlé de ‹ confidents nécessaires › à propos de ceux qui, exerçant certaines professions, se trouvent initiés à des choses qui ne sont pas destinées à la publicité et qu'ils ont le devoir de ne pas divulguer»²³.

Si la jurisprudence fédérale ne donne pas une portée univoque à la notion de confident nécessaire, un arrêt non publié du 28 janvier 2013 précise tout de même, en accord avec la conception française, que *«la qualité de ‹confident nécessaire› ne saurait se résumer au devoir de confidentialité ou de secret mais vise des situations dans lesquelles ces devoirs découlent aussi d'un rapport particulier entre le déclarant et le destinataire»*, renvoyant par ailleurs expressément à l'[art. 321 CP](#)²⁴.

Au vu de ce qui précède, l'avocat apparaît comme le confident nécessaire du client, dès lors qu'il est soumis au secret professionnel en vertu de l'[art. 321 CP](#). Ce qualificatif n'est donc pas réservé à l'avocat, mais vaut pour tous les professionnels énumérés à l'[art. 321 CP](#).

B. Une notion indépendante de la nature des propos tenus par le client

Dans l'arrêt du 9 septembre 2019, le Tribunal fédéral affirme que l'avocat ne peut être considéré comme un *«confident»*, dès lors que les circonstances du cas ne permettent pas de penser que les propos susceptibles d'être attentatoires à

SJZ 116/2020 S. 363, 367

l'honneur ont été communiqués à l'avocat *«en comptant sur le fait que ce dernier ne les communiquerait pas plus loin»²⁵.*

Cette jurisprudence fait dépendre la qualité de confident nécessaire de l'avocat des circonstances dans lesquelles les propos ont été communiqués par le client. Le premier ne serait confident nécessaire que lorsque le second envisageait que les propos communiqués seraient gardés confidentiels par l'avocat et ne seraient pas utilisés dans la stratégie de défense ou de représentation²⁶.

Or l'avocat est soumis au secret professionnel, au sens de l'[art. 321 CP](#), dès l'instant où il apprend une information confidentielle dans l'exercice de sa profession. L'obligation de secret au sens de l'[art. 321 CP](#) – et par là même la qualité de confident nécessaire au sens entendu ci-dessus²⁷ – existe donc dès qu'il y a un lien de causalité entre la connaissance de l'information confidentielle et l'exercice de l'activité – typique²⁸ – de l'avocat²⁹. Le fait que, pour et par l'exercice de son activité, l'avocat communique à son tour l'information donnée par le client n'influence pas le caractère confidentiel de celle-ci, qui reste donc couverte par le secret professionnel. Dès lors qu'elle *désigne le détenteur du secret professionnel*, la qualité de confident nécessaire ne saurait être déniée à un avocat.

²² Cour de Cassation, Chambre criminelle, arrêt du 19 novembre 1985, N° 83-92813, publié au Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation/Chambre criminelle, N 364.

²³ Paul Logoz, Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale II (art. 213 à 332), Neuchâtel/Paris 1956, art. 321 N 1.

²⁴ TF [6B 698/2012](#) du 28.1.2013, c. 3.2.1; cf. ég. Stefan Trechsel/Viktor Lieber, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (éds), Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2018, art. 173 N 4 qui, en parlant de la notion de confident nécessaire, indique: *«[w]ichtig ist die Bindung des Vertrauens an eine Geheimhaltungspflicht»*.

²⁵ [ATF 145 IV 462, c. 4.3.4.](#)

²⁶ TF [6S.171/2003](#) du 10.9.2003, c. 1.3, cité dans [ATF 145 IV 462, c. 4.3.3.](#)

²⁷ Cf. *supra*, point III.A.

²⁸ Sur cette notion, cf. [ATF 143 IV 462, c. 2.2](#); [120 Ib 112, c. 4](#); [117 Ia 341, c. 6a/cc](#); [115 Ia 197, c. 3d/bb](#); [114 III 105, c. 3b](#); [112 Ib 606, c. b.](#)

²⁹ Benoît Chappuis, in: Alain Maculso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (éds), Code pénal II, Art. 111-392: commentaire, Bâle 2017, art. 321 N 55 et 57; Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3^e éd., Berne 2010, art. 321 N 25; Stefan Trechsel/Hans Vest, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (éds), Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2018, art. 321 N 21.



Outre le fait qu'il n'est pas pertinent pour apprécier la qualité de confident nécessaire, nous verrons, ci-après, que le critère développé par le Tribunal fédéral n'est pas même pertinent sous l'angle de l'appréciation de la qualité de tiers, au sens de l'[art. 173 CP](#)³⁰.

IV. L'avocat, un tiers au sens de l'[art. 173 CP](#)

Dans son arrêt du 9 septembre 2019, le Tribunal fédéral confirme la position de principe de tiers de l'avocat, tout en précisant qu'au vu des circonstances du cas d'espèce, *«il était par conséquent exclu, qui plus est préalablement à toute instruction, de nier que l'avocat de X. puisse avoir la qualité de tiers»*³¹. Ainsi, il n'est pas permis de savoir si, de l'avis des juges fédéraux, la définition du tiers au sens de l'[art. 173 CP](#) reste applicable sans restriction, de sorte que l'avocat est un tiers, ou si, selon les circonstances du cas d'espèce, celui-ci pourrait «perdre» sa qualité de tiers.

L'infraction de l'[art. 173 CP](#) suppose que des propos attentatoires à l'honneur aient été communiqués par l'auteur *«en s'adressant à un tiers»*. Dans un arrêt de la Cour de cassation pénale du 16 juillet 1943 et sur la base d'une interprétation littérale, le Tribunal fédéral affirmait déjà que *«[l]es termes dont se sert l'art. 173 («en s'adressant à un tiers») ne comportent aucune restriction. Au sens de cette disposition légale, le diffamateur peut s'adresser à un tiers quelconque, même à un magistrat ou à un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions»*³².

Peu après, le Tribunal fédéral a été saisi du cas d'un avocat auquel une communication – potentiellement attentatoire à l'honneur – avait été faite *pour* son client; se posait alors la question de la commission de l'infraction de diffamation³³. Le juge de première instance répondit qu'un avocat ne peut pas être considéré comme un tiers vis-à-vis de son client; la Cour d'appel cantonale confirma cette position en affirmant que *«[l]'avocat se confond avec son client»*³⁴. D'un avis différent, la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral précisa que la qualité particulière dans laquelle intervient l'avocat ne l'empêche pas d'être un tiers au sens de l'[art. 173 CP](#), lorsqu'il reçoit, pour son client, une lettre qui est diffamatoire à l'égard de celui-ci³⁵. Notre Haute Cour argumenta que l'[art. 173 CP](#) protège la réputation de la victime qui peut être compromise également auprès de l'avocat de la victime³⁶.

Par la suite, la jurisprudence a précisé que la notion de «tiers» se réfère à toute personne autre que l'auteur et que celle faisant l'objet des propos portant atteinte à l'honneur³⁷.

Ce n'est que dans l'arrêt non publié du 24 janvier 1992, que la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral nie la qualité de tiers à une médecin, au motif que *«les confidences reçues par la doctoresse lui ont été faites parce qu'elle traitait la fille de l'intimé dans le cadre d'un conflit familial. Dès lors, ces révélations ressortissaient au secret médical»*³⁸. Toute-

SJZ 116/2020 S. 363, 368

fois, cette jurisprudence n'a depuis lors pas été suivie ni même discutée de manière plus détaillée dans les récents arrêts qui l'ont citée, en particulier celui du 9 septembre 2019.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral prône, depuis l'entrée en vigueur du Code pénal suisse et malgré les quelques nuances que semblent contenir certains de ses arrêts, une approche absolue de la notion de tiers. Outre le fait qu'elle se fonde sur une interprétation littérale de l'[art. 173 CP](#), celle-ci trouve également appui dans une interprétation historique, compte tenu des travaux préparatoires du Code pénal suisse, aux termes desquels *«le projet a en définitive adopté le système de la classification en trois délits, calomnie, diffamation et injures. La définition des deux premiers délits est la même [...]. Dans les deux cas, d'autre part, l'auteur s'adresse à un tiers, distinct de la personne que vise la calomnie ou la diffamation»*³⁹.

³⁰ Cf. *infra*, point V.D.

³¹ [ATF 145 IV 462, c. 4.3.3.](#)

³² ATF 69 IV 114, 116.

³³ Arrêt Klagsbrunn du 12.5.1944 cité et résumé in: *Paul Logoz*, A propos des délits contre l'honneur, RPS 1946 83, 95 s.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ [ATF 86 IV 209, 211](#), confirmé in TF [6B 512/2017](#) du 12.2.2018, c. 3.3.1.

³⁸ TF 6S.608/1991 du 24.1.1992, c. 4.

³⁹ Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de Code pénal suisse du 23.7.1918, FF 1918 IV 1, 43.



Par ailleurs, selon une interprétation téléologique, même un confident nécessaire est un tiers envers lequel l'image de la victime peut être dégradée⁴⁰, de sorte que l'approche adoptée par le Tribunal fédéral dans son arrêt *Klagsbrunn* précité⁴¹, peut être généralisée à tous les cas de communication entre un client et son avocat.

Au vu de ce qui précède, une interprétation aussi bien littérale, qu'historique et téléologique plaident en faveur de la définition du «tiers» donnée par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Partant, l'avocat est un «tiers» au sens de l'[art. 173 CP](#), et ce, malgré sa qualité de confident nécessaire.

V. L'application de l'[art. 173 CP](#) aux propos tenus par un client à son avocat

L'avocat est confident nécessaire. Il est également un tiers au sens de l'[art. 173 CP](#). Se pose donc la question de savoir comment ces deux qualités peuvent être conciliées au moment d'appliquer l'[art. 173 CP](#) aux propos tenus par un client à son avocat.

Pour ce faire, nous commencerons par présenter brièvement la structure atypique et complexe de l'[art. 173 CP](#) (A.). Nous nous intéresserons ensuite à l'application proprement dite de l'[art. 173 CP](#) aux déclarations faites par un client à son avocat. Il s'agira d'abord de mettre en évidence le contexte très particulier de la relation avocat-client et son influence sur l'interprétation des éléments constitutifs de l'infraction (B.). Ensuite, nous traiterons du rôle des preuves libératoires dans ce domaine (C.). Enfin, nous examinerons la pertinence du critère développé par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 9 septembre 2019, dans le cadre de l'application de l'[art. 173 CP](#) à la relation avocat-client (D.).

A. L'[art. 173 CP](#): une structure particulière

L'[art. 173 CP](#) présente une structure singulière. Si son ch. 1 décrit de manière classique le comportement incriminé par l'infraction de diffamation, le législateur a institué aux ch. 2 et 3 un système de preuves libératoires qui, malgré la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction, permettent d'exclure une condamnation pénale, et ce, afin de tenir compte des intérêts légitimes que l'on peut avoir à s'exprimer⁴². La question des preuves libératoires ne se pose que si les éléments constitutifs de la diffamation sont réalisés⁴³.

Par ailleurs, l'existence des preuves libératoires n'exclut pas l'application des règles de la partie générale du Code pénal relatives aux faits justificatifs⁴⁴, dont l'examen prime celui des preuves libératoires, dès lors que l'existence d'un fait justificatif exclut d'emblée l'acte illicite⁴⁵.

Ainsi, l'avocat qui s'exprime au nom de son client, dans le cadre d'une procédure, peut à certaines conditions échapper à la poursuite pénale s'il peut se prévaloir de son devoir pro-

SJZ 116/2020 S. 363, 369

⁴⁰ *Günter Stratenwerth/Guido Jenny/Felix Bommer*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7^e éd., Berne 2010, § 11 N 25, qui utilisent la notion de personne de confiance (*Vertrauensperson*). Cf. déjà dans la première édition, *Günter Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, Berne 1973, 115 s.

⁴¹ Cf. *supra* arrêt *Klagsbrunn* du 12.5.1944 cité et résumé in: *Paul Logoz* (n. 33) 95 s.

⁴² *Corboz* (n. 29) art. 321 N 51 et 115; *Bernard Corboz*, La diffamation, [SJ 1992 629](#), 649 s; cf. ég. *François Clerc*, Cours élémentaire sur le Code pénal suisse: partie spéciale, Tome I, art. 111-186, Lausanne 1943, 188 s qui, au sujet de «l'exception de vérité», mentionne ce qui suit: «[I]es uns, partant du principe que toute vérité n'est pas bonne à dire, enseignent qu'en règle générale, la diffamation doit être punie, alors même qu'elle a trait à des faits vrais. D'autres, soucieux de garantir un droit de libre critique, en particulier à l'égard des pouvoirs publics, garantissent l'impunité à celui qui est en mesure d'apporter la preuve de ce qu'il a allégué. Notre Code pénal a combiné ces deux systèmes en assurant la prédominance du second».

⁴³ *Corboz* (n. 42) 646. Cf. ég. *BSK StGB II-Ricklin*, art. 173 N 5, selon qui «[d]ie Frage der Wahrheit einer Aussage betrifft nicht die Tatbestandsmässigkeit, sondern die Strafbarkeit».

⁴⁴ [ATF 131 IV 154](#), [SJ 2006 I 42, c. 1.3](#); [ATF 123 IV 97](#), [JdT 1998 IV 130, c. 2c/aa](#) et les réf. citées.

⁴⁵ [ATF 131 IV 154](#), [SJ 2006 I 42, c. 1.3](#).

fessionnel d'exercer sa profession avec soin et diligence ([art. 12 let. a LLCA](#)) et donc d'un acte autorisé par la loi au sens de l'[art. 14 CP](#) (art. 32 aCP). Cela suppose que les propos attentatoires à l'honneur soient nécessaires et pertinents, qu'ils ne soient pas contraires à la bonne foi et, s'il s'agit de suppositions, que celles-ci soient présentées comme telles⁴⁶.

Quant au client, lorsqu'il se confie à son avocat, il n'est soumis à aucun devoir de parler, de sorte qu'il ne peut se prévaloir de l'[art. 14 CP](#). En l'absence d'un tel fait justificatif, s'il remplit les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'[art. 173 ch. 1 CP](#), il restera donc à examiner si le client peut échapper à toute peine par le biais des preuves libératoires⁴⁷.

D'emblée, cette solution soulève des interrogations en lien avec la protection de la relation de confiance absolue qui doit pouvoir s'établir entre un avocat et son client et que le secret professionnel tend à garantir. En effet, renvoyer le client au système des preuves libératoires pour les déclarations faites à son avocat reviendrait, au vu de ce qui précède, à reconnaître que la communication faite par un client à son avocat dans le cadre du mandat confié à celui-ci remplit les éléments constitutifs de l'infraction de diffamation, de la même manière que n'importe quel auteur tenant les mêmes propos dans un tout autre contexte. Cela risque de porter une atteinte inadmissible à la relation de confiance absolue qui doit pouvoir s'établir entre un avocat et son client; un tel résultat ne doit donc, à notre sens, être admis qu'avec beaucoup de retenue.

B. Les éléments constitutifs: la prise en compte du contexte particulier

Sous l'angle des éléments constitutifs objectifs de l'infraction de diffamation, l'[art. 173 CP](#) implique notamment l'allégation d'un fait attentatoire à l'honneur. Selon la jurisprudence, le caractère attentatoire à l'honneur d'une déclaration doit s'apprécier selon une interprétation objective qui tienne compte du sens que le destinataire non prévenu devait, dans les circonstances d'espèce, lui attribuer; une même déclaration peut donc avoir une portée différente suivant le contexte dans laquelle elle est divulguée⁴⁸.

Ainsi, le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'affirmer que *«les propos que tiennent des adversaires politiques en période d'élections ou de votations ne doivent pas toujours être pris au pied de la lettre, car ils dépassent souvent la pensée de leurs auteurs et ne correspondent pas forcément à la réalité objective. [...] Compte tenu de la passion qui anime fréquemment la lutte politique, le lecteur ou l'auditeur accorde généralement aux propos émis en de telles occasions un crédit moindre qu'à des propos semblables tenus dans d'autres circonstances»*⁴⁹. Ainsi, dans la discussion politique, l'atteinte à l'honneur punissable n'est admise qu'avec retenue et, en cas de doute, doit être niée⁵⁰.

L'avocat est le confident nécessaire de son client. Pour et par l'exécution du mandat, il apprend des faits intimes et secrets le concernant, de sorte qu'il se justifie de le soumettre au secret professionnel⁵¹. Celui-ci assure un climat de confiance absolue et permet d'instaurer une communication libre entre le client et son avocat; le client va ainsi pouvoir se livrer en faisant part de sa version des faits, mais également de ses émotions, son ressenti, ses opinions. Au demeurant, lorsqu'il s'épanche dans le cabinet de son avocat, le client est bien souvent en conflit avec la personne objet des propos litigieux et se trouve alors animé par une certaine passion.

Dans ce contexte particulier, les propos adressés par un client à son avocat peuvent dépasser la pensée dudit client et ne pas correspondre à la réalité objective; une forme d'exagération est tout à fait prévisible, ce dont l'avocat, destinataire desdits propos, est parfaitement conscient. En d'autres termes, la qualité de confident nécessaire de l'avocat permet une communication *«désinhibée»* qui ne peut être remise en

⁴⁶ [ATF 135 IV 177, c. 4](#); [131 IV 154, SJ 2006 I 42, c. 1.3](#); [ATF 118 IV 153, c. 4b](#); [118 IV 248, c. 2c](#).

⁴⁷ Cf. *infra*, point V.C.; cf. toutefois *Peter Noll*, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I: Delikte gegen den Einzelnen, Zurich 1983, 113, qui semble admettre la possibilité d'invoquer la sauvegarde d'intérêts légitimes: *«[d]as Problem kann nicht über die Auslegung des Tatbestandes, sondern muss bei der Frage der Rechtfertigung (Wahrnehmung berechtigter Interessen) gelöst werden. Wenn z.B. der Patient sich bei seinem Psychiater in ehrverletzender Weise über seinen Arbeitgeber beklagt, so sollte dies nicht strafbar sein, weil das Interesse am Schutz des Vertrauensverhältnisses überwiegt»*. Il convient cependant de rappeler que ce motif justificatif extra-légal doit être interprété restrictivement et est soumis à des exigences particulièrement sévères, cf. à ce sujet, [ATF 134 IV 216, c. 6.1](#); [129 IV 6, c. 3.3](#); [127 IV 166, c. 2b](#).

⁴⁸ [ATF 145 IV 462, c. 4.2.3](#); [137 IV 313, c. 2.1.3](#); [128 IV 53, c. 1a](#); [118 IV 248, c. 2b](#).

⁴⁹ [ATF 105 IV 194, c. 2a](#).

⁵⁰ [ATF 128 IV 53, c. 1a](#); [118 IV 248, c. 2b](#); [116 IV 146, c. 3c](#); cf. récemment TF [6B 365/2019](#) du 8.10.2019, c. 4.2.

⁵¹ *François Bohnet/Luca Melcarne*, Le secret professionnel du médecin, de l'avocat, du notaire et de l'agent d'affaires dans la poursuite pour dettes: recouvrement des créances, devoir de renseigner et de remettre, [JdT 2020 II 31](#) à paraître, point II.A.

question en tant que telle, sous peine de porter une atteinte inadmissible au rapport de confiance entre avocats et clients. Lorsqu'il s'agit d'appliquer l'[art. 173 CP](#) aux propos tenus par

SJZ 116/2020 S. 363, 370

un client à son avocat, ce contexte très particulier doit être pris en considération.

Partant, le sens d'une confiance faite à un avocat ne saurait – malgré la qualité de tiers de ce dernier – être apprécié comme la déclaration faite à n'importe quel tiers. Le caractère attentatoire à l'honneur d'une confiance faite par un client à son avocat devra donc être apprécié avec beaucoup de retenue au vu du cadre et du contexte dans lequel elle intervient. À notre sens, de manière encore bien plus évidente que pour les propos tenus entre adversaires politiques, l'atteinte à l'honneur ne sera, dans le cas des confidences faites par un client à son avocat, admise qu'avec retenue et, en cas de doute, devra être niée.

En pratique, le caractère attentatoire à l'honneur de propos tenus par un client à son avocat ne devrait, à notre sens, être admis que s'ils n'ont pas de lien objectif avec l'affaire dans laquelle intervient l'avocat et que lesdits propos ne tendent, en définitive, qu'à exposer la personne visée au mépris. Tel pourrait être le cas si le client a porté à la connaissance de son avocat, en des termes attentatoires à l'honneur, un conflit strictement personnel qui l'oppose à la partie adverse, sans lien avec l'affaire dont est en charge son avocat⁵². En pareil cas, même le contexte particulier créé par la qualité de confident nécessaire de l'avocat ne permettrait de dénier à l'allégation litigieuse son caractère attentatoire à l'honneur. Cette position trouve un certain écho dans la jurisprudence fédérale, à tout le moins dans le résultat auquel elle aboutit. Ainsi, dans l'[ATF 86 IV 209](#), le Tribunal fédéral affirmait – en lien avec les preuves libératoires et non avec l'interprétation des éléments constitutifs objectifs de l'infraction – qu'il «*est cependant raisonnable de demander au client de s'en tenir à des assertions qui se rapportent d'une manière ou d'une autre à son affaire et ne sont pas absolument dénuées de fondement. Or, à condition de respecter ces limites, le client échappera aux sanctions prévues par l'art. 173 ch. 1 CP*»⁵³. De manière similaire, l'[ATF 86 IV 209](#) arrivait à ce constat pour le moins clair: «*[e]n somme, ce n'est que s'il parle sans raison que le client encourra une peine. Or ce résultat n'a rien de choquant. Il s'impose même, eu égard aux intérêts légitimes du lésé*»⁵⁴.

Dès lors que, selon la définition proposée ci-dessus, des propos diffamatoires (au sens de l'[art. 173 CP](#)) n'ont pas de lien objectif avec l'affaire dans laquelle intervient l'avocat, ceux-ci auront vraisemblablement été tenus par le client en comptant sur le fait que son avocat, soumis au secret professionnel et partant confident nécessaire, ne les communiquerait pas à son tour. Partant, à moins que le client ne révèle lui-même avoir tenu de tels propos à son avocat⁵⁵ ou que l'avocat ne les dévoile en violation de son devoir de diligence⁵⁶, l'existence même desdits propos ne devrait, en définitive, pas être connue en dehors du cadre strictement confidentiel de la relation avocat-client.

C. Les preuves libératoires: l'absence de portée pratique

Tel qu'indiqué précédemment⁵⁷, lorsque les éléments constitutifs de l'infraction de diffamation sont réunis, l'auteur peut encore échapper à toute condamnation pénale en apportant l'une des deux preuves libératoires prévues par l'[art. 173 ch. 2 CP](#). Toutefois, l'[art. 173 ch. 3 CP](#) exclut la possibilité d'apporter les preuves libératoires susmentionnées lorsque deux conditions sont réunies: les propos ont été tenus sans motif suffisant et l'auteur a agi dans le dessein principal de dire du mal d'autrui⁵⁸.

Selon l'approche proposée ci-dessus⁵⁹, lorsque les éléments constitutifs de l'infraction de diffamation sont réunis, la possibilité d'apporter les preuves libératoires sera en principe exclue pour le client, dès lors que celui-ci se sera exprimé sans motif légitime et vraisemblablement dans le seul but de médire. Partant, il pourrait être reproché à notre interprétation des éléments constitutifs, d'aboutir à nier toute portée pratique au système des preuves libératoires, dans le cadre de l'application de l'[art. 173 CP](#) aux propos tenus par un client à son avocat.

⁵² Pour un exemple, cf. TF [6B 229/2016](#) du 8.6.2016, c. 1.3.

⁵³ [ATF 86 IV 209, 210](#); *contra*: TF 6S.608/1991 du 24.1.1992, c. 4 qui traite du cas d'une médecin; cf. *supra*, point II.B.

⁵⁴ [ATF 86 IV 209, 211](#).

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cf. *infra*, point VI.

⁵⁷ Cf. *supra*, point V.A.

⁵⁸ [ATF 137 IV 313, c. 2.4.4](#); [132 IV 112, c. 3.1](#).

⁵⁹ Cf. *supra*, point V.B.

Le système des preuves libératoires permet de tenir compte des intérêts légitimes que l'on peut avoir à s'exprimer⁶⁰. Or, dans le cas de propos tenus par un client à son avocat, il ne s'agit pas simplement de tenir compte de l'intérêt légitime que pourrait avoir, dans un cas déterminé, un client à s'exprimer en présence de son avocat. Il s'agit bien plus de prendre en considération, de manière générale, le rapport de confiance qui lie un client à son avocat, confident nécessaire. En d'autres termes, il s'agit de garantir une application de l'[art. 173 CP](#) qui prenne en compte, de manière adéquate, le secret profes-

SJZ 116/2020 S. 363, 371

sionnel en tant qu'«*institution nécessaire à l'Etat de droit*»⁶¹. Ce n'est qu'au stade de l'examen de l'illicéité que ce contexte particulier peut et doit être considéré, dès lors qu'il produit une influence directe sur le contenu et le sens des déclarations faites par le client, ainsi que sur la manière qu'aura l'avocat de les percevoir.

Par ailleurs, admettre le contraire et, partant, ne prendre en considération le contexte particulier dans lequel est intervenue la déclaration litigieuse qu'au stade des preuves libératoires, reviendrait à retenir, sur le principe, l'illicéité de la communication intervenue entre le client et son avocat. Une telle approche remettrait en cause la qualité de confident nécessaire de l'avocat et affaiblirait la relation de confiance entre l'avocat et son client.

Du reste, dans le cadre de l'examen concret des preuves libératoires, la jurisprudence admet que la preuve de la bonne foi est soumise à des exigences plus ou moins strictes selon les circonstances du cas d'espèce. Ainsi, il convient de faire preuve d'une plus grande souplesse lorsque l'auteur s'exprime dans la sauvegarde de ses intérêts légitimes, notamment dans le cadre d'une plainte, en tant que partie à un procès, lorsqu'il n'y a pas de large diffusion ou qu'il ne s'agit que de soupçon⁶². Pour les propos tenus à son avocat, il suffirait donc au client d'invoquer certains indices à l'appui de ses déclarations pour établir sa bonne foi conformément à l'[art. 173 ch. 2 CP](#) et d'obtenir son acquiescement⁶³.

Or, si «*[e]n somme, ce n'est que s'il parle sans raison que le client encourra une peine*»⁶⁴, il semble peu opportun d'ouvrir une instruction pénale à son encontre, admettre la typicité de l'infraction de diffamation, puis renoncer à toute condamnation en faisant une large application des preuves libératoires. Il paraît plus pertinent de donner d'emblée une interprétation restrictive des éléments constitutifs de l'infraction de diffamation, qui tienne compte, de manière générale et adéquate, du contexte particulier dans lequel sont tenus les propos adressés par un client à son avocat.

D. La divulgation des propos par l'avocat

Dans son arrêt du 9 septembre 2019, le Tribunal fédéral affirme que rien dans les circonstances du cas particulier ne permet de penser que le client «*aurait communiqué des propos susceptibles d'être attentatoires à l'honneur du recourant à son avocat en comptant sur le fait que ce dernier ne les communiquerait pas plus loin*», ajoutant qu'il «*n'apparaît de loin pas exclu que ce dernier ait transmis ces informations dans le but que son avocat s'en serve*»; il en conclut qu'il «*était par conséquent exclu, qui plus est préalablement à toute instruction, de nier que l'avocat [...] puisse avoir la qualité de tiers*»⁶⁵.

Ainsi, le Tribunal fédéral semble prendre en compte la divulgation par l'avocat des propos tenus par le client, afin de distinguer, d'une part, les propos qui ont été communiqués en comptant sur le fait qu'ils seraient gardés confidentiels par l'avocat et ne seraient pas utilisés dans sa stratégie de défense, d'autre part, les autres propos⁶⁶.

Toutefois, le critère développé par le Tribunal fédéral s'avère difficile à appliquer en pratique. Comment un client pourrait-il connaître, à l'avance, les informations que son avocat emploiera dans le cadre de l'exécution de son mandat? C'est bien parce qu'il risque de l'ignorer, que celui-ci doit pouvoir s'exprimer en toute liberté en présence de son avocat. Et c'est pour permettre à l'avocat de conseiller, d'assister et de représenter efficacement son client que le secret professionnel garantit cette libre communication.

⁶⁰ Cf. *supra*, point V.A.

⁶¹ [ATF 144 II 147, c. 5.3.3](#); cf. ég. TF [2C 586/2015](#) du 9.5.2016, c. 2.1, non publié in [ATF 142 II 307](#) qui parle de «*unerlässliches Institut*».

⁶² TC FR, arrêt du 12.11.2018, n° [502 2018 162, c. 2.6](#), citant l'[ATF 116 IV 205, c. 3c](#), lui-même confirmé in TF [6B 698/2012, c. 3.2.1](#); cf. ég. [ATF 86 IV 209, 211; 86 IV 72, 75](#).

⁶³ [ATF 86 IV 209, 210](#), cité in [ATF 145 IV 462, c. 4.3.3](#).

⁶⁴ [ATF 86 IV 209, 211](#).

⁶⁵ [ATF 145 IV 462, c. 4.3.4](#).

⁶⁶ Cf. ég. TF [6S.171/2003](#) du 10.9.2003, c. 1.3, cité *supra*, point III.B.



Par ailleurs, le critère développé par la jurisprudence semble étranger à la définition même de l'infraction de diffamation de l'[art. 173 CP](#), qui se limite à exiger que l'auteur ait agi «*en s'adressant à un tiers*» et non que les propos litigieux soient ensuite communiqués plus loin. En effet, le fait que le client doive compter avec une communication des informations par son propre avocat n'influe pas sur la qualité de tiers de ce dernier. Certes, la jurisprudence mentionne parfois que la révélation d'un fait peut être plus préjudiciable à la victime de l'infraction si elle est communiquée à un avocat qui l'utilisera dans le cadre de l'exercice de son mandat, par rapport à un ecclésiastique ou un médecin qui doit garder secrètes les déclarations dont il est le dépositaire⁶⁷. Toutefois, le fait que l'information soit communiquée plus loin par le tiers peut influencer sur la gravité de l'atteinte portée à l'honneur de la victime, mais en aucun cas sur le principe même de la com-

SJZ 116/2020 S. 363, 372

mission de l'infraction de diffamation, telle que décrite à l'[art. 173 CP](#).

La jurisprudence le reconnaît implicitement lorsqu'elle considère, comme dans l'arrêt du 9 septembre 2019, que l'infraction de diffamation peut être commise alors même que les propos litigieux n'ont été communiqués par l'avocat qu'à la victime de l'infraction elle-même et non à d'autres tiers. Dès lors que la diffamation implique une communication des propos à une personne autre que l'auteur et que celle faisant l'objet des propos portant atteinte à l'honneur, l'infraction est bel et bien réalisée par la communication des propos attentatoires à l'honneur à l'avocat – tiers au sens de l'[art. 173 ch. 1 CP](#) – et non par leur divulgation à la victime elle-même.

Au vu de ce qui précède, l'argument tiré de la divulgation par un avocat des propos tenus devant lui par son client ne semble pas pertinent dans le cadre de l'application de l'[art. 173 CP](#) aux propos tenus par un client à son avocat.

VI. Le client et la diffamation: quel rôle pour l'avocat?

Au vu des développements qui précèdent, un client ne devrait être condamné pénalement pour diffamation en raison des propos tenus à son avocat que lorsqu'il s'exprime sans lien objectif avec l'affaire dans laquelle intervient son avocat et que lesdits propos ne tendent, en définitive, qu'à exposer la personne visée au mépris. Compte tenu de la qualité de confident nécessaire de l'avocat, l'existence même de tels propos tenus par le client ne sera en principe connue d'autres personnes que dans deux hypothèses: premièrement la révélation par le client lui-même, deuxièmement la révélation par l'avocat en violation de son devoir de diligence⁶⁸.

Par ailleurs, en application de l'[art. 310 al. 1 let. a CPP](#), l'interprétation restrictive des éléments constitutifs proposée ci-dessus devrait permettre d'éviter la vaine multiplication des instructions pénales ouvertes pour diffamation, à l'encontre de clients d'avocats. Partant, aussi bien les condamnations que les instructions pénales pour diffamation, en raison des propos tenus par un client à son avocat, devraient rester rares en pratique. Toutefois, lorsque l'avocat révèle notamment à la partie adverse que son propre client a tenu des propos potentiellement diffamatoires, il expose ce dernier au risque d'une plainte pénale pour violation de l'[art. 173 CP](#). Une telle démarche est contraire aux intérêts du client et à la diligence dont doit faire preuve l'avocat en vertu de l'[art. 12 let. a LLCA](#), et ce, indépendamment de savoir si une plainte pénale sera ou non déposée. Le risque qu'une instruction pénale pour diffamation soit ouverte à l'encontre de son client doit donc être pris en considération par l'avocat au moment de divulguer les propos tenus par son client.

Ainsi, l'avocat doit être conscient de sa double qualité de confident nécessaire et de tiers. Lorsque dans l'exercice de son mandat il s'adresse à la partie adverse ou aux autorités, l'avocat ne communiquera que les informations qui s'avèrent nécessaires à la défense des intérêts de son client et non pas celles sans lien objectif avec l'affaire. Au demeurant – il s'agit là d'un élément central pour apprécier le caractère attentatoire à l'honneur ou non d'une déclaration – il fera preuve d'une certaine retenue dans les formes et le ton employé pour reproduire les propos de son client. Si l'on peut comprendre que le client, parfois animé par des sentiments fougueux, fasse preuve d'une forme d'exagération lorsqu'il parle à son avocat, il est du rôle de ce dernier – mandataire soumis aux devoirs de soin et de diligence, aussi bien sous l'angle contractuel ([art. 398 al. 2 CO](#)) que des règles professionnelles ([art. 12 let. a LLCA](#)) – de faire un usage approprié des informations communiquées par son client, pour ne pas soumettre celui-ci au risque de poursuites pénales⁶⁹.

⁶⁷ [ATF 86 IV 209, 211](#), confirmé in TF 6S.608/1991 du 24.1.1992, c. 4.

⁶⁸ Cf *supra*, point V.B in fine.

⁶⁹ Pour un cas concernant l'enregistrement non autorisé de conversations au sens de l'[art. 179^{ter} CP](#), cf. [ATF 144 II 473, c. 5.2](#). Cf. ég. TF [2C 878/2011](#) du 28.2.2012, c. 5.2.



Au vu de l'arrêt rendu le 9 septembre 2019 par le Tribunal fédéral, l'avocat est par ailleurs contraint de faire preuve d'une certaine retenue lorsqu'il reproche à une partie adverse la commission d'infractions pénales. Alors qu'il ne dispose pas encore des éléments objectifs lui permettant d'apprécier les circonstances du cas d'espèce, l'avocat ne pourra pas, sous peine de soumettre son propre client au risque d'une poursuite pénale pour diffamation, accuser la partie adverse d'un comportement pénalement répréhensible, avec pour seules réserves, des formulations du type «*si les faits susmentionnés étaient avérés [...]ou*» encore «*il est à craindre que [...]»*⁷⁰. De manière plus générale, si l'avocat est en droit d'exposer les faits litigieux et d'exiger des explications de la part de la partie adverse, il évitera d'interpeller cette dernière de manière répétée et insistante sur la qualification juridique non anodine des actes reprochés.

SJZ 116/2020 S. 363, 373

VII. Conclusion

L'arrêt du 9 septembre 2019 n'apporte, en définitive, pas plus de réponses sur la question qu'il traite que les arrêts antérieurs qu'il cite. Toutefois, au terme de la présente analyse, il nous semble possible de dégager divers principes qui, bien que fondés sur un raisonnement différent de celui adopté par le Tribunal fédéral, aboutissent à un résultat qui ne remet pas fondamentalement en cause la pratique développée jusqu'à ce jour.

Premièrement, la protection pénale conférée par l'[art. 173 CP](#) ne saurait être niée du simple fait que les propos litigieux sont communiqués à un avocat. L'honneur est un bien juridique qu'il convient de protéger également lorsqu'un client s'adresse à son avocat, de sorte que ce dernier revêt la qualité de tiers, au sens de l'[art. 173 CP](#). Sur le principe, la commission de l'infraction de diffamation est donc possible également dans le cadre de la relation avocat-client.

Deuxièmement, la libre communication entre un client et son avocat ne saurait être remise en cause. Soumis au secret professionnel en vertu de l'[art. 321 CP](#), l'avocat est confident nécessaire du client et le rapport de confiance particulier qui en résulte doit être pris en considération lors de l'application de l'[art. 173 CP](#). Ainsi, le caractère attentatoire à l'honneur d'une déclaration ne devra être admis qu'avec une grande retenue, à savoir uniquement lorsque les propos du client ne présentent aucun lien objectif avec l'affaire dans laquelle intervient l'avocat et que lesdits propos ne tendent qu'à exposer la personne visée au mépris.

Troisièmement, l'avocat se doit d'accorder une attention particulière à son utilisation des déclarations faites par son client, pour éviter de soumettre celui-ci au risque d'une instruction, voire même d'une condamnation pénale pour diffamation. En pareille hypothèse, il agirait de manière contraire aux intérêts du client et en violation de son devoir de diligence inscrit à l'[art. 12 let. a LLCA](#). Au vu de la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral, l'avocat fera preuve de retenue afin de ne pas accuser inutilement une partie adverse de comportements pénalement répréhensibles.

À notre sens, les principes susmentionnés permettent la réalisation de deux objectifs essentiels. D'une part, ils clarifient, sous l'angle juridique, une situation encore floue malgré les nombreuses décisions rendues sur le sujet. D'autre part, ils garantissent une protection efficace du secret professionnel et de la confiance placée par le client et le public dans la profession d'avocat, sans pour autant supprimer toute protection de l'honneur en cas de propos tenus par un client à son avocat.

⁷⁰ Cf. [ATF 145 IV 462, c. 4.3.1 et 4.3.5](#) qui parle de «*quelques timides réserves*».