

Document	JdT 2020 II p. 31
Auteur(s)	François Bohnet, Luca Melcarne
Titre	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
Pages	31-63
Publication	Journal des tribunaux - Droit civil, poursuite et procédure civile
Editeur	Antoine Thélin, Suzette Sandoz, Paul Xavier Cornu, Laurent Moreillon, Denis Tappy, Vincent Martenet, Fabienne Byrde, Jean Gauthier, Edgar Philippin, Laurent Buttica, Eric Muster
Maison d'édition	Société du Journal des Tribunaux

JdT 2020 II p. 31

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

par

François Bohnet* Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat
et

Luca Melcarne* Assistant doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat

JdT 2020 II p. 31, 32

JdT 2020 II p. 31, 33

I. Introduction

«Quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas»¹. Le serment d'Hippocrate, rédigé selon toute vraisemblance au IV^e siècle avant J.-C., est considéré comme la première trace écrite d'un devoir de discrétion du médecin.

De manière analogue, le «Schwabenspiegel», *miroir* du droit coutumier allemand ainsi que des droits canon et romain adoptés par les milieux savants, rédigé selon toute vraisemblance en 1275, faisait déjà référence au devoir de discrétion de l'avocat: «[u]nd spricht ein Mann das Wort eines Menschen in einer Sache und dieser hat ihm seine Geheimnisse über diese Sache gesagt (...), so kann der Fürsprech niemals mit Recht in dieser Sache gegen ihn sprechen»².

* Les auteurs remercient Frédéric Erard, assistant doctorant à l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel et avocat, pour sa relecture et ses suggestions.

* Les auteurs remercient Frédéric Erard, assistant doctorant à l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel et avocat, pour sa relecture et ses suggestions.

¹ Traduction française par *Emile Littré* du serment d'origine in *Œuvres complètes d'Hippocrate*, vol. 4, Paris 1844, pp. 631 ss.

² Traduction en allemand moderne du « Schwabenspiegel » (1275) in *Harald Rainer Derschka*, *Der Schwabenspiegel: übertragen in heutiges Deutsch mit Illustrationen aus alten Handschriften*, Munich 2002, art. 87 (b), p. 75.



Les origines très anciennes de ce que l'on appelle aujourd'hui le secret professionnel n'ont pas de quoi surprendre; celui-ci est à la base de la relation de confiance qui doit pouvoir s'établir entre certains professionnels et respectivement leurs patients ou leurs clients.

Pierre angulaire de l'exercice de la médecine ou de la profession d'avocat, le secret professionnel semble, parfois, entrer en conflit avec d'autres intérêts, notamment en matière de recouvrement de créances. Ainsi, que le détenteur du secret professionnel soit créancier ou débiteur, se pose la question des informations qu'il peut ou éventuellement doit communiquer dans le cadre de la poursuite pour dettes, de la nécessité ou non de requérir une levée du secret professionnel et, cas échéant, des conditions posées pour celle-ci.

La présente contribution se propose donc de traiter de la portée, des limites et de la levée du secret professionnel dans le cadre de la poursuite pour dettes. Après une présentation générale du secret professionnel et de ses fondements, elle s'intéressera aux règles spécifiques applicables aux quatre professionnels les plus fréquemment confrontés au conflit qui peut surgir entre leur secret professionnel et la poursuite pour dettes: le médecin, l'avocat, le notaire et l'agent d'affaires.

Par la suite, nous examinerons les trois qualités dans lesquelles les professionnels susmentionnés peuvent être amenés à participer à

JdT 2020 II p. 31, 34

la poursuite pour dettes; que ceux-ci soient créanciers, débiteurs ou tiers débiteurs, il s'agira de déterminer la manière dont interagit leur secret professionnel avec les exigences posées par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ([LP](#)).

II. Le secret professionnel

A. Le contexte

Qu'il s'agisse des rapports contractuels liant respectivement un médecin indépendant à ses patients, un avocat, un agent d'affaires ou un notaire indépendant à ses clients, ceux-ci sont en principe régis par les dispositions du Code des obligations ([CO](#)) sur le *mandat proprement dit* ([art. 394 ss CO](#))³.

Pour et par l'exécution du mandat, le mandataire apprend des faits intimes et secrets concernant le mandant, de sorte qu'il se justifie de le soumettre à un *devoir de discrétion*⁴. Ainsi, le mandataire assume, même s'il ne l'a pas expressément promis, une obligation de garder le silence sur les faits dont la divulgation pourrait être préjudiciable au mandant⁵.

Le fondement de ce devoir de discrétion réside dans l'obligation d'une bonne et fidèle exécution du mandat inscrite à l'[art. 398 al. 2 CO](#). Il trouve également son fondement à l'[art. 28 CC](#), en ce sens que la divulgation des faits intimes et secrets concernant le mandant serait constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité de ce dernier⁶.

Il est des activités pour lesquelles la confidentialité des échanges entre le mandataire et le mandant revêt une importance accrue; il en va ainsi pour le médecin, l'avocat, le notaire ou l'agent d'affaires. Pour les professions susmentionnées, le devoir de discrétion du mandataire est alors renforcé et concrétisé par des règles - en particulier

JdT 2020 II p. 31, 35

de droit public - instituant le *secret professionnel* et sanctionnant sa violation aussi bien sur le plan pénal que sur celui disciplinaire⁷.

³ La présente contribution ne traitera pas du cas du médecin travaillant pour un hôpital public (sur le statut du médecin, cf. *Rachel Christinat*, Le procès en responsabilité civile médicale: mise en œuvre en procédures civile et administrative, Bâle 2019, N. 163 ss), ni même du cas du notaire d'Etat tel qu'il en existe dans certains cantons suisses, notamment à Zurich (sur ce dernier point, cf. *Bohnet*, N. 101).

⁴ *BK-Fellmann*, art. 398 N. 40 ss; *Tercier/Bieri/Carron*, N. 4478; CR [CO](#) I-Werro, art. 398 N. 22.

⁵ [ATF 135 III 597 c. 3.3](#); *BK-Fellmann*, art. 398 N. 63 s.; CR [CO](#) I-Werro, art. 398 N. 22.

⁶ [ATF 136 III 296 c. 3.2](#); [ATF 91 I 200](#), [JdT 1966 I 295, c. 3](#): « La sphère personnelle qui existe dans les relations entre l'avocat et son client jouit de la protection des droits de la personnalité selon l'[art. 27 CC](#) ». Pour le médecin: *Manai-Wehrli*, pp. 146 s. Pour le mandat en général, cf. *BK-Fellmann*, art. 398 N. 49; *Tercier/Bieri/Carron*, N. 4478.

⁷ *Tercier/Bieri/Carron*, N. 4476; CR [CO](#) I-Werro, art. 398 N. 23. Pour plus de détails sur les fondements juridiques du secret professionnel, cf. infra II. B.



B. Les fondements généraux

Le secret professionnel est protégé par différentes dispositions de rang conventionnel, constitutionnel et légal, de droit public comme de droit privé. Les principaux fondements sont présentés ci-après.

1. La Constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme

Dès lors qu'il protège la confidentialité des échanges intervenant entre le mandataire et son mandant, le secret professionnel trouve un premier fondement au niveau constitutionnel et conventionnel, en vertu des art. 13 al. 1^{er} [Cst.](#), 8 [CEDH](#) et 17 Pacte ONU II consacrés à la *protection de la sphère privée*⁸.

De même, le détenteur du secret professionnel est, de manière générale, protégé par la *liberté économique* garantie à l'[art. 27 Cst.](#)⁹, dès lors que ladite institution contribue à garantir le libre exercice de la profession.

2. Le Code pénal

L'[art. 321 CP](#) sanctionne pénalement la violation du secret professionnel et érige celle-ci en délit, poursuivi sur plainte. Il en résulte la nature particulière du secret professionnel qui ne constitue pas simplement un droit dont peuvent se prévaloir certains mandataires, mais une véritable obligation à laquelle ils doivent se soumettre¹⁰.

Toutefois, tous les mandataires soumis au secret professionnel ne peuvent pas être sanctionnés pénalement en cas de violation dudit secret. En effet, la protection conférée par l'[art. 321 CP](#) se limite aux professions exhaustivement énumérées par ladite disposition¹¹. Selon le droit en vigueur jusqu'au 31 janvier 2020, figuraient au rang des

JdT 2020 II p. 31, 36

professions médicales, les «médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues» et, au rang des professions juridiques, les «avocats, défenseurs en justice, notaires», ainsi que tous les «auxiliaires» que ces divers professionnels s'adjoignent.

L'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les professions de la santé ([LPSan](#)), le 1^{er} février 2020, engendrera une modification de l'[art. 321 CP](#); la liste des professionnels de la santé visés par ladite disposition a été élargie aux «infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes, ostéopathes»¹². Les professionnels susmentionnés pourront donc désormais être auteurs de l'infraction visée à l'[art. 321 CP](#); à l'inverse - et à titre d'exemple - les podologues soumis à un devoir de discrétion en vertu du droit cantonal ne le pourront toujours pas, à moins d'être qualifiés d'auxiliaire au sens de ladite disposition¹³.

Selon la doctrine dominante, la notion de «défenseur en justice» se réfère exclusivement aux personnes qui, sans être titulaires d'un brevet d'avocat, sont admises à défendre un prévenu dans le cadre de procédures pénales portant sur des contraventions, en vertu du droit cantonal réservé par l'[art. 127 al. 5 CPP](#)¹⁴. La notion de «défenseur en justice» a donc une *portée extrêmement limitée* en pratique.

Cette limitation au domaine pénal s'explique historiquement par le fait que, lors de l'introduction de l'[art. 321 CP](#), plusieurs cantons confiaient la charge de défenseur au pénal des justiciables indigents à un employé de l'Etat¹⁵. A cette même époque, la procédure pénale militaire autorisait des non-avocats à fonctionner comme défenseurs au pénal¹⁶. Ainsi, en faisant référence aux *défenseurs* («*Verteidiger*» en allemand et «*difensori*» en italien), l'[art. 321 CP](#) renvoie à une notion typiquement liée au procès pénal.

⁸ Pour le médecin: [ATF 141 IV 77](#), [JdT 2016 IV 6 c.4.4](#); arrêts du TF [2C 37/2018 du 15 août 2018, c. 6.2.3](#); [1B 231/2015 du 15 mars 2016, c. 2.3](#) et [1B 96/2013 du 20 août 2013, c. 5.1](#); arrêt CourEDH du 25 février 1997, Z. c. Finlande, req. n° 22009/93, § 95. Pour l'avocat: [ATF 140 IV 28 c. 3.3](#); [ATF 117 Ia 341 c. 4 et 6a](#); arrêt CourEDH du 6 décembre 2012, Michaud c. France, req. n° 12323/11, §§ 118 s.

⁹ *Bohnet/Martenet*, N. 1790; [ATF 140 IV 28, c. 3.3](#).

¹⁰ En ce sens, *Stoudmann*, p. 145.

¹¹ BSK StGB II-*Oberholzer*, art. 321 N. 3 s.; *Corboz*, Les infractions, art. 321 N. 8; PC [CP](#), art. 321 N. 11.

¹² RO 2020 57.

¹³ En ce sens, *Corboz*, Les infractions, art. 321 N. 15.

¹⁴ *Idem*, N. 11; *Bohnet/Martenet*, N. 1797; BSK StGB II-*Oberholzer*, art. 321 N. 7; PC [CP](#), art. 321 N. 14.

¹⁵ CR [CPP-Werly](#), art. 171 N. 14; *Favre*, pp. 66 s.

¹⁶ *Ibidem*; *Logoz*, art. 321 N. 3.



Désormais, la procédure civile fédérale donne aux cantons la faculté d'autoriser les mandataires professionnellement qualifiés à représenter les parties en justice dans certaines causes (cf. art. 68 al. 1^{er} let. d [CPC](#)). Par ailleurs, certaines procédures administratives cantonales les y autorisent¹⁷. Cela amène *Chappuis* à considérer que les mandataires professionnellement qualifiés doivent également pouvoir être sanctionnés pénalement en vertu de l'[art. 321 CP](#), en

JdT 2020 II p. 31, 37

leur qualité de «défenseur en justice»¹⁸. Si une telle interprétation se justifie d'un point de vue téléologique, compte tenu du besoin de protection du public poursuivi par l'[art. 321 CP](#), une interprétation aussi bien historique que littérale de ladite norme ne permet pas une extension de la notion de «défenseur en justice» aux mandataires professionnellement qualifiés en matière civile et administrative.

Au vu de ce qui précède, les *agents d'affaires ne peuvent donc pas être sanctionnés pénalement*, en vertu de l'[art. 321 CP](#).

3. Les lois de procédure

Le secret professionnel prévaut en principe aussi à l'égard des tribunaux¹⁹; ainsi, en considération de l'[art. 321 CP](#), les lois de procédure donnent aux mandataires soumis au secret professionnel le droit de *refuser de collaborer*, que ceux-ci soient parties ou tiers à la procédure.

Il en va ainsi en procédure civile, en vertu des art. 160 al. 1^{er} let. b [CPC](#) - dédié spécifiquement à la correspondance eue avec un avocat -, ainsi que des art. 163 al. 1^{er} let. b et 166 al. 1^{er} let. b [CPC](#), étant précisé que seuls les professionnels mentionnés à l'[art. 321 CP](#) sont visés par lesdites dispositions, à l'exclusion de tout autre détenteur de secret professionnel²⁰. Or, tel qu'indiqué ci-dessus²¹, les agents d'affaires et mandataires professionnellement qualifiés ne peuvent pas être qualifiés de défenseurs en justice, au sens de l'[art. 321 CP](#). Partant, si les médecins, avocats et notaires peuvent se prévaloir du droit de refuser de collaborer prévu aux art. 163 al. 1^{er} let. b et 166 al. 1^{er} let. b [CPC](#), les agents d'affaires sont quant à eux soumis aux [art. 163 al. 2 et 166 al. 2 CPC](#).

De manière similaire, l'[art. 171 CPP](#) prévoit le droit de refuser de témoigner en procédure pénale pour certains professionnels, au rang desquels figurent notamment les médecins, avocats et notaires. Les autres devoirs de discrétion sont visés à l'[art. 173 CPP](#); à défaut d'être expressément soumis à l'art. 171 ou 173 al. 1^{er} [CPP](#), les agents d'affaires seront soumis à l'[art. 173 al. 2 CPP](#)²². La correspondance

JdT 2020 II p. 31, 38

échangée avec un avocat est quant à elle spécifiquement protégée par l'[art. 264 CPP](#) qui en interdit le séquestre²³.

La loi fédérale sur la procédure administrative ([PA](#)), prévoit à son art. 16, et par renvoi à l'art. 42 de la loi fédérale de procédure civile fédérale ([PCF](#)), un «droit de refuser le témoignage», aussi bien pour les personnes mentionnées à l'[art. 321 CP](#) (art. 16 al. 1^{er} [PA](#) et 42 al. 1^{er} let. b [PCF](#)), que pour les détenteurs «d'autres secrets professionnels» (art. 16 al. 2 [PA](#) et 42 al. 2 [PCF](#)). Les lois cantonales de procédure administrative prévoient également des dispositions relatives au droit de refuser de témoigner pour les détenteurs de secret professionnel, sans toutefois distinguer selon que les personnes en question soient mentionnées à l'[art. 321 CP](#) ou que le secret soit institué par une autre disposition légale²⁴.

¹⁷ Cf. dans le canton de Genève, l'art. 9 al. 1^{er} LPA/GE; dans le canton du Jura, l'art. 17 al. 1^{er} let. b CPA/JU.

¹⁸ CR [CP II-Chappuis](#), art. 321 N. 37 s; implicitement: *Stoudmann*, p. 146, selon lequel la notion de défenseur en justice désigne « des catégories professionnelles que les procédures cantonales ou fédérales autorisent à assister des clients en justice ».

¹⁹ Arrêt du TF [4A_313/2018 du 17 décembre 2018, c. 3.6.4.](#)

²⁰ BSK ZPO-*Schmid*, art. 166 N. 5; CR [CPC-Jeandin](#), art. 163 N. 11 et art. 166 N. 10; Message [CPC](#), FF 2006 6841, p. 6928.

²¹ Cf. supra, point II.B.2.

²² L'entrée en vigueur de la [LPSan](#) a engendré une modification du texte des art. 171 al. 1^{er} et 173 al. 1^{er} [CPP](#), cf. RO 2020 57, p. 71.

²³ A ce sujet, cf. *Chappuis*, pp. 204 s.

²⁴ Art. 32 al. 2 LPA/GE; art. 16 let. b LPJA/NE.



4. Le Code des obligations et le Code civil

Sans instituer expressément le secret professionnel, certaines dispositions de droit privé protègent le respect des secrets dont un mandataire pourrait avoir connaissance dans son activité professionnelle, en lui imposant une obligation contractuelle de discrétion - [art. 398 al. 2 CO](#) - ou plus généralement l'obligation de ne pas porter atteinte à la sphère intime ou secrète de ses mandants - [art. 28 CC](#)²⁵.

Au demeurant, et indépendamment de toute relation contractuelle, celui qui révèle un secret au préjudice d'un tiers commet une atteinte à la personnalité, et partant, un acte illicite au sens des [art. 41 et 49 CO](#), de sorte que lesdites dispositions entrent également en ligne de compte²⁶.

C. Les fondements spécifiques

La Constitution et la [CEDH](#) protègent le secret professionnel par la garantie de droits fondamentaux auxquels le respect dudit secret peut être rattaché; le secret professionnel y tire ainsi sa justification. L'[art. 321 CP](#) sanctionne pénalement la violation du secret professionnel. Les dispositions de droit privé fédéral contiennent une obligation générale de discrétion, elle-même rattachée à une obligation plus vaste de respect de la personnalité ([art. 28 CC](#), 41 et 49 [CO](#)) ou de bonne et fidèle exécution du mandat ([art. 398 al. 2 CO](#)). Enfin, les lois de procédures tiennent compte du secret professionnel - et en

JdT 2020 II p. 31, 39

particulier de l'[art. 321 CP](#) - en prévoyant des aménagements procéduraux pour les détenteurs dudit secret.

Cependant, pour certaines professions, le législateur (fédéral ou cantonal) a jugé utile d'édicter, dans des dispositions de droit public, des normes instituant le secret professionnel en tant que *règle professionnelle*. Tel est le cas du médecin, de l'avocat, du notaire et de l'agent d'affaires.

1. Le médecin

Aux termes des art. 40 let. f de la loi fédérale sur les professions médicales ([LPMéd](#)) et 27 let. e de la loi fédérale sur les professions de la psychologie ([LPsy](#)), les personnes exerçant une profession médicale universitaire, respectivement la psychothérapie, à titre d'activité économique privée sous leur propre responsabilité professionnelle doivent observer le secret professionnel conformément aux dispositions applicables. Il s'agit là notamment - mais pas uniquement - d'un renvoi à l'[art. 321 CP](#)²⁷.

Selon l'art. 2 al. 1^{er} [LPMéd](#), sont considérés comme exerçant une profession médicale universitaire les médecins (let. a), les médecins-dentistes (let. b), les chiropraticiens (let. c) et les pharmaciens (let. d), toutes des professions - à l'exception des vétérinaires (cf. let. e) - également énumérées à l'[art. 321 CP](#).

Concernant les règles déontologiques développées par les associations professionnelles, l'art. 11 du Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses (FMH) rappellent aux professionnels de la santé qu'ils sont soumis au «secret médical dans un but de protection du patient». Le Code de déontologie de la Fédération suisse des psychologues (FSP) consacre quant à lui ses art. 16 à 19 à la réglementation du secret professionnel.

2. L'avocat

Aux termes de l'[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.

Quant au champ d'application, la [LLCA](#) s'applique aux titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse (art. 2). En particulier, sont visés par l'[art. 13 LLCA](#) les avocats inscrits à un registre cantonal (art. 6), les avocats non inscrits mais que les cantons autorisent à représenter

JdT 2020 II p. 31, 40

des parties devant leurs propres autorités judiciaires (art. 3 al. 2) et les avocats des Etats membres de l'UE ou de l'[AELE](#) inscrits au tableau (art. 27 ss).

²⁵ Cf. supra, point II.A.

²⁶ Bohnet/Martenet, N. 1799.

²⁷ Message [LPMéd](#), FF 2005 157, p. 212; Message [LPsy](#), FF 2009 6235, p. 6278.



Ainsi, le champ d'application de l'[art. 13 LLCA](#) est plus restreint que celui de l'[art. 321 CP](#) qui, compte tenu du besoin de protection du public, sanctionne également les avocats-conseils titulaires du brevet qui exercent à titre indépendant sans entrer dans l'un des cas de figure énumérés ci-dessus²⁸.

Si l'[art. 321 CP](#) sanctionne pénalement la violation intentionnelle du secret professionnel, l'[art. 13 LLCA](#) - en lien avec l'[art. 17 LLCA](#) relatif aux mesures disciplinaires - permet de sanctionner disciplinairement un avocat pour le simple fait de ne pas avoir pris, par négligence, les mesures d'organisation nécessaires à la préservation du secret²⁹. En ce sens, le droit pénal et le droit disciplinaire poursuivent des buts différents³⁰.

Sur le plan associatif³¹, la Fédération suisse des avocats (FSA) a consacré l'art. 15 de son Code suisse de déontologie au secret professionnel; ledit article reprend en substance l'[art. 13 LLCA](#).

3. Le notaire

Si le droit fédéral impose certains devoirs généraux au notaire³², la profession est essentiellement réglementée par le droit public cantonal. Ainsi, les lois cantonales sur le notariat érigent le secret professionnel du notaire en règle professionnelle. Il en va ainsi de l'art. 57 LN/NE, de l'art. 7 LNot/GE, de l'art. 42 LNo/VD ou encore de l'art. 19 LN/JU.

Est soumis au secret professionnel, l'officier public qui exerce, en instrumentant des actes authentiques, une fonction officielle de la juridiction gracieuse³³; il s'agit là de l'essence même de l'activité ministérielle du notaire. Celui-ci sera également soumis au secret

JdT 2020 II p. 31, 41

professionnel dans le cadre des activités accessoires que le droit cantonal l'autorise à exercer³⁴.

En revanche, le titulaire du brevet de notaire cantonal ne disposant pas d'un sceau n'est pas soumis au secret professionnel dans le cadre d'une éventuelle activité de conseil, pas même sous l'angle de l'[art. 321 CP](#), dès lors qu'il n'exerce pas l'activité de notaire³⁵.

4. L'agent d'affaires

Aux termes de l'[art. 68 al. 2 let. b CPC](#), les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés sont autorisés à représenter les parties à titre professionnel devant l'autorité de conciliation, dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée et dans les affaires soumises à la procédure sommaire, pour autant que le droit cantonal le prévoit. Quelques cantons seulement, dont les cantons de Genève et de Vaud ont réglementé la profession d'agent d'affaires³⁶.

Aux termes de l'art. 48 al. 1^{er} LPAG/VD, l'agent d'affaires breveté est lié par le secret professionnel. Sont visés par cette disposition les professionnels inscrits au tableau vaudois des agents d'affaires brevetés³⁷, après obtention du brevet de capacité délivré par le Tribunal cantonal vaudois³⁸.

²⁸ BGFA Komm-Nater/Zindel, art. 13 N. 28 s; *Bohnet/Martenet*, N. 1810 s.; CR [CP II-Chappuis](#), art. 321 N. 17; *Mabillard*, p. 212.

²⁹ BGFA Komm-Nater/Zindel, art. 13 N. 196; CR [CP II-Chappuis](#), art. 321 N. 19 et 70.

³⁰ Arrêts du TF [2C 448/2014 du 5 novembre 2014, c. 4.2](#); [2C 66/2013 du 7 mai 2013, c. 7.2](#) et [2C 500/2012 du 22 novembre 2012, c. 3.3](#), aux termes desquels: « Les mesures disciplinaires ne visent pas, au premier plan, à punir le destinataire, mais à l'amener à adopter à l'avenir un comportement conforme aux exigences de la profession et à rétablir le fonctionnement correct de celle-ci ».

³¹ Sur la portée d'une telle règle, cf. *Bohnet/Martenet*, N. 276; *Bühr*, p. 139.

³² *Bohnet*, N. 104; *Jeandin*, p 28: notamment celui d'être suffisamment formé pour maîtriser les règles de la procédure d'instrumentation des actes authentiques.

³³ Pour cette définition du notaire, cf. [ATF 103 Ia 85, JdT 1979 I 98 c. 6b](#).

³⁴ Sur la distinction entre activité ministérielle et activité accessoire, cf. *Bohnet*, N. 109 ss.

³⁵ La situation diffère donc par rapport à celle de l'avocat, cf. supra, point II.C.2.

³⁶ Cf. la loi genevoise réglementant la profession d'agent d'affaires (LPAA/GE), ainsi que la loi vaudoise sur la profession d'agent d'affaires breveté (LPAG/VD).

³⁷ Art. 12 LPAG/VD.

³⁸ Art. 15 et 22 al. 1^{er} LPAG/VD.



Quant à la LPAA/GE, elle ne soumet pas les agents d'affaires au secret professionnel. Il faut dire que ladite loi est extrêmement brève et limite l'activité desdits agents à la seule représentation «des parties auprès des offices des poursuites ou des faillites» (art. 3 LPAA/GE). Partant, la profession d'agent d'affaires revêt, en pratique, une portée extrêmement limitée dans le canton de Genève³⁹.

JdT 2020 II p. 31, 42

III. Le détenteur du secret professionnel comme poursuivant: le recouvrement des créances d'honoraires

La présomption de gratuité du mandat qui ressort du texte de l'[art. 394 al. 3 CO](#) est, depuis longtemps, tombée en désuétude⁴⁰. Ainsi, le contrat de mandat est en principe conclu à titre onéreux, de sorte que la convention conclue entre le mandant et le mandataire fonde une créance d'honoraires du second à l'égard du premier.

Lorsque le mandant ne paie pas, le mandataire peut être amené, comme tout créancier, à demander l'exécution forcée en vertu des dispositions de la [LP](#). Se pose toutefois la question des informations qui doivent être transmises aux autorités de poursuites, respectivement judiciaires, et par là même, des limites posées par le secret professionnel à la transmission desdites informations (A). Lorsque cela s'avère nécessaire, se posera donc la question de la levée du secret professionnel (B).

A. La communication des informations nécessaires

En matière de secret professionnel, l'existence même du mandat que le client a confié à son avocat ou de la consultation que le patient a eue avec son médecin et, par là même, le nom du client ou du patient sont des faits couverts par le secret⁴¹. Se pose donc la question de la nécessité ou non d'une levée du secret professionnel, aussi bien au moment de la facturation des honoraires (1), qu'en cas d'ouverture d'une procédure de poursuite (2 et 3) ou judiciaire (4).

1. La facturation par un organe indépendant

L'établissement des factures et mémoires d'honoraires nécessite l'accès à des informations couvertes par le secret professionnel, dès lors qu'elles révèlent aussi bien l'existence d'un mandat confié par un certain patient ou client, ainsi que, en cas de mémoire détaillé, son objet et son étendue.

En pareil cas, les employés de l'organe indépendant chargé de la facturation ne peuvent être qualifiés d'auxiliaires du mandataire

JdT 2020 II p. 31, 43

soumis au secret professionnel alors que, selon toute probabilité, celui-ci ne connaît pas lesdits employés et n'entretient aucun contact avec eux; ainsi, les personnes morales - et notamment les organes indépendants chargés de la facturation - ne peuvent être considérés comme des auxiliaires, au sens de l'[art. 321 ch. 1 CP](#)⁴².

Partant, lorsque le mandataire souhaite charger un *organe indépendant* (par ex. Caisse des Médecins) de la facturation des prestations fournies aux mandants, il doit en informer son client ou son patient, en vue d'obtenir son *consentement à la levée du secret professionnel*⁴³.

³⁹ Le site www.ge.ch/document/agents-affaires (consulté le 24 octobre 2019) donne accès à la liste des agents d'affaires dans le canton de Genève qui sont au nombre de cinq (publiée le 16 mai 2018).

⁴⁰ *Bohnet/Martenet*, N. 2626; *BSK OR I-Weber*, art. 394 N. 35; *Tercier/Bieri/Carron*, N. 4306; cf. déjà [ATF 82 IV 145 c. 2a](#), aux termes duquel l'usage veut que des services fournis à titre professionnel soient rémunérés.

⁴¹ Pour l'avocat: arrêts du TF [2C 101/2019 du 18 février 2019, c. 4.1](#); [2C 8/2019](#) du 1^{er} février 2019, c. 2.1; [2C 439/2017 du 16 mai 2018, c. 3.2](#) et [2C 704/2016 du 6 janvier 2017, c. 3.1](#). Pour le médecin: *BSK StGB II-Oberholzer*, art. 321 N. 14. En général: CR [CP II-Chappuis](#), art. 321 N. 28.

⁴² Rapport PFPDT 2010/2011, p. 66.

⁴³ Guide FMH, p. 103; en ce sens également Rapport PFPDT 2010/2011, p. 66 aux termes duquel « [n]ous conseillons donc aux médecins et aux cliniques de demander aux patients leur consentement avant de confier le traitement de leurs données à un tiers »; contra: *Uttinger*, N. 10.23.

2. La réquisition de poursuite

Toute poursuite pour dettes débute par la notification d'un commandement de payer au débiteur; elle se continue par voie de saisie, de réalisation de gage ou de faillite ([art. 38 al. 2 LP](#)). Pour que les offices des poursuites et des faillites puissent procéder à la notification du commandement de payer, le créancier doit adresser auxdits offices une réquisition de poursuite qui doit contenir notamment le nom et le domicile du débiteur, le montant de la créance, ainsi que le titre ou, à défaut de titre, la cause de l'obligation ([art. 67 al. 1^{er}](#) et [71 al. 1^{er} LP](#)).

Ainsi, la compilation d'une réquisition de poursuite ne viole le secret professionnel que dans l'hypothèse où les indications qu'elle contient permettent, à elles seules, de révéler l'existence d'un mandat couvert par le secret⁴⁴.

A cet égard, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser ce qui suit⁴⁵:

« Honorare werden [...] nicht nur aufgrund von Geldforderungen aus anwaltlicher Tätigkeit begründet, sondern können auch Entschädigungen sein für die Tätigkeit als Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft oder für eine wissenschaftliche oder künstlerische Leistung. Die Bezeichnung Honorarnote lässt wohl auf eine Entschädigung aus einer freiberuflichen Tätigkeit schliessen, nicht aber auf ein bestehendes Mandatsverhältnis ».

JdT 2020 II p. 31, 44

Partant, si le créancier ne spécifie pas la nature des services rendus (par ex. « traitement médical du [...] »), la lecture de la réquisition de poursuite ne permet pas, à elle seule, de révéler l'existence d'un mandat entre un médecin et son patient, respectivement un avocat, notaire ou agent d'affaires et son client. Et ce, même si la cause de l'obligation contient la mention « mémoire d'honoraires du [date] », dès lors que les professionnels précités peuvent également percevoir des indemnités pour des activités non couvertes par le secret professionnel (par ex. activité au sein d'un conseil d'administration, recherche scientifique ou participation à des conférences)⁴⁶.

Au vu des pratiques cantonales parfois divergentes⁴⁷ et *par précaution*, le détenteur du secret professionnel (qui n'en a pas encore demandé la levée) préférera toutefois une formulation de la cause de l'obligation plus neutre, telle que « facture du [date] » ou « décompte du [date] »⁴⁸.

3. La présentation des moyens de preuve dans la procédure de poursuite

L'art. 73 al. 1^{er} [LP](#), dans sa nouvelle teneur entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2019, prévoit qu'à partir du moment où la poursuite a été engagée, le débiteur peut demander en tout temps que le créancier soit sommé de présenter à l'office les moyens de preuve afférents à sa créance et la récapitulation de tous ses droits à l'égard du débiteur. Or la production des mémoires d'honoraires, de la procuration et/ou de documents contractuels auprès de l'office implique de dévoiler à ce dernier l'existence d'un mandat couvert par le secret professionnel, de sorte qu'une *levée du secret professionnel paraît nécessaire* en vue de la présentation des moyens de preuve par le mandataire⁴⁹.

Cependant, à notre sens, lorsque le mandant se prévaut de l'art. 73 al. 1^{er} [LP](#), il lève, *par actes concluants*⁵⁰, le mandataire de son secret professionnel; c'est en effet à la demande expresse du mandant que le mandataire est amené à produire certains documents couverts par

JdT 2020 II p. 31, 45

⁴⁴ Les pratiques cantonales peuvent toutefois varier. Ainsi, l'Ordre des avocats genevois invite ses membres « à requérir systématiquement la levée du secret professionnel en cas de recouvrement d'honoraire », Courrier du Bâtonnier genevois aux membres de l'Ordre du 21 juin 2018, accessible sur www.odage.ch/medias/documents/procurations/2018/L_membres_procuracion_ODA_21.06.2018.pdf. (consulté le 24 octobre 2019).

⁴⁵ Arrêt du TF [2P_144/2001 du 31 juillet 2001, c. 3](#).

⁴⁶ Pour un avis dubitatif sur l'arrêt en question, cf. *Gehrer*, N. 32.

⁴⁷ A ce sujet, cf. *Bohnet/Martenet*, N. 1934 ss; *Chappuis*, pp. 223 s; BGFA *Komm-Nater/Zindel*, art. 13 N. 146 ss.

⁴⁸ En ce sens, *Pasquier*, p. 10, qui retranscrit les propos de *Marc Wollmann*, vice-président de l'Association des avocats bernois.

⁴⁹ Cf. *Gehrer*, nbp 63 qui cite les recommandations de l'Association des avocats zurichois.

⁵⁰ Sur l'absence de forme requise pour une levée du secret professionnel par le client, cf. *Bohnet/Melcarne*, point III.A.1.

le secret professionnel, auprès de l'office. Au demeurant, dès lors que lesdits documents portent sur l'existence et l'étendue d'une créance d'honoraires, le client connaît d'ores et déjà le motif de la communication des informations couvertes par le secret, le type d'informations qui seront transmises et à qui elles le seront⁵¹.

Cette situation est ainsi comparable à celle dans laquelle le mandant ouvre action contre son mandataire, ce qui implique une levée du secret professionnel par actes concluants, à tout le moins pour les faits dont le mandant a lui-même connaissance et nécessaires à la défense du mandataire⁵².

4. L'encaissement des honoraires par voie judiciaire

Saisir un tribunal en vue du recouvrement des honoraires impayés implique de révéler aussi bien l'existence d'un mandat confié par un certain patient ou client, que son objet et son étendue. Ainsi, comme le rappelle la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral relative à la profession d'avocat, l'encaissement des honoraires *par voie judiciaire* nécessite la libération préventive du secret professionnel⁵³.

Le dépôt d'une *requête en mainlevée* ou d'une *demande en paiement* auprès des juridictions civiles nécessite donc une *levée du secret professionnel*. Celle-ci paraît d'autant plus inévitable pour le dépôt d'une demande en paiement, compte tenu du niveau de précision que doivent atteindre les allégués de fait, pour que le tribunal puisse statuer sur une prétention d'honoraires. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, les faits sont insuffisamment allégués, dès lors qu'«ils ne révèlent pas en quoi consistaient précisément les litiges dans lesquels l'avocat est intervenu et quelles opérations il a dû effectuer - à tout le moins les plus importantes d'entre elles -, respectivement quels degrés de difficulté les affaires revêtaient»⁵⁴.

JdT 2020 II p. 31, 46

B. La levée du secret professionnel⁵⁵

1. Le principe

Si la notification d'un commandement de payer ne nécessite en principe pas une levée du secret professionnel, il suffit que le patient ou le client s'y oppose, pour que le créancier détenteur du secret professionnel doive agir en mainlevée, voire même, en cas d'échec de celle-ci, en reconnaissance de dette; il est alors contraint d'obtenir la levée de son secret professionnel⁵⁶. A défaut, le mandataire concerné risque une condamnation pénale fondée sur l'[art. 321 CP](#)⁵⁷.

Conformément à l'[art. 321 ch. 3 CP](#), sont toutefois réservées d'éventuelles dispositions de la législation fédérale ou cantonale prévoyant un droit d'aviser une autorité. Ainsi, certaines lois cantonales sur la santé prévoient, de manière expresse, que les personnes soumises au secret professionnel en sont déliées, en vue de l'encaissement de leurs honoraires⁵⁸. De telles dispositions rendent licite la communication, par le médecin, des informations couvertes par le secret professionnel et nécessaires au recouvrement des

⁵¹ Sur les modalités du consentement, cf. *Bohnet/Melcarne*, point III.A.1.

⁵² *Chappuis*, p. 220; Obergericht TG, arrêt du 08 février 2005, RBOG 2005, n° 34. En tout état de cause, la doctrine et la jurisprudence admettent que la levée du secret professionnel est justifiée lorsqu'il s'agit de permettre à l'avocat de se défendre en cas d'action (par ex. en dommages-intérêts) ouverte à son encontre par le client, cf. notamment l'arrêt du TF [2C 503/2011 du 21 septembre 2011, c. 2.2](#); BGFA Komm-*Nater/Zindel*, art. 13 N. 155 et 158.

⁵³ Arrêts du TF [2C 101/2019 du 18 février 2019, c. 4.1](#); [2C 8/2019](#) du 1^{er} février 2019, c. 2.1; [2C 439/2017 du 16 mai 2018, c. 3.2](#) et [2C 704/2016 du 6 janvier 2017, c. 3.1](#): les arrêts en italien parlent de « *procedere in giudizio all'incasso della propria nota d'onorario* » et ceux en allemand emploient l'expression « *klageweise Geltendmachung einer Honorarforderung* ». Pour le notaire, cf. l'opinion contraire de *Mooser*, nbp 415 et les réf. cit. en nbp 1537.

⁵⁴ Arrêt du TF [4D 57/2013 du 2 décembre 2013, c. 3.3](#).

⁵⁵ Cet aspect, qui pose diverses questions en lien avec le recueil anticipé du consentement à la levée du secret professionnel d'une part, ainsi qu'avec la pesée des intérêts en présence par l'autorité compétente d'autre part, fait l'objet de développements spécifiques in *Bohnet/Melcarne*, point III.

⁵⁶ Cf. supra, point III.A.4.

⁵⁷ Pour le cas d'un avocat: arrêt du TF [6B 545/2016 du 6 février 2017](#). Pour le cas d'un médecin: *Fankhauser*, p. 1771.

⁵⁸ Dans le canton d'Argovie, cf. § 21 al. 2 let. e Gesundheitsgesetz/AG aux termes duquel « [d]ie Schweigepflicht ist zusätzlich zur Erreichung folgender Zwecke aufgehoben: Inkasso von Forderungen aus dem Behandlungsverhältnis »; dans le canton de Lucerne, cf. § 22 al. 2 Gesundheitsgesetz/LU aux termes duquel « [p]ersonen, die zur Geheimhaltung verpflichtet sind, sind zur Durchsetzung von streitigen Forderungen aus dem Behandlungsverhältnis gegenüber der beauftragten Inkassostelle und den zuständigen Behörden vom Berufsgeheimnis befreit »; dans le canton de Thurgovie, cf. § 22 al. 3 Gesetz über das Gesundheitswesen/TG dont le texte est quasi identique à la loi lucernoise.



honoraires, auprès des autorités de poursuites et/ou judiciaires, ainsi que des organes indépendants chargés de la facturation («Inkassostelle»). Quant aux lois cantonales sur la profession d'avocat, elles restent en principe muettes à ce sujet⁵⁹.

En l'absence de telles dispositions et selon la plus récente jurisprudence relative à l'avocat, la levée du secret professionnel doit être demandée *en premier lieu* au client lui-même, puis, *en cas de refus* de ce dernier, le détenteur du secret professionnel prendra des conclusions en ce sens *auprès de l'autorité compétente*⁶⁰.

JdT 2020 II p. 31, 47

Afin de faciliter les démarches tendant au recouvrement des créances, il arrive que des professionnels tentent de recueillir *de manière anticipée* le consentement à la levée du secret professionnel. Les médecins soumettent parfois au patient des formulaires ad hoc, généralement lors de son enregistrement auprès d'un cabinet médical⁶¹. De même, certains avocats intègrent des clauses de cette nature dans les procurations qu'ils font signer à leurs clients en début de mandat. Toutefois, l'admissibilité de telles clauses est *discutée en pratique*, aussi bien auprès des avocats que des médecins⁶².

Ainsi, à défaut de consentement du mandant à la levée du secret professionnel, le détenteur du secret devra, conformément à l'[art. 321 ch. 2 CP](#), requérir *l'autorisation écrite de l'autorité supérieure* ou de l'autorité de surveillance à laquelle il est soumis. Le droit pénal, tout comme le droit professionnel, n'énonce pas les critères à appliquer par l'autorité de surveillance qui est saisie d'une demande de levée du secret⁶³. Toutefois, la jurisprudence reconnaît au mandataire un *intérêt digne de protection à obtenir la levée du secret* en vue du recouvrement de ses honoraires⁶⁴. Ce dernier s'oppose en principe à l'intérêt institutionnel au maintien de la confidentialité d'une part, et, selon les circonstances, à l'intérêt individuel du client ou du patient à garder le mandat secret d'autre part⁶⁵.

L'autorité compétente devra donc se livrer à une pesée de l'ensemble des intérêts en présence pour déterminer s'il convient d'accorder la levée du secret professionnel. Au regard de l'importance du secret sous le double point de vue de l'institution et des droits individuels, la levée du secret ne peut paraître appropriée qu'*en présence d'un intérêt public ou privé nettement prépondérant*⁶⁶. En cas d'uniformisation du droit de la profession concernée par des règles de rang fédéral, les critères pertinents à prendre en considération relèvent exclusivement du droit fédéral et ne sauraient être déterminés par le

JdT 2020 II p. 31, 48

droit cantonal; tel est le cas pour le médecin soumis à la [LPMéd](#), ainsi que pour l'avocat soumis à la [LLCA](#)⁶⁷.

2. Les autorités compétentes pour lever le secret professionnel

Aux termes de l'[art. 321 ch. 2 CP](#), le professionnel soumis au secret professionnel peut se faire délier par autorisation écrite de «l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance». En l'absence de norme fédérale pour chacune des professions considérées, l'autorité susmentionnée est désignée par le droit cantonal.

La question de la compétence de l'autorité chargée de délier le mandataire du secret professionnel revêt une importance particulière. En effet, une requête écrite adressée à la mauvaise autorité équivaut à la divulgation d'informations couvertes par le secret à des tiers et, partant, à une violation du secret professionnel.

⁵⁹ *Chappuis*, p. 221.

⁶⁰ Arrêts du TF [2C 101/2019 du 18 février 2019, c. 4.1](#); [2C 8/2019](#) du 1^{er} février 2019, c. 2.1; [2C 439/2017 du 16 mai 2018, c. 3.2](#) et [2C 704/2016 du 6 janvier 2017, c. 3.1](#).

⁶¹ *Gmür*, p. 1764; cf. également *Fankhauser*, p. 1773.

⁶² Cf. *Pasquier*, pp. 10 s.; *Gmür*, p. 1764. Pour plus de détails sur le recueil anticipé du consentement à la levée du secret professionnel, cf. *Bohnet/Melcarne*, point III.A.

⁶³ [ATF 142 II 307](#), [JdT 2017 I 51 c. 4.2](#); arrêt du TF [2C 37/2018 du 15 août 2018, c. 6.4.2](#).

⁶⁴ [ATF 142 II 307](#), [JdT 2017 I 51 c. 4.3.3](#); arrêts du TF [2C 101/2019 du 18 février 2019, c. 4.3](#) et [2C 8/2019](#) du 1^{er} février 2019, c. 2.3.

⁶⁵ [ATF 142 II 307](#), [JdT 2017 I 51 c. 4.3.3](#). Au sujet des intérêts protégés par le secret professionnel, cf. *Bohnet/Melcarne*, point II.

⁶⁶ [ATF 142 II 307](#), [JdT 2017 I 51 c. 4.3.3](#); CR [CP II-Chappuis](#), art. 321 N. 153; StGB PK-*Trechsel/Vest*, art. 321 N. 34. Pour plus de détails sur la pesée des intérêts en présence, cf. *Bohnet/Melcarne*, point III.B.

⁶⁷ Pour l'avocat: [ATF 142 II 307](#), [JdT 2017 I 51 c. 4.3.1](#). Le même raisonnement s'applique au médecin, dès lors que la [LPMéd](#) « a pour but d'unifier le droit disciplinaire », cf. [ATF 143 I 352 c. 3.3](#).



a. Le médecin

Pour les médecins, certains cantons ont désigné un *organe spécialisé*, tel que le Conseil de santé pour le canton de Vaud (art. 13 al. 5 LSP/VD) ou la Commission du secret professionnel à Genève (art. 12 LS/GE). D'autres ont confié cette tâche à une *autorité administrative*; à Neuchâtel, il s'agit du département désigné par le Conseil d'Etat, actuellement le Département des finances et de la santé, sur préavis du médecin cantonal (art. 63 LS/NE), à Fribourg, de la Direction de la santé et des affaires sociales, sur préavis du médecin cantonal (art. 90 al. 1^{er} LSan/FR).

La compétence appartient à l'autorité désignée par le droit du canton où le médecin exerce son activité soumise au secret professionnel et non du canton où sont situées les autorités auprès desquelles celui-ci souhaite révéler les informations⁶⁸.

b. L'avocat

Pour ce qui est des avocats, les cantons romands ont le plus souvent choisi d'attribuer cette compétence à l'*autorité de surveillance* des avocats qu'ils doivent instituer en vertu de l'[art. 14 LLCA](#): à Genève, la Commission du barreau (art. 12 al. 3 LPAv/GE), à Fribourg, la Commission du barreau (art. 5 al. 2 let. d LAV/FR), à Neuchâtel, l'Autorité de surveillance des avocates et des avocats (art. 32 al. 1^{er} LAV/NE). Le canton de Vaud a retenu une solution différente en confiant la com-

JdT 2020 II p. 31, 49

pétence de délier les avocats du secret professionnel à la Cour administrative du Tribunal cantonal (art. 36 let. g RAOJ/VD).

La compétence appartient à l'autorité désignée par le droit cantonal du lieu où l'avocat a exercé l'activité couverte par le secret et non à celle du lieu des autorités auprès desquelles celui-ci souhaite révéler les informations⁶⁹; ce lieu ne correspond pas nécessairement avec le lieu d'inscription au registre cantonal des avocats.

c. Le notaire

Les cantons romands ont, pour la plupart, attribué la compétence de délier les notaires du secret professionnel au *département chargé de la surveillance* de l'activité notariale. Tel est notamment le cas du canton de Neuchâtel (cf. art. 57 al. 3 LN/NE, actuellement le Département de la justice, de la sécurité et de la culture) et du canton du Valais (cf. art. 40 al. 3 let. b LN/VS, actuellement le Département de la sécurité, des institutions et du sport). Même si la loi vaudoise ne règle pas la procédure de levée du secret professionnel, c'est également au département - actuellement le Département des institutions et de la sécurité - que le notaire devra adresser sa demande, en sa qualité d'autorité de surveillance des notaires⁷⁰. Dans le canton de Genève, la compétence appartient à la Commission de surveillance des notaires (art. 7 al. 2 LNot/GE).

d. L'agent d'affaires

Aux termes de l'art. 48 al. 1bis LPAg/VD, le secret peut être levé par le client ou, en cas d'intérêt public ou privé prépondérant, par la *Chambre des agents d'affaires brevetés*, à savoir l'autorité de surveillance et disciplinaire des agents d'affaires brevetés vaudois.

IV. Le détenteur du secret professionnel comme poursuivi et comme tiers débiteur: le devoir de renseigner et de remettre

L'office des poursuites et des faillites doit disposer d'une information complète sur la situation patrimoniale du débiteur, afin de pouvoir exécuter efficacement les mesures tendant au recouvrement des créances. Pour ce faire, la loi soumet, d'une part le débiteur, par définition le mieux placé pour fournir à l'office les informa-

⁶⁸ Cuenat, p. 34; PC [CP](#), art. 321 N. 47.

⁶⁹ Corboz, p. 94; CR [LLCA-Maurer/Gross](#), art. 13 N. 393; PC [CP](#), art. 321 N. 47. Toutefois, *Chappuis*, p. 225, préconise une approche prudente consistant à s'adresser également à l'autorité du lieu où le secret doit être révélé.

⁷⁰ Cour de droit administratif et public VD, arrêt du 26 mars 2019, GE.2018.0034, c. 1b.

JdT 2020 II p. 31, 50

tions le concernant, d'autre part les tiers, à un devoir de renseigner («Auskunftspflicht»).

Qu'en est-il lorsque le débiteur, respectivement le tiers soumis au devoir de renseigner est lié par le secret professionnel? Après une brève présentation des devoirs de renseigner incombant au débiteur et au tiers dans les procédures de saisie, faillite et séquestre (A), il s'agira de déterminer les conséquences d'un tel devoir pour les professions soumises au secret professionnel (B).

A. Le devoir de renseigner et de remettre du débiteur poursuivi et du tiers

1. Dans la poursuite par voie de saisie ([art. 91 LP](#))

Une fois reçue la réquisition de continuer la poursuite visant un débiteur soumis à la poursuite par voie de saisie, l'office doit procéder sans retard à l'exécution de la saisie ([art. 89 LP](#)). Celle-ci consiste en le dessaisissement du débiteur en lien avec les actifs sélectionnés par l'office des poursuites ([art. 96 LP](#)); pour ce faire, ce dernier doit donc disposer d'informations complètes sur les revenus et la fortune du débiteur.

Ainsi, l'[art. 91 al. 1^{er} ch. 2 LP](#) contraint le débiteur, sous la menace des peines prévues par la loi (cf. not. [art. 323 ch. 2 CP](#)), à indiquer jusqu'à due concurrence tous les biens qui lui appartiennent, même ceux qui ne sont pas en sa possession, ainsi que ses créances et autres droits contre des tiers. En outre, l'[art. 91 al. 3 LP](#) précise qu'à la réquisition du préposé, le débiteur est tenu d'ouvrir ses locaux et ses meubles.

De manière analogue, l'[art. 91 al. 4 LP](#) impose, sous menace des peines prévues par la loi (cf. not. [art. 324 ch. 5 CP](#)), le même devoir de renseigner aux tiers qui détiennent des biens du débiteur ou contre qui le débiteur a des créances.

L'[art. 91 LP](#) trouve également application lorsqu'il s'agit d'exécuter une saisie provisoire après la mainlevée provisoire de l'opposition, au sens de l'[art. 83 al. 1^{er} LP](#)⁷¹.

2. Dans la poursuite par voie de faillite ([art. 222 LP](#))

Dès que l'office des faillites a reçu communication de l'ouverture de la faillite⁷², il procède à l'inventaire des biens du failli et prend

JdT 2020 II p. 31, 51

les mesures nécessaires à leur conservation ([art. 221 LP](#)). L'inventaire donne une vision d'ensemble sur le patrimoine du failli. Tous les éléments du patrimoine sis en Suisse sont donc portés à l'inventaire; il s'agit, d'une part, des biens en possession du failli (appartenant ou non à la masse active) et, d'autre part, des valeurs patrimoniales qui ne sont pas en sa possession, mais dont ce dernier déclare être propriétaire, ainsi que des valeurs appartenant vraisemblablement au failli⁷³.

L'office doit donc disposer d'informations complètes sur la situation patrimoniale du failli, raison pour laquelle l'[art. 222 al. 1^{er} LP](#) impose à ce dernier, sous la menace des peines prévues par la loi (cf. not. [art. 323 ch. 4 CP](#)), le devoir d'indiquer tous ses biens à l'office et de les mettre à sa disposition. En vertu de l'[art. 222 al. 2 LP](#), à la demande du préposé, le failli est également tenu d'ouvrir ses locaux et ses meubles. Afin de permettre à l'office d'établir un inventaire complet, le devoir de renseigner et de remettre porte sur tous les éléments en relation avec le patrimoine du failli, en particulier la marche de ses affaires, le lieu de situation et la valeur de chaque élément de son patrimoine⁷⁴.

Quant à l'[art. 222 al. 4 LP](#), il soumet, sous la menace des peines prévues par la loi (cf. [art. 324 ch. 5 CP](#)), les tiers qui détiennent des biens du failli ou contre qui le failli a des créances, au même devoir de renseigner et de remettre les objets que le failli.

Enfin, lorsque le juge de la faillite décide, à titre de mesure conservatoire urgente, qu'il sera dressé un inventaire des biens du débiteur ([art. 162 LP](#)), l'[art. 163 al. 2 LP](#) prévoit notamment l'application par analogie de l'[art. 91 LP](#), de sorte que le débiteur et les tiers ont, dans ce cas de figure également, un devoir de renseigner et de remettre les biens.

⁷¹ [ATF 102 III 6 c. 2a](#); BSK SchKG-*Lebrecht*, art. 91 N. 3; CR [LP-Jeandin](#), art. 91 N. 4.

⁷² Pour rappel, le moment de l'ouverture de la faillite doit être constaté dans le jugement de faillite par l'indication du jour et de l'heure où elle a été déclarée ([art. 175 LP](#)).

⁷³ CR [LP-Vouilloz](#), art. 221 N. 4; BSK SchKG-*Lustenberger*, art. 221 N. 7.

⁷⁴ CR [LP-Vouilloz](#), art. 222 N. 3.

3. Dans la procédure de séquestre ([art. 275 LP](#))

En cas de séquestre, le tribunal charge l'office des poursuites de l'exécution du séquestre et lui remet à cet effet une ordonnance de séquestre ([art. 274 LP](#)). Celle-ci énonce les biens à séquestrer, étant précisé que seuls les biens désignés dans l'ordonnance de séquestre et situés dans l'arrondissement de l'office chargé de l'exécution du séquestre peuvent être séquestrés⁷⁵.

JdT 2020 II p. 31, 52

En effet, contrairement à la procédure de saisie, le créancier a le devoir de désigner lui-même les biens à séquestrer dans la requête de séquestre, le degré de la preuve étant celui de la vraisemblance, et non pas celui de la certitude de l'existence des biens visés; le créancier doit donc faire une description des biens qui rende crédible leur existence⁷⁶.

Aux termes de l'[art. 275 LP](#), les art. 91 à 109 relatifs à la saisie s'appliquent par analogie à l'exécution du séquestre. Ainsi, conformément à l'art. 91 al. 1^{er} ch. 2 [LP](#), le débiteur séquestré a, sous la menace des peines prévues par la loi (cf. not. art. 323 ch. 2 et 4 [CP](#)), le devoir de fournir les renseignements nécessaires à l'exécution du séquestre. Ce devoir n'a pas une portée générale, mais concerne uniquement les biens désignés dans l'ordonnance de séquestre⁷⁷.

Par application analogique de l'[art. 91 al. 4 LP](#), les tiers qui détiennent des biens appartenant au débiteur ou contre qui le débiteur prétend détenir une créance sont astreints, dans la même mesure que le débiteur, à fournir des renseignements. Ceux-ci portent sur l'existence effective de la prétention du débiteur séquestré à leur encontre, telle que décrite dans l'ordonnance de séquestre et à concurrence du montant de la créance à la base du séquestre, y compris les intérêts et les frais⁷⁸.

Toutefois, alors que le créancier saisissant a établi son droit dans le cadre de la procédure contradictoire née de l'opposition au commandement de payer (cf. [art. 74 ss LP](#)), le créancier séquestrant a pu se contenter de le rendre vraisemblable, sans que le débiteur ait eu l'occasion de le contester (cf. art. 272 al. 1^{er} [LP](#))⁷⁹. Ainsi, il existe un risque de séquestre injustifié, voire investigatoire, qui n'existe pas en cas de saisie, de sorte qu'il se justifie de ne faire naître le devoir de renseigner qu'à la fin du délai d'opposition au séquestre, respectivement à l'issue de la procédure d'opposition au séquestre⁸⁰.

Cette approche crée une inégalité entre les créanciers qui disposent d'ores et déjà d'informations en lien avec la situation patrimoniale du débiteur et les autres; elle s'avère toutefois nécessaire à la protection de l'intérêt des tiers à ne pas être soumis arbitrairement à une mesure contraignante de séquestre qui peut notamment impliquer la communication d'informations couvertes par le secret⁸¹.

JdT 2020 II p. 31, 53

B. Le devoir de renseigner et de remettre des mandataires soumis au secret professionnel

1. Le principe

La jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative au devoir d'information du débiteur poursuivi est catégorique: le devoir de renseigner est exhaustif et ne souffre aucune restriction⁸². Par ailleurs, en ce qui concerne le tiers débiteur, et en particulier les instituts bancaires, jurisprudence et doctrine affirment de longue date l'inopposabilité du secret bancaire face aux devoirs de renseigner prescrits par le droit des poursuites⁸³.

⁷⁵ [ATF 113 III 139](#), [JdT 1990 II 66 c. 4a](#); CR [LP-Stoffel/Chabloz](#), art. 275 N. 19.

⁷⁶ CR [LP-Stoffel/Chabloz](#), art. 272 N. 22.

⁷⁷ [ATF 130 III 579](#), [JdT 2005 II 99 c. 2.2.3](#); BSK *SchKG-Reiser*, art. 275 N. 42; *Müller-Chen*, pp. 223 s. et 226.

⁷⁸ CR [LP-Stoffel/Chabloz](#), art. 272 N. 29.

⁷⁹ [ATF 125 III 391 c. 2d.](#)

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ En ce sens, Chambre de surveillance GE, arrêt du 31 octobre 2013, [BISchK 2014 150 c. 2.4.2.](#)

⁸² Arrêts du TF [6B 585/2013 du 29 octobre 2013, c. 4.1](#) et [6B 338/2012 du 30 novembre 2012, c. 6.4.](#)

⁸³ Voir [ATF 112 III 6](#), [JdT 1988 II 98](#) et *Maurice Aubert*, Portée du secret des banques envers le pouvoir judiciaire, in [SJ 1967 609 p. 628.](#)



Ainsi, qu'il soit débiteur poursuivi ou tiers débiteur, le mandataire soumis au secret professionnel ne saurait s'opposer à une requête d'informations de l'office des poursuites ou des faillites, fondée sur les art. 91, 222 ou 275 LP, en invoquant ledit secret⁸⁴. En effet, l'art. 321 CP, qui sanctionne la violation du secret professionnel⁸⁵, réserve à son ch. 3 les dispositions des lois fédérales et cantonales imposant une obligation de renseigner une autorité; tel est le cas des *dispositions de la LP* qui, en instaurant un devoir de renseigner et de remettre, *rendent licite la révélation d'un fait soumis au secret professionnel*⁸⁶, dans les limites de l'accomplissement du devoir susmentionné.

2. Les conditions du devoir de renseigner et de remettre

Si le principe général veut que le mandataire soumis au secret professionnel ne peut s'en prévaloir pour échapper au devoir de renseigner et de remettre qu'est le sien, se pose la question des conditions auxquelles naît ce devoir. Elles sont au nombre de trois: une première liée à la personne à qui incombe le devoir (a.), une seconde liée à son objet (b.) et une troisième liée à son étendue (c.).

a. Un devoir du débiteur poursuivi et du tiers

Le devoir de renseigner et de remettre vise avant tout le *débiteur poursuivi*. Ainsi, le médecin, l'avocat, le notaire ou l'agent d'affaires

JdT 2020 II p. 31, 54

qui fait l'objet d'une poursuite pour dettes est contraint de communiquer les informations relatives à la composition de son propre patrimoine, y compris en lien avec l'existence et l'étendue de créances d'honoraires à l'encontre de ses patients ou de ses clients, sans pouvoir se prévaloir de son secret professionnel. Cas échéant, il devra également ouvrir son cabinet, respectivement son étude, afin de permettre à l'office de mettre en œuvre les mesures nécessaires.

En pratique, si un office des poursuites ou des faillites requiert des renseignements d'un mandataire soumis au secret professionnel - en particulier d'un avocat ou d'un notaire - ce sera d'ordinaire en sa qualité de *tiers*. Or, selon le texte clair des art. 91 al. 4 et 222 al. 4 LP, le devoir de renseigner des tiers ne concerne que ceux *qui détiennent des biens appartenant au débiteur ou contre qui le débiteur prétend détenir une créance*. Partant, un avocat ou un notaire à qui l'office adresse une requête de renseignements est en droit d'invoquer l'inexistence d'un quelconque devoir d'information, au motif qu'il ne détient aucun bien appartenant à son mandant (et débiteur) ou que ce dernier ne détient aucune créance à son égard⁸⁷.

A ce sujet, deux situations fréquentes en pratique, à tout le moins pour l'avocat et le notaire, méritent quelques précisions: premièrement, celle du mandataire détenant, à titre fiduciaire, des biens pour le compte de son mandant (aa), deuxièmement, celle de la provision versée par le mandant à son mandataire (bb).

aa. Les biens détenus à titre fiduciaire

Certains mandataires soumis au secret professionnel - en particulier le notaire - peuvent être amenés à détenir des biens de leurs mandants à titre fiduciaire. Tel est notamment le cas lorsqu'une partie du prix de vente d'un immeuble est versée sur un compte fiduciaire détenu par le notaire ayant instrumenté l'acte authentique, afin que celui-ci procède au paiement de divers frais résultant de la vente immobilière; en pareille hypothèse, le mandataire est propriétaire des biens, à part entière, alors que le mandant en est l'ayant droit économique⁸⁸.

⁸⁴ Gilliéron, art. 91 N. 58 et art. 222 N. 7; Marchand, p. 40; Müller-Chen, pp. 212 s. Pour l'avocat: arrêt du TF 7B 114/2005 du 12 octobre 2005, SJ 2006 I 109 c. 2.3, non publié in ATF 131 III 660. Pour le notaire: Mooser, N. 256f.

⁸⁵ Cf. supra, point II.B.2.

⁸⁶ Arrêt du TF 7B 114/2005 du 12 octobre 2005, SJ 2006 I 109 c. 2.3, non publié in ATF 131 III 660; Müller-Chen, pp. 212 s; Mooser, N. 256 et 256f.

⁸⁷ ATF 131 III 660 c. 6.1; Müller-Chen, p. 213.

⁸⁸ Obergerichtskommission OW, arrêt du 26 novembre 2007, BISchK 2010 87.

⁸⁹ ATF 130 II 579, JdT 2005 II 99 c. 2.2.3; ATF 126 III 95, JdT 2000 II 35 c. 4a. Auparavant, le Tribunal fédéral considérait que les biens détenus à titre fiduciaire ne pouvaient être séquestrés au profit d'une créance contre le

Compte tenu des rapports économiques réels, la jurisprudence fédérale autorise le créancier séquestrant à rendre vraisemblable que des biens qui semblent appartenir à des tiers (par ex. en raison d'une inscription ou d'un libellé au nom de tiers) appartiennent économiquement au débiteur⁸⁹. Ainsi, en cas de séquestre, le devoir de renseigner et de remettre porte sur l'ensemble des biens mentionnés dans l'ordonnance de séquestre, y compris les biens dont un tiers - et non le débiteur - paraît être nominalement le propriétaire⁹⁰.

JdT 2020 II p. 31, 55

De manière plus générale, toute personne qui gère, à titre fiduciaire, les biens dont le débiteur est l'ayant droit économique est soumise à un devoir de renseigner et de remettre, dès lors que la créance en restitution du débiteur à l'encontre du fiduciaire constitue une valeur saisissable⁹¹.

Partant, un mandataire soumis au secret professionnel qui détient, à titre fiduciaire, des biens pour le compte de son mandant est, au vu des rapports économiques réels qui existent entre les parties au mandat, un tiers qui détient des biens appartenant au débiteur ou contre qui le débiteur prétend détenir une créance au sens des [art. 91 al. 4 et 222 al. 4 LP](#); il est donc soumis au devoir de renseigner et de remettre en lien avec lesdits biens.

Il est d'usage - en particulier dans le cadre de la relation qui lie l'avocat ou le notaire à son client - que le mandataire exige de son mandant le versement d'avances ou de provisions au début du mandat ou en cours d'exécution. La provision représente un paiement anticipé conditionnel qui éteint, par compensation, la créance en honoraires et débours dès qu'elle est exigible⁹². Ainsi, la provision représente la contre-prestation des services du mandataire et des frais qu'il a avancés, soit l'exécution par le mandant de ses obligations, de sorte que le mandant ne peut en réclamer la restitution qu'à la fin du mandat et pour la part qui n'a pas été utilisée⁹³. Dès lors, en cas de poursuites contre le mandant, le droit à la restitution de la provision ne peut être saisi qu'en tant que *créance conditionnelle*, pour le cas où, au terme du mandat, un solde reviendrait au mandant poursuivi⁹⁴.

bb. La provision

Afin de rendre possible la saisie de la créance conditionnelle en restitution de la provision, le mandataire soumis au secret professionnel doit, à notre sens, être qualifié de tiers, conformément aux [art. 91 al. 4 et 222 al. 4 LP](#), dès lors que le mandant (et débiteur) peut, à la fin du mandat et pour le montant non encore utilisé de la provision, détenir une créance envers lui. Partant, le mandataire est soumis au devoir de renseigner quant à l'existence et l'étendue de la provision; il ne sera soumis au devoir de remettre que dans l'hypothèse où la créance conditionnelle devient effective.

JdT 2020 II p. 31, 56

b. L'existence de biens

b. L'existence de biens

Le devoir de renseigner porte sur «tous les biens» (art. 91 al. 1^{er} ch. 2 ou «tous ses biens» selon l'art. 222 al. 1^{er} LP), à savoir sur tout actif⁹⁵. Ceci exclut les documents n'ayant pas de valeur marchande⁹⁶, de sorte que le mandataire soumis au secret professionnel - en particulier l'avocat ou le notaire - n'a pas à produire ses documents de travail, notamment les doubles des lettres à sa cliente et les lettres que celle-ci lui a adressées, ses projets, ses notes, ainsi que les doubles de ses propres mémoires⁹⁷. De même, le mandataire soumis au secret professionnel, à qui l'office réclame des renseignements en sa qualité de tiers

bénéficiaire économique: [ATF 107 III 103](#), [JdT 1983 II 66 c.1](#); [ATF 106 III 86](#), [JdT 1982 II 80 c.2](#); contra: Obergerichtskommission OW, arrêt du 26 novembre 2007, [BISchK 2010 87](#) qui, citant l'ancienne jurisprudence fédérale mais non la plus récente, affirme que le séquestre du compte fiduciaire d'un notaire, dans le cadre d'une procédure contre le fiduciaire (client du notaire), est inadmissible.

⁹⁰ [ATF 130 III 579](#), [JdT 2005 II 99 c. 2.2.3](#); arrêt du TF [5A 407/2016 du 15 septembre 2016, c. 3.1](#).

⁹¹ [ATF 112 III 90 c. 4](#); [Müller-Chen](#), pp. 211 s. et 214.

⁹² [ATF 126 II 249 c. 4b](#); [ATF 100 IV 227](#), [JdT 1975 IV 149 c. 1](#); arrêt du TF [4A 433/2007 du 11 décembre 2007, c. 3.2](#).

⁹³ [ATF 126 II 249 c. 4b/c](#); [ATF 100 IV 227](#), [JdT 1975 IV 149 c. 1](#).

⁹⁴ [ATF 100 IV 227](#), [JdT 1975 IV 149 c. 1](#).

⁹⁵ CR [LP-Jeandin](#), art. 91 N. 9.

⁹⁶ En ce sens, arrêt du TF [7B 114/2005 du 12 octobre 2005](#), [SJ 2006 I 109 c. 2.3](#), non publié in [ATF 131 III 660](#).

⁹⁷ Cf. [ATF 114 III 105](#), [JdT 1990 II 98 c. 3d](#), pour un cas d'application de l'[art. 223 al. 2 LP](#).



débiteur, n'a pas à renseigner celui-ci sur les raisons pour lesquelles il détient des biens appartenant à son mandant⁹⁸.

Partant, l'objet du mandat reste couvert par le secret professionnel. Ainsi, l'avocat ou l'agent d'affaires n'a pas à renseigner l'office sur les prestations fournies en faveur de son client, fussent-elles en lien avec la consécration d'une créance invoquée par ce dernier à l'égard d'un tiers. En d'autres termes, l'avocat ou l'agent d'affaires ne doit pas communiquer des informations en lien avec un procès ou une négociation en cours, même s'il pouvait, cas échéant, en résulter une créance en faveur du mandant (et débiteur); en effet, *l'activité du mandataire n'est pas un actif* au sens des [art. 91 et 222 LP](#).

Au demeurant, l'éventuelle créance - en faveur du mandant (et débiteur) - à laquelle pourrait aboutir l'activité de l'avocat ou de l'agent d'affaires, n'est qu'une expectative dont la saisissabilité, au regard du droit des poursuites, est douteuse⁹⁹; quant à l'avocat ou

JdT 2020 II p. 31, 57

à l'agent d'affaires, il n'en serait pas le tiers débiteur et, partant, ne serait soumis à aucun devoir de renseigner et de remettre¹⁰⁰.

De manière générale, au-delà des renseignements relatifs à la composition du patrimoine du débiteur, le droit des poursuites ne permet pas l'accès à d'autres informations couvertes par le secret professionnel. Ainsi, dans le cadre du devoir d'édition prévu à l'[art. 223 al. 2 LP](#), lorsqu'un avocat est membre du conseil d'administration d'une société déclarée en faillite, les papiers d'affaires de la société doivent être distingués des dossiers de l'avocat relatifs à son activité d'avocat; seuls les premiers devront être remis à l'office des faillites¹⁰¹.

De même, dans le cadre d'une requête de consultation du dossier de l'office des faillites adressée par un tiers ([art. 8a LP](#)), l'office doit refuser l'accès aux documents se rapportant à l'activité de l'avocat de la masse en faillite, tels que courriers, projets et autres documents de travail, dès lors qu'ils bénéficient du privilège du secret professionnel¹⁰².

c. «Jusqu'à due concurrence»

Dans le cadre de la procédure de *faillite*, le devoir de renseigner et de remettre n'est pas soumis à d'autres conditions; en particulier, il n'est pas limité quant à son étendue et porte sur l'ensemble des éléments du patrimoine du failli, sans exception¹⁰³. En ce sens, ledit *devoir* est *exhaustif* et le mandataire soumis au secret professionnel ne saurait se prévaloir de celui-ci¹⁰⁴.

Dans le cadre de l'exécution d'une *saisie*, selon le texte de l'[art. 91 al. 1^{er} ch. 2 LP](#), l'obligation de renseigner s'étend «jusqu'à due concurrence», à savoir dans la mesure nécessaire à l'exécution d'une saisie permettant, d'une part, de donner satisfaction aux créanciers saisissants en capital, intérêts et frais ([art. 97 al. 2 LP](#)), d'autre part, de respecter l'ordre légal de saisie ([art. 95 LP](#))¹⁰⁵. Partant, l'office ne saurait exiger des informations complémentaires lorsque les biens mobiliers dont l'existence lui a été révélée suffisent, d'après l'esti-

JdT 2020 II p. 31, 58

⁹⁸ *Gilliéron*, art. 91 N. 58 et art. 222 N. 7.

⁹⁹ A ce propos, cf. arrêt du TF [5A_328/2013 du 4 novembre 2013, c. 5.4](#).

¹⁰⁰ Cf. supra, point IV.B.2.a.

¹⁰¹ [ATF 114 III 105](#), [JdT 1990 II 98 c. 3d](#). L'arrêt en cause précise toutefois que la réunion dans la même personne des fonctions d'administrateur et d'avocat peut entraîner que la mandante (la société en faillite) ne dispose plus de certains documents que l'avocat conserve pour lui-même et pour la société. Dans ce cas, l'administration de la faillite ne peut être privée de documents auxquels elle aurait eu accès si les mandats d'administrateur et d'avocat avaient été soigneusement séparés; l'avocat membre du conseil d'administration pourrait alors devoir compléter la documentation fournie par la société (c. 3c).

¹⁰² Chambre de surveillance GE, arrêt du 24 mai 2017, [BISchK 2019 21 c. 3.2](#).

¹⁰³ Cf. supra, point IV.A.2.

¹⁰⁴ *SK SchKG-Schober/Avdyli-Luginbühl*, art. 222 N. 4.

¹⁰⁵ *Amonn/Walther*, § 22 N. 31; *CR LP-Jeandin*, art. 91 N. 11; *SK-SchKG-Winkler*, art. 91 N. 23; implicitement: [ATF 117 III 61 c. 3](#); contra: *Gilliéron*, art. 91 N. 31.

¹⁰⁶ *CR LP-Jeandin*, art. 91 N. 11.



mation de ce dernier, à désintéresser les créanciers¹⁰⁶. Ainsi, il ne faut pas confondre le fait que le devoir d'information porte sur «tous les biens» et donc tous les actifs quels que soient leur nature ou leur lieu de situation¹⁰⁷, et le fait que cette obligation prend fin lorsque la valeur estimée des biens saisis permet de désintéresser les créanciers.

Ce faisant, le mandataire soumis au secret professionnel ne communiquera les renseignements requis que dans la mesure nécessaire au recouvrement des créances objet de la procédure de saisie, en capital, intérêts et frais¹⁰⁸. Au-delà, et donc en l'absence d'un devoir de renseigner ou de remettre, le mandataire soumis au secret professionnel qui communiquerait des informations sur le patrimoine de son mandant violerait ledit secret.

En pratique, si le débiteur principal dispose d'une vue d'ensemble de son patrimoine (en termes d'actifs et de passifs) qui lui permet d'apprécier la «due concurrence», tel n'est pas le cas du tiers débiteur. Ainsi, en cas de doute quant à la réelle portée de son devoir de renseigner et de remettre, le mandataire soumis au secret professionnel, qu'il soit débiteur principal ou tiers débiteur, devrait, par précaution et afin d'éviter de se rendre coupable d'une violation du secret professionnel, pouvoir requérir de l'office, les renseignements lui permettant d'apprécier l'ampleur de son devoir de renseigner et de remettre. A défaut, il devrait pouvoir s'opposer à la requête de l'office en raison du risque de violation du secret professionnel.

En matière de *séquestre*, l'application *par analogie* de l'[art. 91 LP](#) implique également une restriction du devoir de renseigner et de remettre jusqu'à concurrence du montant de la créance à la base du séquestre, y compris les intérêts et les frais¹⁰⁹.

3. L'existence/l'inexistence d'un devoir de renseigner ou de remettre

Lorsque les conditions susmentionnées sont réunies et qu'il existe un devoir de renseigner et de remettre, le mandataire soumis au secret professionnel communiquera à l'office les renseignements utiles à déterminer la créance de manière suffisante quant à son existence et son étendue; en principe, il s'agira des noms du créancier et du débiteur, ainsi que du montant de la créance¹¹⁰.

JdT 2020 II p. 31, 59

En cas de biens détenus à titre fiduciaire, le mandataire doit également renseigner l'office sur les éventuels intérêts perçus sur les montants détenus¹¹¹. Pour la provision, le mandataire indiquera, outre le montant encaissé, les heures de travail effectuées et les frais en ayant résulté, afin de permettre une estimation de la créance conditionnelle; des informations plus détaillées quant au contenu matériel du mandat - en particulier le détail des prestations effectuées - ne doivent pas être transmises¹¹².

A l'inverse, si l'une des conditions susmentionnées fait défaut, le mandataire soumis au secret professionnel n'est pas soumis au devoir de renseigner et de remettre, de sorte que son secret professionnel est opposable à l'éventuelle requête de renseignements adressée par l'office des poursuites ou des faillites. *Dans le doute*, le détenteur du secret invoquera celui-ci et *refusera de renseigner*.

Afin de ne pas s'exposer à des sanctions en raison d'une éventuelle violation de son secret professionnel, le mandataire dispose alors d'un intérêt personnel à s'opposer à la requête de l'office et, partant, de la *qualité pour porter plainte* au sens de l'[art. 17 LP](#)¹¹³.

V. Conclusion

Le secret professionnel est une institution indispensable à l'Etat de droit; elle garantit la relation de confiance privilégiée entre les professionnels qui y sont soumis et leurs mandants et assure, par là même, aussi bien l'exercice des professions concernées, que la confiance placée par le public en celles-ci¹¹⁴. Le secret

¹⁰⁷ Cf. notamment arrêt du TF [6B_585/2013 du 29 octobre 2013, c. 4.1](#) et les réf. cit.

¹⁰⁸ En ce sens, *Müller-Chen*, p. 213.

¹⁰⁹ Cf. supra, point IV.A.3.

¹¹⁰ Cf. notamment art. 112 al. 1^{er} [LP](#) relatif aux informations devant être contenues dans le procès-verbal de saisie.

¹¹¹ [ATF 112 III 90 c. 4](#); *Müller-Chen*, p. 214.

¹¹² En ce sens, en lien avec la confiscation pénale de provisions versées à l'avocat, cf. arrêts du TF [1S_5/2006](#) et [1S_6/2006](#) du 5 mai 2006, [SJ 2006 I 489 c. 5.3.1](#).

¹¹³ Arrêt du TF [7B_114/2005 du 12 octobre 2005, SJ 2006 I 109 c. 2.3](#), non publié in [ATF 131 III 660](#).

¹¹⁴ *Bohnet/Martenet*, N. 1805 ss; *Bühr*, p. 134.



professionnel n'en est pas pour autant absolu et intangible. À certaines conditions, il peut être levé; dans certaines situations, une obligation de renseigner peut même prévaloir.

Ainsi, dans le cadre de la poursuite pour dettes, il n'est pas toujours aisé de comprendre quelles informations peuvent être communiquées uniquement en cas de levée du secret, quels autres renseignements doivent être transmis sans que le secret professionnel ne puisse être opposé et quels faits couverts par ledit secret ne doivent en aucun cas être dévoilés. L'exercice est d'autant moins

JdT 2020 II p. 31, 60

aisé que les règles applicables ne sont pas les mêmes selon que le détenteur du secret professionnel est le créancier poursuivant, respectivement le débiteur poursuivi ou tiers débiteur.

Un constat général peut toutefois être formulé: les buts poursuivis par le secret professionnel et ceux poursuivis par le droit des poursuites ne sont pas incompatibles, de sorte que, en vue du recouvrement des créances et même en l'absence d'un devoir de renseigner, la communication de renseignements couverts par le secret doit être possible.

Pour le reste, tout est question de mesure; seuls seront communiqués les renseignements nécessaires au bon déroulement de la procédure de poursuite. Les informations qui ne sont pas utiles à la détermination de la créance en cause resteront couvertes par le secret; tel est en particulier le cas des détails de l'activité exercée par le mandataire soumis au secret professionnel en faveur de son mandant, et ce, quelle que soit sa profession.

Enfin, compte tenu du risque de sanctions encourues en cas de violation du secret professionnel, le mandataire soumis au secret professionnel préférera la voie de la prudence; dans le doute, il requerra la levée du secret professionnel ou s'opposera à la transmission des renseignements requis par l'office des poursuites ou des faillites et s'abstiendra de communiquer les informations litigieuses tant et aussi longtemps qu'il ne disposera pas d'une décision l'y autorisant ou l'y obligeant.

JdT 2020 II p. 31, 61

Bibliographie

Académie suisse des Sciences médicales/Fédération des Médecins suisses, Bases juridiques pour le quotidien du médecin: un guide pratique, 2^e éd., Bâle/Berne 2013 (cité: Guide FMH).

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 9^e éd., Berne 2013.

Bohnet François, Droit des professions judiciaires: avocat, notaire, juge, 3e éd., Bâle 2014.

Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, Code de procédure civile: commentaire, 2^e éd., Bâle 2019 (cité: CR [CPC](#)-[Auteur]).

Bohnet François/Martenet Vincent, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009.

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

Bühr Daniel Lucien, Straf- und standesrechtliche Absicherung des Anwaltsgeheimnisses, in Seitz Claudia/Wohlens Wolfgang [éd.], Anwaltsgeheimnis: Legal Privilege im schweizerischen und internationalen Kontext, Bâle 2019, pp. 133 ss.

Chappuis Benoît, La profession d'avocat, t. I: Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016.

Corboz Bernard, Le secret professionnel de l'avocat selon l'[art. 321 CP](#), [SJ 1993 77 ss.](#)

Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3^e éd., Berne 2010 (cité: Corboz, Les infractions).

Cuenat David, Le secret médical dans le canton du Jura: portée, procédure et questions pratiques, [RJJ 2017 5 ss.](#)

Dallèves Louis/Foëx Bénédicte/Jeandin Nicolas [éd.], Poursuite et faillite: commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle/Genève 2005 (cité: CR [LP](#)-[Auteur]).

Dupuis Michel et al. [éd.], Code pénal, Petit Commentaire, 2^e éd., Bâle 2017 (cité: PC [CP](#)).

Fankhauser Margrith, Condamnation pour violation du secret professionnel au sens de l'article 321 du Code pénal: conséquences pour le recouvrement d'honoraires médicaux, mesures préventives, BMS 34/2004, pp. 1771 ss.

Favre Christian, Les sanctions en cas de violation du secret professionnel, in Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi [éd.], *Il segreto professionale dell'avvocato e del notaio*, Lugano/Bâle/Genève 2003, pp. 57 ss.

JdT 2020 II p. 31, 62

Fellmann Walter, *Der einfache Auftrag*: Art. 394-406 OR, *Berner Kommentar*, vol. 4/2/4, Berne 1992 (cité: BK-Fellmann).

Fellmann Walter/Zindel Gaudenz G. [éd.], *Kommentar zum Anwaltsgesetz: Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011 (cité: BGFA Komm-[Auteur]).

Gehrer Carole, *Die Berücksichtigung des Anwaltsgeheimnisses in der Kanzleiorganisation*, in Staub Leo/Hehli Hidber Christine [éd.], *Management von Anwaltskanzleien: erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen*, Zurich/Bâle/Genève 2012, pp. 776 ss.

Gilliéron Pierre-Robert, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite: loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1^{er} janvier 1997*, 5 vol., Lausanne 1999 à 2003.

Gmür Robert, *Secret médical et encaissement de créances d'honoraires*, BMS 34/2004, pp. 1763 ss.

Jeandin Etienne, *La profession de notaire*, Zurich 2017.

Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik [éd.], *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4^e éd., Zurich 2017 (cité: SK SchKG-[Auteur]).

Kuhn André/Jeanerret Yvan [éd.], *Code de procédure pénale suisse: commentaire*, Bâle 2011 (cité: CR [CPP](#) -[Auteur]).

Logoz Paul, *Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale II (art. 213 à 332)*, Neuchâtel/Paris 1956, art. 321 n. 3.

Mabillard Ramon, *Anwaltsgeheimnis als verfassungsrechtliche Schranke für Zwangsmassnahmen am Beispiel der Durchsuchung und Beschlagnahme von Papieren*, [RSJ 2005 209 ss.](#)

Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas [éd.], *Code pénal II, Art. 111-392: commentaire*, Bâle 2017 (cité: CR [CP II](#)-[Auteur]).

Manäi-Wehrli Dominique, *Les droits du patient face à la médecine contemporaine*, Bâle/Genève/Munich 1999.

Marchand Sylvain, *Précis de droit des poursuites*, 2^e éd., Genève 2013.

Mooser Michel, *Le droit notarial en Suisse*, 2^e éd., Berne 2014.

Müller-Chen Markus, *Die Auskunftspflicht Dritter beim Pfändungs- und Arrestvollzug*, [BISchK 2000 201 ss.](#)

Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans [éd.], *Strafrecht II: Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz*, 4^e éd., Bâle 2019 (cité: BSK StGB II-[Auteur]).

Pasquier Suzanne, *Le recouvrement des honoraires d'avocat se formalise*, *Plaidoyer* 2018/2 10 ss.

JdT 2020 II p. 31, 63

Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, 18^e Rapport d'activités 2010/2011: Rapport d'activités 2010/2011 du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Berne 2011 (cité: Rapport PFPDT 2010/2011).

Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik [éd.], *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e éd., Bâle 2017 (cité: BSK ZPO-[Auteur]).

Stoudmann Patrick, *Le secret professionnel de l'avocat: jurisprudence récente et perspectives*, [RPS 2008 144 ss.](#)

Tercier Pierre/Bieri Laurent/Carron Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016.

Thévenoz Luc/Werro Franz [éd.], *Code des obligations I-Art. 1-529 CO: commentaire*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité: CR [CO I](#)-[Auteur]).

Trechsel Stefan/Pieth Mark [éd.], *Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar*, 3^e éd., Zürich/St-Gallen 2018 (cité: StGB PK-[Auteur]).

Uttinger Ursula, *Datenschutz im Gesundheitswesen*, in Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter [éd.], *Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung*, Bâle 2015, pp. 323 ss.



Valticos Michel/Chappuis Benoit/Reiser Christian M. [éd.], Loi sur les avocats: commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats, [LLCA](#)), Bâle 2010 (cité: CR [LLCA](#)-[Auteur]).

Usage exclusivement pour
des fins académiques