

# Droit de refus de collaborer concernant l'activité du service juridique interne et secret professionnel de l'avocat : ressemblances et dissemblances

François Bohnet

## Table des matières

I. Introduction . . . . .	28
II. Fondements et objectifs du droit de refus de collaborer . . . . .	29
A. Avocat indépendant . . . . .	29
B. Service juridique interne . . . . .	30
III. Personnes concernées . . . . .	32
A. Avocat indépendant . . . . .	32
B. Service juridique interne . . . . .	32
IV. Collaboration concernée . . . . .	34
A. Avocat indépendant . . . . .	34
B. Service juridique interne . . . . .	34
V. Activités concernées . . . . .	35
A. Avocat indépendant . . . . .	35
B. Service juridique interne . . . . .	36
VI. Conclusion . . . . .	37

## Bibliographie

BOHNET FRANÇOIS, Vers une Loi fédérale sur les juristes d'entreprise?, *Plaidoyer* 4/2009 56 ss;  
BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, *Droit de l'avocat*, Berne 2009; BOHNET FRANÇOIS/SCHALLER  
JULITTE, *Projet 2020 de révision du Code de procédure civile: plaidoyer pour la jurisprudence*, *SJ*  
2020 I 189 ss; BRUNNER ALEXANDER/SCHWANDER IVO/VISCHER MORITZ (éd.), *Schweizerische Zivilpro-  
zessordnung (ZPO), Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2024 (cité: DIKE ZPO-AUTEUR); CHAPPUIS BENOÎT,  
*Enquête interne et secret professionnel*, *Revue de l'avocat* 1/2017 40 ss; CHAPPUIS BENOÎT/GURTNER  
JÉRÔME, *La profession d'avocat*, Zurich 2021; CHAPPUIS BENOÎT/STEINER ALEXANDRE, *Le secret de  
l'avocat dans le CPP et le CPC: entre divergence et harmonie*, *Revue de l'avocat* 2/2017 87 ss;  
FELLMANN WALTER, *Anwaltsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2017; HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, *Le code  
de procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2023; HONEGGER PETER/FORSTMOSER PETER, *Zeugnisverwei-  
gerungsrecht für Unternehmensjuristen – Eine Notwendigkeit im internationalen Kontext*, *Revue  
de l'avocat* 4/2017 151 ss; JEANDIN NICOLAS, *Portée du secret du juriste d'entreprise (CPP, CPC,  
DPA)*, *SJ* 2024 841 ss; MEIER ISAAK, *Mitwirkungsverweigerungsrecht für Rechtsdienste als Schutz  
vor Klagen von Geschädigten?*, *PJA* 2020 1168 ss; NIGGLI MARCEL ALEXANDER, *Unterstehen dem  
Berufsgeheimnis nach Art.321 StGB auch Unternehmensjuristen? Eine Verteidigung des mate-  
riellen Strafrechts gegen die Freunde des Verfassungsrechts, zugleich eine Antwort auf Pfeifer*,  
*Revue de l'avocat* 8/2006 277 ss; OURAL MIGUEL, *L'ineffectivité du secret professionnel – Peut-on  
protéger le produit du travail du service juridique dans les procédures?* *RSDA* 2019 126 ss; PFEI-  
FER MICHAEL, *Gilt das Berufsgeheimnis nach Art.321 StGB auch für Unternehmensjuristen? Der*

Wunsch als Vater des Gedankens oder Realistik der Auslegung?, *Revue de l'avocat* 4/2006 166 ss; SCHWARZ JÖRG, Anwendung von Art. 321 StGB auch für Unternehmensjuristen – Einige Gedanken zu einer laufenden Diskussion, *Revue de l'avocat* 9/2006 338 ss; SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (éd.), *Basler Kommentar – Schweizerische Zivilprozessordnung*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2024 (cité: BSK ZPO-AUTEUR); SUTTER-SOMM THOMAS *et al.* (éd.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2025 (cité: KommZPO-AUTEUR); WINTCH ALEXANDER/BORSARI MARCO, Inhouse Privilege, Quo Vadis?, *ZZZ* 2023 110 ss.

## Travaux préparatoires

Avis 16-156 de l'Institut suisse de droit comparé sur le secret professionnel du juriste d'entreprise, du 11 septembre 2017; Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26 février 2020, *FF* 2020 2607 (cité: Message 2020); Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur les juristes d'entreprise (LJE) d'avril 2009 (cité: Rapport 2009); Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), du 2 mars 2018 (cité: Rapport 2018).

## I. Introduction

1 Le secret professionnel de l'avocat est fermement ancré dans notre législation. Sa violation est sanctionnée par l'art.321 CP sur le plan pénal et l'art.13 LLCA sur le plan disciplinaire. Il est également encadré par les normes déontologiques, en particulier l'art.4 CSD au niveau suisse et l'art.2.3 du Code CCBE en Europe. Conçu à la fois comme un devoir et un privilège<sup>1</sup>, il est essentiel à la consécration effective des droits matériels du justiciable et au respect de son droit d'être entendu<sup>2</sup>. Les codes de procédure civile et pénale garantissent le respect du secret professionnel de l'avocat en prévoyant un droit de refus de collaborer aux art.166 al.1 let.b CPC et 171 al.1. CPP. Les documents concernant des contacts entre le prévenu et son avocat (art.264 al.1 let.a et c CPP) et ceux concernant des contacts entre une autre personne et son avocat inscrit dans un registre cantonal (art.264 al.1 let.d CPP) ne peuvent pas être séquestrés dans une procédure pénale; en matière civile, cette protection s'étend à tous les échanges entre un avocat inscrit dans un registre cantonal et son client, qu'il s'agisse d'une partie à la procédure ou d'un tiers (art.160 al.1 let.b CPC)<sup>3</sup>.

2 Quant aux juristes d'entreprise, dont les services s'adressent à leur employeur et dont l'activité ne relève pas l'intérêt public<sup>4</sup>, ils ne bénéficient pas comme

1 L'art.2.3 al.1 du Code CCBE retient qu'«[i]l est de la nature même de la mission de l'avocat qu'il soit dépositaire des secrets de son client et destinataire de communications confidentielles. Sans la garantie de confidentialité, il ne peut y avoir de confiance. Le secret professionnel est donc reconnu comme droit et devoir fondamental et primordial de l'avocat».

2 BOHNET/MARTENET, N 1805.

3 Pour une comparaison de la protection du secret professionnel de l'avocat dans le CPC et le CPP, voir CHAPPUIS/STEINER, 87 ss.

4 *Comp. JEANDIN*, 855; *SCHWARZ*, 339.

tels<sup>5</sup> du secret professionnel<sup>6</sup>. Une surprenante tentative des années 2000 de les soumettre à certaines conditions à l'art.321 CP n'a pas abouti<sup>7</sup>. En revanche, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2025<sup>8</sup>, l'activité des services juridiques internes bénéficie d'une certaine protection dans les procès civils : l'art.167a CPC adopté dans le cadre de la révision du 17 mars 2023 accorde, à diverses conditions, un droit de refuser de collaborer et de produire des documents en lien avec l'activité d'un service juridique interne. Quelles sont les ressemblances et les dissemblances entre le régime applicable aux services juridiques internes et le droit de refuser de collaborer de l'avocat indépendant devant les tribunaux civils en vertu de son secret professionnel? Nous proposons de l'examiner dans les lignes qui suivent.

## II. Fondements et objectifs du droit de refus de collaborer

### A. Avocat indépendant

Le secret professionnel, dont découle le droit de refus de collaborer, trouve sa raison d'être dans le *rapport de confiance particulier* liant l'avocat et son client, qui doit pouvoir se fier entièrement à la discrétion de son mandataire<sup>9</sup>. S'il ne fait pas une pleine confiance à son avocat et ne l'informe pas de tout ce qui a de l'importance, il est difficile voire impossible pour celui-ci de bien conseiller son client et de l'assister efficacement<sup>10</sup>. L'avocat est un garant de l'Etat de droit<sup>11</sup>. Il assure au citoyen un accès effectif à la justice et la possibilité pour lui d'obtenir la consécration de ses droits. Dans la mesure où l'avocat est indépendant de l'Etat et au bénéfice du secret professionnel, le justiciable peut se fier à lui. Face à l'Etat, il peut jouer le rôle de contrepois dont la fonction est garantie par l'ordre juridique et, à certains égards, institutionnalisée<sup>12</sup>. L'objectif du droit de refus de collaborer que l'on retrouve en procédure civile, pénale et administrative est donc d'assurer un procès équitable. Il est pleinement garanti par le fait

3

5 Ils peuvent être titulaires « d'autres droits de garder le secret qui sont protégés par la loi » (art.166 al.2 CPC, par exemple le secret bancaire (art.47 LB); voir JEANDIN, 852.

6 Savoir si un avocat d'entreprise est soumis à l'art.321 CP a été laissé ouvert par le Tribunal fédéral dans l'affaire Panalpina: TF, arrêt du 28 octobre 2008, 1B\_101/2008, c.4.2. Le Tribunal pénal fédéral (TPF du 14 mars 2008, BE 2007 10-13, c.6.2) l'avait nié, tout comme la doctrine majoritaire (voir BOHNET/MARTENET, N 1813 et les réf. cit.; KommZPO-HASENBÖHLER/YANEZ, N 2; JEANDIN, 851; NIGGLI, 277 ss; PFEIFFER, 166 ss; SCHWARZ, 338 ss).

7 Voir Rapport 2009, 8. L'art.321 CP aurait été complété par un alinéa 1<sup>bis</sup>: « Les juristes d'entreprise inscrits dans un registre cantonal ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un produit secret de l'activité de conseil juridique ou de défense des intérêts de l'employeur devant les tribunaux, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. » Voir BSK ZPO-SCHMID, art.176a N 2; WINTSCH/BORSARI, 111.

8 Egalement pour les procès en cours, en vertu de l'art.407f CPC.

9 ATF 145 II 229, c.7.1; 144 II 147, c.5.3.3; 143 IV 462, c.2.2.

10 ATF 117 Ia 341, c.6a; 114 III 105, JdT 1990 II 98; 112 Ib 606, c.2b, JdT 1987 IV 150; 91 I 200, JdT 1966 I 295. Voir également sur le plan européen les Recommandations du CCBE sur la protection du secret professionnel dans le cadre des activités de surveillance, Bruxelles 2016, 9.

11 Art.1 CSD.

12 Pour des développements, BOHNET/MARTENET, 1243-1245.

que même délié du secret par son client, l'avocat conserve le droit de ne pas divulguer des faits qui lui ont été confiés<sup>13</sup>.

## B. Service juridique interne

- 4 L'art.167a CPC trouve son origine dans l'initiative parlementaire Markwalder 15.409 «Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise», déposée le 11 mars 2015. Elle faisait suite à l'échec, quelques années auparavant, de l'avant-projet de loi fédérale sur les juristes d'entreprise (LJE) d'avril 2009, qui proposait un mécanisme jugé trop compliqué et trop cher à mettre en œuvre<sup>14</sup>. L'avant-projet prévoyait en effet une inscription facultative des juristes d'entreprise dans un registre, entraînant la soumission à diverses règles professionnelles et le contrôle de l'activité par une autorité de surveillance<sup>15</sup>. L'initiative Markwalder, soutenue par les deux Chambres et leurs commissions compétentes, demandait ainsi la création d'un droit spécial de refuser de collaborer pour les juristes d'entreprise, avec pour but de créer une réglementation comparable aux normes étrangères en la matière, afin d'éviter que les entreprises suisses ne soient désavantagées dans les procédures étrangères<sup>16</sup>. Cette initiative a été concrétisée dans l'avant-projet de révision du CPC «Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité», du 2 mars 2018, avec la proposition d'introduire un article 160a CPC prévoyant une exception à l'obligation de collaborer pour les juristes d'entreprise. Malgré les avis négatifs<sup>17</sup>, le projet du Conseil fédéral a conservé la disposition sans changement<sup>18</sup>. Le Message à l'appui du projet de révision du CPC a repris le même argumentaire: ce droit de refus de collaborer vise à aligner le cadre juridique suisse avec les règles en vigueur dans certains Etats étrangers et à éviter aux entreprises suisses de subir des désavantages procéduraux<sup>19</sup>. Cet objectif a encore été souligné lors des débats aux Chambres<sup>20</sup>. La disposition du projet a toutefois été simplifiée et déplacée sur proposition du Conseil des Etats<sup>21</sup> dans une section spécifique du chapitre consacré à l'obligation de collaborer et prévoyant un droit de refus de collaborer (art.167a CPC). Elle a été adoptée sans grand enthousiasme<sup>22</sup>.

13 Art.13 al.1 LLCA.

14 (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-33444.html>) (5.3.2025). Pour une critique de cet avant-projet: BOHNET, 56 ss. Voir également BOHNET/MARTENET, N 1814 s., envisageant une solution proche de celle finalement adoptée.

15 Art.3, 4, 11 et 12 de l'avant-projet.

16 Rapport 2018, 60. Sur les inconvénients visés: JEANDIN, 847. Critique sur la solution proposée: MEIER, 1169 s., compte tenu de ses conséquences sur les procès en Suisse.

17 Une majorité de partis et d'organisations se sont déclarés favorables à ce nouveau régime, mais seulement une minorité de cantons, voir Message 2020, 2626.

18 Pour une critique: BOHNET/SCHALLER, 207 ss.

19 Message 2020, 2625.

20 Voir par exemple BO 2022 N 695, Christian Lüscher (pour la commission); BO 2022 N 696, Philipp Matthias Bregy (pour la commission); BO 2022 E 645 s., Philippe Bauer (pour la commission), qui parle même de l'introduction d'un corps étranger dans le Code de procédure civile.

21 BO 2021 E 680, Philippe Bauer (pour la commission).

22 JEANDIN, 856; HOFMANN/LÜSCHER, 187.

Alors que le droit de refus de collaborer de l'avocat indépendant repose sur un impératif de justice équitable, celui du juriste d'entreprise *ne connaît pas de fondement dogmatique* et vise donc avant tout à éviter des désavantages aux entreprises suisses sur le plan international<sup>23</sup>. On est donc loin des objectifs de l'avant-projet de 2009, rappelés par Oural – « (i) une amélioration de l'efficacité de la compliance au sein des entreprises et une bonne circulation de l'information; (ii) une amélioration de l'attractivité de la Suisse en tant que siège d'entreprises; (iii) la responsabilisation des entreprises et l'amélioration de leur image »<sup>24</sup> – et qui supposaient un cadre juridique tout autre pour les juristes d'entreprise, imitant de manière peu adéquate le régime applicable aux avocats indépendants<sup>25</sup>.

Il est à ce stade difficile de déterminer si l'objectif fixé sera atteint ou partiellement atteint<sup>26</sup>. Tout dépendra de la portée accordée par les tribunaux des Etats américains (ou d'autres Etats connaissant la même tradition juridique) à cet art. 167a CPC au moment de déterminer si un juriste d'une entreprise suisse peut se prévaloir d'un *attorney-client privilege*. A lire les développements sur ce thème dans le rapport de 2009<sup>27</sup>, et dans l'avis de droit commandé par l'OFJ à l'Institut suisse de droit comparé et rendu le 11 septembre 2017<sup>28</sup>, la réponse pourrait varier d'un Etat à l'autre et d'un dossier à l'autre, suivant le droit applicable à la question. Aux Etats-Unis, les avocats d'entreprise américains doivent être inscrits au barreau et bénéficient de l'*attorney-client privilege* pour s'opposer par exemple à une *discovery*<sup>29</sup>, mais la règle est interprétée au vu des intérêts en jeu<sup>30</sup>. D'après le rapport de 2009, certains Etats américains semblent reconnaître un droit analogue aux juristes d'entreprise étrangers sur la base du principe de courtoisie internationale, dans la mesure où le contenu de la communication concerne uniquement le pays en question et non les intérêts des Etats-Unis. D'autres reconnaissent l'*attorney-client privilege* dès lors que le juriste d'entreprise étranger assume des fonctions équivalentes à celles d'un *in-house counsel* américain, en se fondant davantage sur la nature de l'activité exercée que sur la désignation de la profession. D'autres juridictions, quant à elles, accordent l'*attorney-client privilege* à condition que le système juridique du pays concerné offre une protection comparable à celle en vigueur aux Etats-Unis, avec un statut professionnel équivalent à celui d'un avocat interne américain<sup>31</sup>. Le Rapport parvient ainsi à la conclusion, dans le contexte de l'avant-projet de 2009 qui soumettait à la surveillance les juristes d'entreprise inscrits facultativement dans un registre étatique<sup>32</sup>, que « [m]ême si elle ne garantit pas, de la part des tribunaux

23 BOHNET/SCHALLER, 207 ss; HOFMANN/LÜSCHER, 187.

24 OURAL, 131 s. Voir également HONEGGER/FORSTMOSER, 151 ss.

25 Voir *supra* N 4.

26 JEANDIN, 861.

27 Rapport 2009, 13.

28 Avis 16-156, 17 ss, 35.

29 Rapport 2009, 9; Avis 16-156, 20 s.

30 Avis 16-156, 21.

31 Rapport 2009, 13.

32 Voir *supra* N 4.

américains, une protection équivalente à l'attorney-client privilege pour le conseil juridique interne, une telle solution améliorerait les conditions pour l'activité des entreprises suisses »<sup>33</sup>. Selon l'Institut suisse de droit comparé, « *the Markwalder initiative will not guarantee that Swiss litigants will be treated the same as U.S. litigants with respect to the applicability of a privilege for communications with in-house counsel. However, it will certainly weaken, if not eliminate, a significant line of argument that has been used in the past to deny the privilege for communications with Swiss in-house counsel* ». L'entreprise et ses juristes devront dès lors faire valoir que ce droit de refus de collaborer équivaut, indépendamment du statut spécifique du juriste d'entreprise, à l'*attorney-client privilege* de telle manière à être en droit de refuser de produire la documentation concernée dans une procédure civile américaine par exemple<sup>34</sup>.

### III. Personnes concernées

#### A. Avocat indépendant

- 7 Le droit de refuser de collaborer en matière civile est accordé à l'avocat (comme partie ou tiers à la procédure<sup>35</sup>) dans la mesure où il s'agit d'une personne soumise à l'art.321 CP. C'est à l'évidence le cas de l'avocat indépendant exerçant dans le cadre du monopole<sup>36</sup> et inscrit au registre cantonal ou au tableau<sup>37</sup>. C'est également le cas à notre sens de l'avocat non inscrit, exerçant à titre indépendant comme conseil, compte tenu du besoin de protection du public<sup>38</sup>.

#### B. Service juridique interne

- 8 La loi ne définit pas les juristes d'entreprise<sup>39</sup>. D'après le Message à l'appui du projet de révision du CPC, les juristes d'entreprise sont des « juristes de formation fournissant des services juridiques à une entreprise dans le cadre de rapports de travail »<sup>40</sup>. Le Rapport à l'appui de l'avant-projet les désignait en des termes semblables comme « [d]es personnes ayant une formation juridique qui fournissent des services juridiques à une entreprise au titre d'employé de cette dernière »<sup>41</sup>.
- 9 Peu importe finalement, car selon le texte de loi, ce n'est pas la formation de la personne travaillant dans le service juridique qui est pertinente, mais celle de la personne qui dirige le service. Ce qui est donc déterminant, c'est que l'entreprise concernée soit inscrite comme entité juridique au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent (art.167a al.1 let.a CPC), qu'elle

33 Rapport 2009, 13.

34 BOHNET/MARTENET, N 1815.

35 Art. 163 al.1 let.b et 166 al.1 let.b CPC.

36 ATF 127 IV 106, c.4c, SJ 2001 I 381.

37 BOHNET/MARTENET, N 1809; CHAPPUIS/GURTNER, N 698.

38 BOHNET/MARTENET, N 1811 et les réf. cit.; CHAPPUIS/GURTNER, N 699; FELLMANN, N 554.

39 JEANDIN, N 857.

40 Message 2020, 2625.

41 Rapport 2018, 60. Voir aussi KommZPO-HASENBÖHLER/YAÑEZ, N 1.

dispose d'un service juridique interne<sup>42</sup> et que la personne qui le dirige soit titulaire d'un brevet cantonal d'avocat ou qu'elle remplisse dans son Etat d'origine les conditions professionnelles requises pour exercer en tant qu'avocat (art. 167a al. 1 let. b CPC)<sup>43</sup>.

Un brevet d'avocat suppose en Suisse une formation juridique complète<sup>44</sup>. Selon le Message, « ce critère vise à garantir que ce service dispose du niveau de compétences professionnelles requis, et à assurer en particulier que la spécificité de son activité soit connue et reconnue »<sup>45</sup>. S'il permet de tirer profit de l'expérience que représentent le stage d'avocat et une éventuelle activité ultérieure comme avocat indépendant, il ne donne en revanche aucune garantie de surveillance de l'activité du responsable du service, qui n'est soumis à aucune règle professionnelle et à aucune autorité de contrôle, contrairement aux exigences envisagées par l'avant-projet de 2009<sup>46</sup>. Faute d'indépendance (art. 8 LLCA), un juriste d'entreprise titulaire du brevet d'avocat ne peut pas s'inscrire dans un registre cantonal.

Peu importe également que les personnes travaillant dans le service juridique soient ou non titulaires d'une formation en droit. Selon la conception de l'art. 167a al. 1 CPC, une réquisition de production des documents en lien avec l'activité du service juridique peut être refusée par la partie concernée, partie qui peut également refuser de faire une déposition sur ce thème<sup>47</sup>. Par ailleurs, les personnes travaillant dans le service juridique peuvent également refuser de faire une déposition ou de produire des documents en vertu de l'art. 167a al. 2 CPC.

La formulation de cet art. 167a al. 2 CPC n'est pas heureuse : elle laisse fausement entendre que seule la personne qui travaille dans le service juridique peut refuser de collaborer et de produire des documents, alors que tel doit aussi être le cas des autres employés de l'entreprise au courant de l'activité du service juridique, comme cela résultait de l'art. 160a al. 1 du projet<sup>48</sup>. La formulation de l'art. 160a P-CPC, disposition devenue l'art. 167a CPC, et de son alinéa 2, a été simplifiée par les Chambres, sans volonté de modifier la portée du texte<sup>49</sup>. De plus, celui-ci vise également, lorsqu'elle n'est pas partie au procès, l'entreprise et

42 Le service juridique doit être organisé comme tel. Le fait que l'entreprise emploie un ou des juriste(s) titulaire(s) d'un brevet d'avocat ne suffit pas. Voir BSK ZPO-SCHMID, art. 176a N 4.

43 Critiques : CHAPPUIS/GURTNER, N 364 ; JEANDIN, 857 s.

44 Art. 7 LLCA ; ATF 146 II 309 : outre le Master en droit suisse, un Bachelor en droit suisse s'impose.

45 Message 2020, 51.

46 Voir *supra* N 4.

47 Art. 167a al. 1 CPC en lien avec l'art. 160 al. 1 let. a CPC.

48 Message 2020, 2657 : « La phrase introductive de l'al. 1 prévoit que l'exception à l'obligation générale de collaborer vaut tant pour les parties à une procédure civile que pour les tiers. » Dans ce sens : HUBER/RIGAUX, RJS 2023, 611 ; BSK ZPO-SCHMID, art. 176a N 12 ; WINTCH/BORSARI, 113. *Contra* : DIKE ZPO-MÜLLER, art. 176a N 18, 35.

49 Voir BO 2022 E 645, Philippe Bauer (pour la commission) ; WINTCH/BORSARI, 113. En revanche, selon HOFMANN/LÜSCHER, 187, il faut privilégier une interprétation tenant compte de la portée restrictive du texte.

ses organes qui ne travaillent pas eux-mêmes dans le service juridique<sup>50</sup>. Cela signifie que c'est bien *l'activité du service juridique interne de l'entreprise* qui est protégée *lorsque l'information demeure à l'interne*<sup>51</sup> et non spécifiquement la personne qui détient l'information au sein de l'entreprise. Savoir si un *attorney-client privilege* sera reconnu par un tribunal américain pour toute personne détenant l'information est évidemment une autre question.

#### IV. Collaboration concernée

##### A. Avocat indépendant

13 Qu'il soit *partie* ou *tiers* dans la procédure, l'avocat peut refuser de faire une déposition et de produire les titres requis, voire de tolérer une inspection de ses biens par un expert, conformément à l'art. 160 al. 1 let. a, b et c CPC, en lien avec les art. 163 al. 1 let. a CPC (partie) et 166 al. 1 let. b CPC (tiers).

14 Par ailleurs, les documents (courriers, notes, procès-verbaux d'entretien, documents stratégiques, projet d'actes<sup>52</sup>) concernant les contacts entre une partie ou un tiers et un avocat autorisé à les représenter à titre professionnel sont protégés quelle que soit la personne qui les détient en vertu de l'art. 160 al. 1 let. b CPC. Tout comme en procédure pénale<sup>53</sup>, il faut exclure de ce cadre les courriers simplement transmis en copie pour information à un avocat.

##### B. Service juridique interne

15 L'art. 167a al. 1 CPC retient qu'une *partie* peut refuser de *collaborer* et de *produire des documents* en lien avec l'activité de son<sup>54</sup> service juridique interne (si elle est inscrite comme entité juridique au registre du commerce [let. a] et si le service juridique est dirigé par une personne titulaire du brevet d'avocat [let. b]). Par *partie*, on entend une personne physique ou morale (par ses organes), et ce, qu'il s'agisse d'une partie principale ou accessoire<sup>55</sup>.

16 La terminologie retenue dans la mouture adoptée par les Chambres fédérales est peu heureuse, puisque le terme «collaborer» comprend déjà selon l'art. 160 CPC la production de titres<sup>56</sup>. De plus, la notion de document («*Unterlagen*») est moins précise que celle de «titre» de l'art. 160 al. 1 let. b CPC, qui renvoie à l'art. 177 CPC. L'art. 160a du projet utilisait une terminologie plus cohérente<sup>57</sup>. Les

50 JEANDIN, N 857; KommZPO-HASENBÖHLER/YAÑEZ, N 33; BSK ZPO-SCHMID, art. 176a N 12; WINTCH/BORSARI, 113. *Contra*: DIKE ZPO-MÜLLER, art. 176a N 18, 36.

51 Peu importe que l'intéressé ait ensuite quitté l'entreprise, comp. BSK ZPO-SCHMID, art. 176a N 13. Cet auteur, N 12, élargit cependant la protection aux personnes avec lesquelles l'entreprise a échangé de la correspondance ou d'autres informations.

52 JEANDIN, 851.

53 ATF 143 IV 462, c. 2.2.

54 Et non pas évidemment du service juridique d'une tierce personne auquel elle a recours. Voir DIKE ZPO-MÜLLER, art. 176a N 31 ss.

55 Comp. KommZPO-HASENBÖHLER/YAÑEZ, N 24.

56 Dans ce sens également, DIKE ZPO-MÜLLER, art. 176a N 18.

57 «Les parties et les tiers ne sont pas soumis à l'obligation de collaborer en ce qui concerne l'activité du service juridique interne d'une entreprise (...).»

expressions utilisées dans le texte adopté ne visent cependant pas à se distancer des notions inscrites dans le texte du projet.

Les mêmes difficultés terminologiques se retrouvent à l'art. 167a al. 2 CPC concernant les *tiers*, étant rappelé que par « tiers », on vise également à notre sens *les autres employés de l'entreprise* pour ce qui concerne les activités du service juridique dont ils auraient connaissance<sup>58</sup> et, lorsqu'elle n'est pas elle-même partie, l'entreprise et ses organes qui ne travaillent pas eux-mêmes dans le service juridique<sup>59</sup>.

Reste la question des documents en lien avec l'activité d'un tel service juridique interne en mains d'autres personnes. L'art. 160a al. 2 CPC, qui prévoyait d'appliquer par analogie l'art. 160 al. 1 let. b CPC dans un tel cas, et qui permettait de faire en sorte que l'exception à l'obligation générale de collaborer s'étende aux documents concernant des contacts avec le service juridique interne de l'entreprise, indépendamment de la question de savoir si le service juridique interne concerné a ou non la maîtrise de ces documents<sup>60</sup>, n'a pas été repris. Cela signifie que si de tels documents ont été transmis à des personnes externes à l'entreprise, ils peuvent *a priori*<sup>61</sup> être requis de celles-ci et elles ne peuvent refuser de s'exprimer à leur sujet. A noter encore que si la notion de « tiers » ne devait pas couvrir les autres employés de l'entreprise comme nous le proposons, ils devraient malgré tout pouvoir refuser de produire un document reçu en copie dans le cadre des relations de travail et dont ils ne peuvent donc pas disposer librement<sup>62</sup>.

On notera enfin que, faute de disposition du même type en procédure pénale et administrative, il n'existe pas de droit de refuser de collaborer en relation avec l'activité du service juridique interne dans ces procédures. Les informations recueillies légalement dans ce cadre pourraient fort bien être produites à l'appui d'un procès civil, la preuve n'ayant pas été obtenue de manière illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC<sup>63</sup>.

## V. Activités concernées

### A. Avocat indépendant

Le secret professionnel de l'art. 321 CP protège *les activités typiques* de l'avocat<sup>64</sup>. Il s'agit non seulement de la représentation en justice, mais également du conseil juridique, en d'autres termes, les activités qui relèvent pour le client de l'accès

58 Voir *supra* N 12.

59 Voir *supra* N 12.

60 Message 2020, 2658.

61 JEANDIN, 858. *Contra*: BSK ZPO-SCHMID, art. 176a N 12, selon lequel la protection s'étend aux personnes avec lesquelles l'entreprise a échangé de la correspondance ou d'autres informations.

62 Dans ce sens, WINTCH/BORSARI, 113.

63 Dans ce sens, DIKE ZPO-MÜLLER, art. 176a N 14. *Contra*: MEIER, 1169, mais qui critique cette conséquence.

64 BOHNET/MARTENET, N 1818; NATER/ZINDEL, art. 13 LLCA N 143.

au droit et à la justice<sup>65</sup>. La notion de « conseil juridique » doit être comprise dans un sens large. Elle comprend « tout conseil juridique que l'avocat dispense à son client, qu'il ait traité à l'activité passée de ce dernier ou à celle qu'il aura dans le futur »<sup>66</sup>. Un « projet de contrat non signé » ressort de l'activité typique de conseil juridique de l'avocat<sup>67</sup>, de même que la négociation d'un contrat<sup>68</sup>. Récemment, le Tribunal fédéral a également reconnu que l'activité de l'avocat consistant à établir les faits est typique à sa profession<sup>69</sup>.

21 Sont en revanche considérées comme *atypiques* l'activité d'administrateur d'une société<sup>70</sup>, celle qui relève de la gestion de fortune<sup>71</sup>, celle qui consiste à effectuer ou encaisser des paiements pour le compte d'un tiers<sup>72</sup>, celle qui ressortit à la compliance bancaire<sup>73</sup>, ou encore celle de *trustee*<sup>74</sup>. Il en va de même du mandat d'encaissement<sup>75</sup>.

22 Le fait qu'une activité ne bénéficie plus de la protection du secret à l'égard des autorités en vertu de l'art. 321 CP ne signifie pas que l'avocat n'est plus lié par le secret professionnel. Il demeure dans un tel cas tenu comme tout mandataire à son devoir de fidélité, et ne saurait dévoiler spontanément des informations transmises par son client sans violer les art. 13 LLCA et 398 al. 2 CO, mais il ne pourra pas refuser de témoigner ou de produire une pièce ou s'opposer à une saisie de documents<sup>76</sup>.

## B. Service juridique interne

23 L'art. 167a al. 1 let. c CPC limite le droit de refuser de collaborer en ce qui concerne les activités du service juridique interne d'une entreprise inscrite au registre du commerce (let. a) et dirigée par une personne titulaire du brevet d'avocat (let. b) à celles qui seraient considérées comme spécifiques à l'exercice de sa profession si elles étaient exécutées par un avocat. Le tribunal devra dès lors déterminer la nature de l'activité en cause au moment de se prononcer sur le droit de refuser

65 ATF 135 III 410, c. 3.3; TF, arrêt du 5 juin 2020, 4A\_343/2019, c. 3.2.1; voir aussi TF, arrêt du 10 novembre 2014, 2C\_461/2014, c. 4.1; BOHNET/MARTENET, N 1819; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 61.

66 CHAPPUIS, 44 et la référence à ATF 135 III 410, c. 3.3; TF, arrêt du 10 novembre 2014, 2C\_461/2014, c. 4.1.

67 TF, arrêt du 23 mars 2004, 8G.9/2004, c. 9.6.2.

68 TF, arrêt du 23 mars 2004, 8G.9/2004, c. 9.6.1, qui retient la nature de l'activité portant sur la négociation et la rédaction d'un contrat de prêt.

69 TF, arrêt du 6 juin 2024, 7B\_158/2023 (destiné à la publication), c. 3.1; voir également TF, arrêt du 6 juin 2024, 7B\_874/2023, rendu dans la même affaire.

70 ATF 135 III 410, c. 3.3; 115 Ia 197, c. 3d/bb; 114 III 105, c. 3a. Voir également TF, arrêt du 5 juin 2020, 4A\_343/2019, c. 3.2.1.

71 ATF 112 Ib 606.

72 ATF 135 III 410, c. 3.3; TF, arrêt du 5 juin 2020, 4A\_343/2019, c. 3.2.1; TF, arrêt du 11 juillet 2005, 1P.32/2005, c. 3.4.

73 ATF 143 IV 462, c. 2.2; TF, arrêt du 5 juin 2020, 4A\_343/2019, c. 3.2.1.

74 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 61.

75 ATF 120 Ib 112, JdT 1996 IV 92, c. 4: « Il s'agit là d'un comportement de nature avant tout commercial, assimilable à celui de banques ou de fiduciaires »; BOHNET/MARTENET, N 1826.

76 BOHNET/MARTENET, N 1820 et les réf. cit.

de collaborer de la partie (al. 1) ou du tiers (al. 2). Un tel droit suppose une activité relevant du droit et entrant dans les catégories décrites ci-dessus.

Une minorité du Conseil national avait souhaité l'introduction d'un art. 167a al. 1<sup>bis</sup> en vertu duquel «[c]e droit se limite aux conseils fournis par le service juridique et ne porte pas sur les documents et faits ayant servi à fonder son avis»<sup>77</sup>. Cette proposition n'a pas été suivie<sup>78</sup>, la majorité considérant que le texte voté devait déjà être compris en ce sens<sup>79</sup>. On notera que l'établissement des faits lui-même peut relever de l'activité typique de l'avocat<sup>80</sup>, si bien qu'il n'est pas aisé de distinguer les faits de l'avis juridique en résultant. Le calcul de rendement en matière de bail a été pris pour exemple durant les débats. Il ne serait pas protégé, car relevant non pas de l'activité typique de l'avocat mais du travail de la gérance<sup>81</sup>. On peut en douter: il faut distinguer les documents sur lesquels se fonde le calcul et qui ne sont pas protégés, du calcul lui-même qui peut comprendre des variantes et des approches juridiques différentes, également en vue d'un procès<sup>82</sup>. Un avocat chargé par hypothèse d'effectuer un tel calcul accomplirait à notre sens une activité typique, protégée par le secret professionnel<sup>83</sup>. Il ne viendrait d'ailleurs probablement à l'idée de personne de requérir d'éventuels calculs de rendement établis par un bureau d'avocat, cette problématique ne surgissant qu'avec cette nouvelle disposition du CPC.

Cet exemple montre que le risque existe que la notion même d'activité typique soit finalement précisée à l'occasion d'affaires ne concernant pas la profession d'avocat mais celle d'un service juridique interne, ce qui est assez insolite. Comme le but de la disposition est d'assurer une certaine protection dans un contexte international, on peut même envisager que la notion d'activité typique de l'avocat suisse soit finalement avant tout discutée devant des tribunaux étrangers!

## VI. Conclusion

Le droit de refus de collaborer du juriste d'entreprise et de l'avocat indépendant en procédure civile repose sur des fondements différents et procède d'une tout autre approche. Alors que l'avocat indépendant bénéficie du secret professionnel afin d'assurer un rapport de confiance particulier avec son client et de garantir l'Etat de droit, le juriste d'entreprise ne peut se prévaloir d'un tel secret soumis à l'art. 321 CP, sa fonction étant d'un ordre interne à l'entité qui l'occupe. C'est uniquement pour éviter à l'entreprise commerciale de devoir dévoiler devant des tribunaux étrangers des informations juridiques échangées en son sein que

77 BO 2022 N 698 s.

78 BO 2022 N 699.

79 BO 2022 N 695, Christian Lüscher (pour la commission); BO 2022 N 696, Philipp Matthias Bregy (pour la commission).

80 TF, arrêt du 6 juin 2024, 7B\_158/2023 (destiné à la publication), c.3.1.

81 BO 2022 N 695, Christian Lüscher (pour la commission).

82 Comp. sur la protection des documents portant sur l'analyse des risques en cas de procès, KommZPO-HASENBÖHLER/YAÑEZ, N 9.

83 *Contra*: HOFMANN/LÜSCHER, 188; KommZPO-HASENBÖHLER/YAÑEZ, N 30.

l'art. 167a CPC a été adopté. C'est donc bien *la production du service juridique interne et échangée à l'interne* qui est protégée, et non le juriste d'entreprise pour les secrets dont il serait le détenteur.

27 Le texte adopté par les Chambres fédérales n'est pas d'une grande clarté. Il doit être interprété à l'aide de la disposition proposée préalablement par le Conseil fédéral. Comme l'exprimait en effet l'art. 160a al.1 du projet, ce sont tant les parties que les tiers (juristes au sein du service, autre personne à l'interne ou entreprise munie d'un tel service) qui ne sont pas soumis à l'obligation de collaborer en ce qui concerne l'activité du service juridique interne d'une entreprise, lorsque les conditions posées par la loi sont réunies, à savoir l'inscription de l'entreprise comme entité juridique au registre du commerce (a), la direction du service juridique par une personne titulaire d'un brevet d'avocat (b) et une activité qui serait considérée comme spécifique à l'exercice de sa profession si elle était exécutée par un avocat (c). Sur ce dernier point, on regrettera le recours à une notion propre à la profession d'avocat pour définir les limites de la protection assurée par cette nouvelle disposition, alors que tant le fondement du droit de refus de collaborer qu'elle instaure que son objet se distinguent fondamentalement du secret professionnel de l'avocat.