



## DIRECTIVE DE L'ORDRE DES AVOCATS NEUCHÂTOIS RELATIVE À LA CONFIDENTIALITÉ

### 1. Préambule

Le principe de confidentialité trouve son fondement dans l'intérêt public. Sans lui, la possibilité pour les parties de s'exprimer librement et sans arrière-pensées dans la recherche d'une solution serait préteritée. La règle constitue un corollaire indispensable au devoir imposé à l'avocat de favoriser les règlements amiables des litiges et tend dès lors à éviter les procès inutiles dans l'intérêt des clients et de l'administration de la justice.

Vu l'importance de ce principe de confidentialité et son caractère largement reconnu, le Tribunal fédéral le rattache au devoir de diligence de l'avocat au sens de l'article 12 lettre a LLCA (cf. TF 2A.658/2004 traduit in Bohnet, *Grands arrêts*, pp 132 ss).

Cette reconnaissance, d'ores et déjà bien établie, a encore été renforcée par l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2005, du Code suisse de déontologie de la FSA du 10 juin 2005 (ci-après : CSD), qui avait précisément pour but d'unifier, dans toute la mesure du possible, les règles déontologiques sur tout le territoire de la Confédération et ainsi d'assurer une interprétation uniforme de la LLCA. En effet, le Tribunal fédéral reconnaît dès lors la portée juridique des règles de confidentialité contenues dans le CSD, à savoir ses articles 6 et 26 (cf. notamment ATF 140 III 6 consid. 3.1).

L'article 6 du CSD a la teneur suivante :

#### **"Comportement en procédure**

*Sauf accord exprès de la partie adverse, l'avocat ne porte pas à la connaissance du Tribunal de propositions transactionnelles."*

L'article 26 du CSD apporte quant à lui la précision suivante :

#### **"Communications entre confrères**

*Le caractère confidentiel d'une communication adressée à un confrère doit être clairement exprimé dans cette dernière.*

*Il ne peut être fait état, en procédure, de documents ou du contenu de propositions transactionnelles ou de discussions confidentielles."*



## 2. Principe

Dans notre canton, afin de marquer le caractère confidentiel d'une communication entre avocats, il est d'usage d'utiliser simplement la **formule "confidentiel"**. Cependant, il sied de relever que cette formulation n'est pas exclusive, vu que dans d'autres cantons ou encore à l'étranger, des formules telles que "*sous les réserves d'usage*", "*vertraulich*", "*riservato*" ou encore "*without prejudice*" sont notamment préférées.

Un courrier confidentiel **ne peut pas être déposé en justice**, même caviardé, à moins que, manifestement, seule une partie du texte n'ait un caractère confidentiel. Selon la doctrine, c'est **non seulement le contenu des pourparlers transactionnels, mais déjà leur principe** qui est confidentiel, de sorte que l'existence même d'un courrier confidentiel ne devrait pas être dévoilée sans l'accord de son destinataire (Bohnet/Martenet, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, p. 511 n. 1191).

Par ailleurs, il est constant **qu'une réponse à une lettre confidentielle** doit également être considérée comme telle (cf. notamment TF 2A.658/2004 traduit in Bohnet, *Grands arrêts*, pp 132 ss). Cependant, pour éviter tous malentendus, il est conseillé de répéter la mention "*confidentiel*" dans la réponse.

En outre, il ressort de l'article 26 alinéa 2 du CSD que **les annexes** à un courrier confidentiel ont également ce caractère.

La confidentialité de lettres et de documents interdit à l'avocat non seulement de produire de tels documents en justice, sauf accord des parties, mais l'empêche également de remettre ces documents à des tiers et en particulier aux médias (presse, radio, télévision).

Il est **impossible de renoncer unilatéralement et après coup au caractère confidentiel d'une communication**. L'avocat ne pourra donc jamais produire en justice sa propre lettre écrite sous le sceau de la confidentialité, raison pour laquelle il est donc déconseillé d'utiliser systématiquement la réserve de confidentialité.

Lorsque les parties se mettent d'accord, suite à des négociations confidentielles, cet accord **n'est pas confidentiel**. Cependant, la confidentialité des négociations ayant précédé l'accord subsiste (Bohnet/Martenet, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, p. 511 n. 1193 et les références citées).

Selon la doctrine, **l'avocat peut**, sans pour autant y être contraint, **transmettre un pli confidentiel à son client**. Il doit toutefois le rendre attentif aux conséquences de la confidentialité. A défaut, il ne respecte pas son devoir de diligence (Bohnet/Martenet, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, p. 512 n. 1195).

A ce sujet, le Conseil suggère cependant, sans vouloir pour autant édicter une règle rigide et absolue, que **les correspondances confidentielles ne soient en principe pas communiquées au client**. On risque en effet que celui-ci, par exemple après avoir révoqué le mandat de son avocat, fasse usage de cette correspondance de façon contraire à son but. Si une telle pièce est produite en justice elle pourrait bien être considérée comme un aveu, sous réserve bien sûr du pouvoir d'appréciation du Tribunal en matière de libre appréciation



des preuves. L'avocat peut tenter de s'en prémunir en l'assortissant de conditions, par exemple que "la présente proposition ne déploie ses effets que si elle est intégralement acceptée dans un délai de [y jours/semaines]".

Une certaine souplesse peut subsister face à des clients avec lesquels l'avocat entretient des rapports de confiance particuliers. Toutefois, si un mandant dépose ou remet à un tiers une correspondance confidentielle qui lui a été transférée par son avocat, celui-ci devrait répudier son mandat.

Dans une telle hypothèse de dépôt par une partie d'un courrier confidentiel, on verra ci-dessous que la jurisprudence prévoit qu'il doit être écarté du dossier.

### 3. Conséquences

Comme énoncé en préambule de la présente directive, la violation par un avocat inscrit au registre des règles de confidentialité précitées constitue une violation de son devoir de diligence au sens de l'article 12 let. a LLCA. Cette violation a pour **conséquences** :

1. de rendre **illicite**, au sens de l'article 152 alinéa 2 CPC, la **preuve** produite dans le non-respect de ces règles (cf. ATF 140 III 6) et;
2. d'entraîner éventuellement **une sanction disciplinaire** au sens de l'article 17 LLCA à l'encontre de l'avocat contrevenant (cf. TF 2A.658/2004 traduit in BOHNET, Grands arrêts, pp 132 ss, consid. 3.4).

Cependant et par voie de conséquence, un **avocat non-inscrit au registre** ou une tierce **personne** n'est ni soumis aux règles professionnelles de la LLCA, ni aux règles déontologiques du CSD. Il ne sera donc pas tenu de respecter lesdites règles.

Toutefois, dans notre canton, un **accord exprès a été passé avec l'Etat et les Villes de Neuchâtel et de La Chaux-de-Fonds** permettant de recourir, avec leurs avocats, au système de la confidentialité. Il ne s'applique toutefois que lorsque la collectivité publique concernée intervient comme partie à une procédure. Dans le doute, il est conseillé à l'avocat de se renseigner. Cette règle ne s'applique bien évidemment pas à un avocat d'une de ces collectivités publiques s'il est chargé, par exemple, de l'instruction d'un recours. Cet avocat ne peut en outre pas respecter le principe de la confidentialité si celui-ci est en contradiction avec son obligation, en tant que fonctionnaire, de dénoncer une infraction dont il aurait connaissance.

Pour ce qui est des communications avec **d'autres interlocuteurs**, par exemple des employés d'une banque ou d'une assurance, vu qu'ils ne sont pas soumis aux règles professionnelles et déontologiques de confidentialité, fussent-ils eux-mêmes avocats, il est conseillé à l'avocat inscrit au registre d'être particulièrement vigilant. Pour ce faire, il pourra notamment formuler les réserves les plus expresses afin que ses déclarations, dans la mesure où elles venaient à être produites en procédure, ne puissent pas être retenues comme un aveu. Il est également possible d'avoir recours à un accord de confidentialité



OAN ORDRE DES AVOCATS NEUCHÂTELOIS

entre les parties, c'est-à-dire un véritable contrat au sens de l'article 1 CO. Il sied toutefois de relever qu'une fois cet accord conclu, il oblige l'avocat également et son respect fait partie de son devoir de diligence au sens de l'article 12 lettre a LLCA.

La présente directive abroge la « Directive de l'Ordre des avocats neuchâtois relative à la confidentialité » du 17 mai 2005 et entre en vigueur immédiatement.

Adoptée par le Conseil de l'Ordre à Neuchâtel, le 19 mai 2016

Pour le Conseil de l'Ordre :

le Bâtonnier

le Secrétaire

Georges Schaller

Bastien Reber