

L'[in]effectivité du secret professionnel
Peut-on protéger le produit du travail du
service juridique dans les procédures ?

Miguel Oural

Avocat, Lenz & Staehelin, Genève



Room n° 33963

Journée de droit bancaire et financier
15 novembre 2018



CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

www.cdbf.ch

Journée de droit bancaire et financier 2018

L'[in]effectivité du secret professionnel

Peut-on protéger le produit du travail du service
juridique dans les procédures ?

Miguel Oural

Avocat, Lenz & Staehelin, Genève



Room n° 33963



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**



La réponse à cette question est celle... d'un juriste:
cela dépend.



2

Plan de la présentation

- I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*
 - A. Les normes de droit matériel
 - B. Les normes de procédure
 - 1. Les normes de procédure civile
 - 2. Les normes de procédure pénale
 - 3. Les normes de procédure administrative
 - C. Conclusions et perspectives pratiques
- II. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege ferenda*
 - A. Les moyens d'instaurer une protection du secret du juriste d'entreprise
 - B. Les projets législatifs
 - 1. L'avant-projet de loi sur les juristes d'entreprise
 - 2. L'avant-projet de révision du CPC et son but affiché
 - 3. L'AP-CPC est mal emmanché car mal expliqué
- III. La perspective de ce qui se fait à l'étranger et conclusions



3

- I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*
 - A. Les normes de droit matériel

Normes pertinentes pour déterminer l'étendue de la protection du secret du juriste d'entreprise:

Art. 13 LLCA	Art. 321 CP	Autres normes: art. 162 CP, 47 LB, 35 LPD, etc.
Pas applicable (art. 2 al. 1 LLCA)	Applicabilité débattue et à certaines conditions	Applicabilité au cas par cas



4

I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*

A. Les normes de droit matériel

Art. 321 CP - Violation du secret professionnel

1. Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, conseils en brevet, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
2. [...]
3. Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice.



5

I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*

A. Les normes de droit matériel

- La question de l'application de l'art. 321 CP aux juristes d'entreprise est **cruciale** pour déterminer si l'entreprise et/ou le juriste d'entreprise peuvent invoquer les normes de procédure protégeant le secret de l'avocat.
- Cette question a été laissée **ouverte** dans l'**arrêt TF, 1B_101/2008 du 28 octobre 2008** et n'a pas été tranchée depuis:

"4.2 L'existence d'un secret professionnel pour les avocats d'entreprise, et donc du droit de refuser de témoigner et de produire des documents, est discutée en doctrine [...]. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur ce point. La question peut demeurer ouverte."



6

I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*

A. Les normes de droit matériel

- Selon certains auteurs, l'art. 321 CP s'applique aux juristes d'entreprise:
 - Titulaires d'un brevet d'avocat;
 - Pour leur activité de conseil juridique;
 - Pour les informations et documents:
 - confiés exclusivement au juriste d'entreprise
 - qui restent dans sa maîtrise effective (lui seul en dispose)
- Selon d'autres, l'art. 321 CP s'appliquerait exclusivement aux titulaires d'un brevet d'avocat *indépendants* et *inscrits au registre des avocats*.

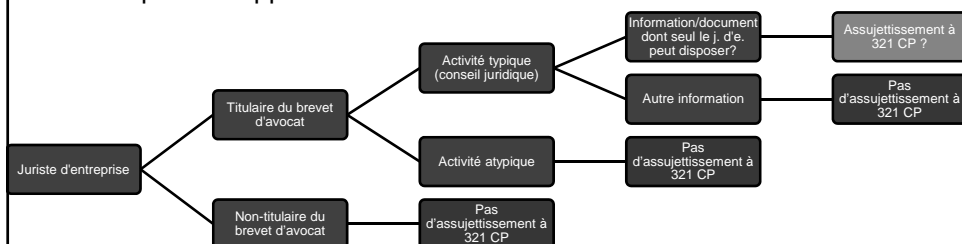


7

I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*

A. Les normes de droit matériel

Enseignements à tirer de l'**arrêt TF, 1B_101/2008 du 28 octobre 2008** quant à l'application de l'art. 321 CP:



8

I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*

B. 1. Les normes de procédure civile

Art. 160 CPC – Obligation de collaborer

1. Les parties et les tiers sont tenus de collaborer à l'administration des preuves. Ils ont en particulier l'obligation:
 - a. de faire une déposition conforme à la vérité en qualité de partie ou de témoin;
 - b. de produire les titres requis, à l'exception des documents concernant des contacts entre une partie ou un tiers et un avocat autorisé à les représenter à titre professionnel [...]
 - c. [...]



9

I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*


B. 1. Les normes de procédure civile

Art. 163 CPC – Droit de refus

1. Une partie peut refuser de collaborer:
 - a. [...]
 - b. lorsque la révélation d'un secret pourrait être punissable en vertu de l'art. 321 du code pénal (CP); les réviseurs sont exceptés; l'art. 166, al. 1, let. b, in fine, est applicable par analogie.
2. Les dépositaires d'autres secrets protégés par la loi [cf. not. art. 162 CP, art. 47 LB, art. 35 LPD] peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.



10



I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*


B. 1. Les normes de procédure civile

En résumé:

- Le juriste d'entreprise et l'entreprise sont en principe **obligés de collaborer** à l'administration des preuves (en particulier: déposition et production de titres, y compris donc le produit du travail du service juridique).
- Sauf si:
 - La révélation du secret est punissable en vertu de l'art. **321 CP** → dépendra de l'application de cette norme aux juristes d'entreprise.
 - Une **autre norme protège le secret** (cf. not. art. 162 CP, art. 47 LB, art. 35 LPD) et que l'intérêt à la manifestation de la vérité n'est pas prépondérant.



11



I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*

B. 2. Les normes de procédure pénale


Art. 264 CPP - Restrictions

¹ Quels que soient l'endroit où ils se trouvent et le moment où ils ont été conçus, ne peuvent être séquestrés:

- a. [...]
- b. [...]
- c. les objets et les documents concernant des contacts entre le prévenu et une personne qui a le droit de refuser de témoigner en vertu des art. 170 à 173 [en l'espèce, en vertu de l'art. 171 CPP] si cette personne n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire;
- d. les objets et les documents concernant des contacts entre une autre personne et son avocat, si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la loi du 23 juin 2000 sur les avocats et n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire.



12



I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*


B. 2. Les normes de procédure pénale

Art. 171 CPP – Droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel

1. Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs, notaires, conseils en brevet, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues ainsi que leurs auxiliaires peuvent refuser de témoigner sur les secrets qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci.
2. Ils doivent témoigner:
 - a. [...]
 - b. lorsqu'ils sont déliés du secret, selon l'art. 321, ch. 2, CP, par le maître du secret ou, en la forme écrite, par l'autorité compétente.
3. L'autorité pénale respecte le secret professionnel même si le détenteur en a été délié lorsque celui-ci rend vraisemblable que l'intérêt du maître au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.
4. La loi du 23 juin 2000 sur les avocats est réservée



13



I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*

B. 2. Les normes de procédure pénale

Art. 46 DPA – Séquestre

[...]


3. Il est interdit de séquestrer les objets et les documents concernant des contacts entre une personne et son avocat si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la loi du 23 juin 2000 sur les avocats et n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire.

Art. 50 DPA – Perquisition visant des papiers

1. La perquisition visant des papiers doit être opérée avec les plus grands égards pour les secrets privés; en particulier, les papiers ne seront examinés que s'ils contiennent apparemment des écrits importants pour l'enquête.
2. La perquisition doit être opérée de manière à sauvegarder le secret de fonction, ainsi que les secrets confiés aux ecclésiastiques, avocats, notaires, médecins, pharmaciens, sages-femmes et à leurs auxiliaires, en vertu de leur ministère ou de leur profession.
3. [...]



14


- 
- I. La protection du secret du juriste d'entreprise **de lege lata**
 - B. 2. Les normes de procédure pénale

Art. 41 DPA – Témoins

Renvoi (notamment) à l'art. 171 CPP sur le droit de refuser de témoigner.



15

- 
- I. La protection du secret du juriste d'entreprise **de lege lata**
 - B. 2. Les normes de procédure pénale

En résumé:

- Séquestre:
 - Le juriste d'entreprise et l'entreprise ne peuvent en principe **pas** s'opposer au séquestre de documents en possession du juriste d'entreprise (y compris le produit du travail du service juridique).
 - Exception aux conditions **cumulatives** suivantes:
 - la révélation du secret est punissable en vertu de l'art. 321 CP → dépendra de l'application de cette norme aux juristes d'entreprise.
 - L'objet du séquestre concerne les contacts entre le juriste d'entreprise et l'entreprise
 - Le juriste d'entreprise n'a pas été délié de son secret (ou l'intérêt de la société au maintien du secret est prépondérant)
 - Le juriste d'entreprise n'est pas prévenu dans la même affaire.
 - **Nota bene: dans le DPA, cette protection se retrouve à l'art. 50, relatif à la perquisition visant des papiers.**
- Témoignage
 - Le juriste d'entreprise ne peut en principe pas refuser de témoigner.
 - Exception – **également valable dans le cadre du DPA** – aux conditions cumulatives suivantes:
 - la révélation du secret est punissable en vertu de l'art. 321 CP → dépendra de l'application de cette norme aux juristes d'entreprise.
 - Le juriste d'entreprise n'a pas été délié de son secret (ou l'intérêt de l'entreprise au maintien du secret est prépondérant)



16

I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*

B. 3. Les normes de procédure administrative

Art. 13 PA – Collaboration des parties

1. Les parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits [...].

1bis. L'obligation de collaborer ne s'étend pas à la remise d'objets et de documents concernant des contacts entre une partie et son avocat, si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la loi du 23 juin 2000 sur les avocats.

[...]

Art. 16 PA – Droit de refuser de témoigner

Renvoi à l'art. 42 PCF.

Art. 42 PCF – Droit de refuser de témoigner

1. Peuvent refuser de déposer:

[...]

b. Les personnes visées par l'art. 321, ch. 1, du code pénal suisse, lorsqu'elles sont interrogées sur des faits qui, d'après cette disposition, rentrent dans le secret professionnel, à moins que l'intéressé n'ait consenti à la révélation du secret.

2. Le juge peut dispenser le témoin de révéler d'autres secrets professionnels, ainsi qu'un secret d'affaires, lorsque, malgré les mesures de précaution de l'art. 38, l'intérêt du témoin à garder le secret l'emporte sur l'intérêt d'une partie à le révéler.



17

I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*

B. 3. Les normes de procédure administrative


Art. 32 LPA/GE – Personnes astreintes au secret

1. [...]

2. Les personnes soumises au secret professionnel institué par l'article 321 du code pénal ou dispensées de témoigner en vertu d'autres dispositions du droit fédéral ne sont pas tenues de déposer. Elles peuvent déposer si elles sont dûment déliées de leur secret. Elles sont dans l'obligation de témoigner sur les faits constatés par un acte authentique auquel elles ont été parties ou auquel elles ont participé comme notaire ou témoin instrumentaire si l'exactitude de ces faits est contestée.



18



I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*


B. 3. Les normes de procédure administrative

En résumé:

- Le juriste d'entreprise et l'entreprise sont en principe **obligés** de collaborer à l'administration des preuves (y compris par la remise du produit du travail du service juridique).
- Exceptions relative aux **témoignages**:
 - Pas d'obligation de témoigner si la révélation du secret est punissable en vertu de l'art. 321 CP → dépendra de l'application de cette norme aux juristes d'entreprise.
 - Pas d'obligation de témoigner si une autre norme protège le secret et que l'intérêt à la manifestation de la vérité n'est pas prépondérant.



19



I. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege lata*

C. Conclusions et perspectives pratiques

- Une protection **au cas-par-cas**: elle dépend de l'applicabilité de normes éparses.
- Une protection liée à un critère subjectif: même si l'art. 321 CP devait s'appliquer aux juristes d'entreprise, la protection dépend de la *qualité d'avocat* et non de la *fonction de juriste d'entreprise*;
- Une protection limitée quant à son objet: elle ne s'applique qu'au produit de l'activité de **conseil** juridique **et** aux informations exclusivement confiées au juriste d'entreprise **et** qui restent dans sa maîtrise effective.
- Une protection limitée quant à son étendue: le juriste d'entreprise n'est pas assujetti à l'art. 13 LLCA. Le fait d'être délié de son secret l'oblige donc à divulguer les secrets qui lui ont été confiés. Le cas échéant, l'autorité prend en compte l'intérêt de l'entreprise au maintien du secret.
- La "solution" possible : mandater un avocat externe



20

II. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege ferenda*

A. Moyens d'instaurer une protection

- Une modification de l'art. 321 CP pour y inclure spécifiquement les juristes d'entreprise;
- Une modification des règles de procédure (CPC [*cf. infra* B.2.] et CPP);
- Une modification des normes de la LLCA pour y inclure les juristes d'entreprise;
- Une loi *ad hoc* (*cf.* l'avant-projet de Loi fédérale sur les juristes d'entreprise, enterré en 2010).



21

II. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege ferenda*

B.2. De l'avant-projet de révision du CPC

- Art. 160a AP-CPC - Exception en faveur des services juridiques des entreprises
 1. 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 si les conditions suivantes sont réunies:
 - a. l'activité en cause serait considérée comme spécifique à l'exercice de sa profession si elle était exécutée par un avocat;
 - b. la personne qui dirige le service juridique est titulaire d'un brevet cantonal d'avocat ou remplit dans son État d'origine les conditions professionnelles requises pour exercer en tant qu'avocat.
 2. L'exception prévue à l'art. 160, al. 1, let. b, s'applique par analogie aux documents échangés avec le service juridique interne d'une entreprise.
- Réactions très contrastées suite à la mise en consultation de l'avant projet d'art. 160a CPC en mars 2018.



22

II. La protection du secret du juriste d'entreprise *de lege ferenda*

B.3. L'AP-CPC est mal emmanché car mal expliqué

- L'introduction d'un nouvel art. 160a CPC vise à satisfaire les conditions posées par les autorités américaines pour le respect du secret de juristes d'entreprise étrangers.
- SFO v. ENRC, jugement de la Cour d'appel de Londres du 5 septembre 2018:

*"It is, however, obviously in the public interest that companies should be prepared to investigate allegations from whistle blowers or investigative journalists, prior to going to a prosecutor such as the SFO, without losing the benefit of legal professional privilege for the work product and consequences of their investigation. Were they to do so, **the temptation might well be not to investigate at all**, for fear of being forced to reveal what had been uncovered whatever might be agreed (or not agreed) with a prosecuting authority".*



23

III. La perspective de ce qui se fait à l'étranger et conclusions

- Droit américain
 - Pas de distinction entre « outside counsels » et « in-house counsels ». Une inscription au barreau est requise dans tous les cas.
 - Les « in-house counsels » peuvent également se prévaloir du « attorney-client privilege », qui permet de résister à une procédure de « discovery ».
 - Cette protection est toutefois plus limitée que le secret de l'avocat en droit suisse.
- Droit européen
 - *Akzo Nobel Chemicals c. Commission européenne*: la protection de la confidentialité dans un procès est limitée aux avocats indépendants.
- Angleterre, Belgique, Espagne
- Conclusions:
 - Le secret du juriste d'entreprise n'est **pas** ou alors **mal / aléatoirement** protégé
 - La "solution" : l'avocat "LLCA"



24



Séance de questions

web.speakup.info 

Room n° 33963



25



Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité)

du 2 mars 2018

Condensé

Le code de procédure civile est en vigueur depuis sept ans. De façon générale, du point de vue de tous les cercles professionnels concernés et de toutes les parties prenantes, il a démontré son adéquation à la pratique. La présente révision vise à accroître encore son efficacité par des modifications ciblées. Il s'agit notamment d'une adaptation des dispositions régissant les frais, qui facilitera l'accès à la justice. L'avant-projet vise en outre à simplifier la coordination des procédures, à étendre le champ d'application de la procédure de conciliation et à clarifier ou préciser d'autres points de la loi. D'autre part, une nouvelle réglementation en matière d'action des organisations et la création d'une procédure de transaction de groupe faciliteront la mise en œuvre collective de droits découlant de dommages collectifs ou de dommages dispersés et combleront ainsi une lacune dans la protection juridique. Le présent projet de révision, qui réalise plusieurs mandats parlementaires, renforcera les moyens de mise en œuvre du droit privé.

Contexte

L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2011, du code de procédure civile (CPC) a permis d'unifier et de codifier la procédure civile au niveau national. Après sept ans, le CPC fait maintenant partie du quotidien des tribunaux, des avocats et des justiciables. Par la motion 14.4008, le Parlement a chargé le Conseil fédéral d'examiner son adéquation à la pratique et de présenter un projet de loi sur ce point. D'autres interventions parlementaires ont également demandé des modifications du CPC. À la suite du rapport du Conseil fédéral de juillet 2013 sur l'exercice collectif des droits, la motion 13.3931 a demandé l'élaboration d'un projet qui vise à développer les instruments existants et à créer de nouveaux instruments d'exercice collectif des droits, permettant de faire valoir conjointement des dommages dispersés et collectifs.

Contenu du projet

L'ensemble des cercles professionnels et des parties prenantes consultés ont estimé que, de façon générale, le CPC avait fait ses preuves dans la pratique. Les faiblesses ponctuelles constatées doivent toutefois être éliminées par des adaptations ciblées, afin d'améliorer encore son applicabilité. Dans ce cadre, ses principes établis doivent être préservés, tout comme l'autonomie cantonale en matière d'organisation de la justice.

Suppression des obstacles financiers

L'avant-projet prévoit une division par deux des avances de frais et une adaptation des règles concernant la répartition des frais, pour répondre à l'une des critiques principales à ce jour tout en préservant la souveraineté cantonale en matière de tarif des frais.

Renforcement de la mise en œuvre collective des droits

En exécution d'une intervention parlementaire et de propositions antérieures du Conseil fédéral, l'avant-projet élargit les possibilités d'exercice collectif des droits, afin de combler une lacune en matière de protection juridique. Dans ce but, il instaure une procédure générale de transaction de groupe permettant une résolution collective et consensuelle des litiges. Il adapte par ailleurs l'action des organisations que l'on connaît aujourd'hui, l'étendant aux prétentions en réparation des dommages collectifs et, dans une certaine mesure, des dommages dispersés. Les actions des organisations des lois spéciales seront harmonisées. Parallèlement, l'exercice collectif des droits par l'intermédiaire d'actions individuelles sera facilité et donc encouragé.

Simplification de la coordination des procédures

L'avant-projet facilite la coordination des prétentions et des décisions, via l'adaptation des dispositions relatives à la consorité, à l'appel en cause, au cumul d'actions et à la demande reconventionnelle. Il ne sera plus obligatoire que les prétentions soient soumises au même type de procédure, ce qui facilitera l'exercice coordonné des droits dans de nombreux cas.

Renforcement de la procédure de conciliation

La procédure de conciliation, qui a démontré son efficacité, sera renforcée sur certains points. Elle s'appliquera à davantage de litiges et l'autorité de conciliation pourra soumettre une proposition de jugement dans de plus nombreux cas.

Autres adaptations ponctuelles

D'autres adaptations ponctuelles permettront d'améliorer la sécurité et la clarté du droit et d'accroître l'applicabilité du CPC. Il s'agira notamment de codifier les apports jurisprudentiels importants du Tribunal fédéral. Certaines autres modifications visent à combler des lacunes ou à remédier à des défauts constatés. Le traitement des actes adressés à un tribunal ou à une autorité incompétente sera plus favorable au justiciable.

L'avant-projet institue par ailleurs un droit pour les juristes d'entreprise de refuser de collaborer, suite à une intervention parlementaire en ce sens. Enfin, la Confédération et les cantons devront établir une statistique nationale dans le domaine de la justice civile.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation du projet	6
1.1 Contexte	6
1.1.1 Succès de l'unification de la procédure civile	6
1.1.2 Premières interventions parlementaires dès l'entrée en vigueur du CPC	6
1.1.3 Motion CAJ-E 14.4008 « Adaptation du Code de procédure civile » et postulat Vogler 14.3804 « Code de procédure civile. Premiers enseignements et améliorations »	7
1.1.4 Motion Birrer-Heimo 13.3931 « Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments »	8
1.2 Adéquation du CPC à la pratique	9
1.2.1 Travaux préparatoires	9
1.2.2 Résultats	10
1.3 Dispositif proposé	14
1.3.1 Introduction	14
1.3.2 Division par deux des coûts de frais et adaptation des règles de répartition	15
1.3.3 Exercice collectif des droits: élargissement de l'action des organisations et création d'une procédure de transaction de groupe (mise en œuvre de la motion Birrer-Heimo 13.3931)	16
1.3.4 Reprise sélective de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans la loi	18
1.3.5 Coordination des procédures: élargissement de l'admissibilité de la consorité, du cumul d'actions et de la demande reconventionnelle et précision de l'appel en cause	18
1.3.6 Développement de la procédure de conciliation	19
1.3.7 Autres mesures ciblées en vue d'améliorer l'applicabilité du CPC	19
1.3.8 Création d'un droit de refuser de collaborer pour les juristes d'entreprise (mise en œuvre de l'initiative parlementaire Markwalder 15.409 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise »)	20
1.3.9 Création d'une base légale fédérale pour une statistique nationale des procédures	20
1.4 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	21
1.4.1 Procédure civile	21
1.4.2 Exercice collectif des droits	22

1.5	Mise en œuvre	24
2	Commentaire des dispositions	24
2.1	Code de procédure civile	24
2.2	Modification d'autres lois fédérales	93
2.2.1	Loi du 24 mars 1995 sur l'égalité	93
2.2.2	Loi du 13 décembre 2002 sur l'égalité pour les handicapés	93
2.2.3	Code des obligations	94
2.2.4	Loi du 28 août 1992 sur la protection des marques	95
2.2.5	Loi du 21 juin 2013 sur la protection des armoiries	96
2.2.6	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale	96
2.2.7	Loi du 6 octobre 1995 sur les cartels	96
2.2.8	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé	97
2.2.9	Loi du 17 décembre 1993 sur la participation	98
2.2.10	Loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés	99
3	Conséquences	99
3.1	Conséquences pour la Confédération	99
3.2	Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les villes, les agglomérations et les régions de montagne	99
3.3	Conséquences économiques	100
3.4	Conséquences pour la société	101
4	Liens avec le programme de la législature et les stratégies du Conseil fédéral.	101
5	Aspects juridiques	101
5.1	Constitutionnalité	101
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	101
5.3	Forme de l'acte à adopter	102
5.4	Délégation de compétences législatives	102
5.5	Protection des données	102

Pour finir, certaines adaptations et précisions linguistiques et rédactionnelles sont proposées pour les trois langues (voir par ex. art. 96, 2^e phrase, 249 et 250, ou la version française de l'art. 70, al. 2, AP-CPC).

La soumission à l'art. 7 des assurances complémentaires à la LAA (et la modification correspondante de l'art. 243, al. 2) demandée par l'initiative parlementaire (Poggia) Golay 13.441 « Procédure civile. Mettre sur un pied d'égalité les actions relevant des assurances complémentaires à la LAA et à la LAMal » a été discutée dans le cadre des travaux préparatoires. Le Parlement y a donné suite et la commission compétente a provisoirement suspendu son traitement afin de tenir compte de la présente révision. Après un examen approfondi, le Conseil fédéral estime toutefois que la modification demandée ne se justifie pas, raison pour laquelle il renonce à la proposer. La distinction entre l'assurance complémentaire à l'assurance-accidents obligatoire d'une part et l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale d'autre part repose sur des motifs objectifs. L'art. 7 actuel reprend en effet le droit antérieur relatif aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, qui se démarque clairement du droit applicable aux assurances complémentaires à l'assurance-accidents obligatoire. La règle en vigueur ne constitue pas non plus une erreur du législateur. Le traitement identique de ces deux types de cas demandé par l'initiative (Poggia) Golay 13.441 ne serait pas justifié, d'autant plus que les exceptions au principe de la double instance doivent rester peu nombreuses et que l'argument avancé selon lequel la mesure proposée permet de gagner en efficacité ne convainc pas.

1.3.8 Création d'un droit de refuser de collaborer pour les juristes d'entreprise (mise en œuvre de l'initiative parlementaire Markwalder 15.409 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise »)

L'initiative parlementaire Markwalder 15.409 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise », à laquelle les deux Chambres et leurs commissions compétentes ont donné suite, demande la création d'un droit spécial de refuser de collaborer pour les juristes d'entreprise. L'initiative propose déjà un nouvel art. 160a AP-CPC, qui avait été élaboré par un groupe de travail de l'administration sur ce thème. Dans le cadre de la présente révision, le Conseil fédéral soumet donc ce texte à la discussion et à la consultation (voir commentaire de l'art. 160a AP-CPC ci-après).

1.3.9 Création d'une base légale fédérale pour une statistique nationale des procédures

L'examen de l'adéquation du CPC à la pratique et son évaluation ont mis en évidence le fait que pour plusieurs des instruments et des stades principaux de la procédure civile, il n'existait pas de décompte exploitable du nombre de cas ni de statistiques uniformes. Le Conseil fédéral est d'avis que les données relatives à l'application du droit doivent être suffisamment connues, notamment dans la perspective de futures révisions de la loi. Il propose en conséquence la création d'une

relativisé: une exclusion de tout recours contre un refus de restitution de délai ne peut pas être imposée à la partie défaillante lorsque le refus entraîne la perte définitive d'une prétention ou de la possibilité de faire valoir un droit¹⁵⁰.

Étant donné que cette question touche aux règles applicables en matière de voies de droit et a un effet direct sur les droits procéduraux des différentes parties, il semble justifié de préciser le texte de loi, ce qui permet ici encore d'améliorer le CPC. Le Conseil fédéral propose donc de compléter la disposition en vigueur dans le sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, en prévoyant que le tribunal statue définitivement sur la restitution, à moins que le refus de restitution n'empêche définitivement la partie d'agir ou de recourir et n'entraîne la perte définitive du droit. Dans un tel cas, la décision pourra faire l'objet d'un appel si cette voie est ouverte ou d'un recours¹⁵¹.

Art. 160a Exception en faveur des services juridiques des entreprises

La question de savoir si, et le cas échéant dans quelle mesure, les juristes d'entreprises – c'est-à-dire les personnes ayant une formation juridique qui fournissent des services juridiques à une entreprise au titre d'employé de cette dernière – sont, en droit suisse, soumis à un secret ou bénéficient d'un droit de refuser de collaborer fait depuis longtemps l'objet de débats de nature juridique et politique, comme en attestent notamment les nombreuses interventions politiques sur le sujet¹⁵². Le droit prévoit aujourd'hui que seuls les avocats peuvent se prévaloir du secret professionnel prévu par le droit fédéral (art. 321 du code pénal [CP]¹⁵³) et des droits spéciaux de refuser la collaboration qui en découlent (art. 163, al. 1, let. b, et 166, al. 1, let. b; art. 160, al. 1, let. b)¹⁵⁴.

C'est dans ce contexte que l'initiative parlementaire Markwalder 15.409 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise » a été déposée et que suite lui a été donnée¹⁵⁵. L'initiative demande la création d'un nouvel art. 160a CPC prévoyant en procédure civile un droit de refuser de collaborer pour les juristes d'entreprise. Cette mesure vise à créer une réglementation comparable aux normes étrangères en la matière, afin d'éviter que les entreprises suisses ne soient désavantagées dans les procédures étrangères. Le Conseil fédéral estime que cette proposition, qui vise à

¹⁵⁰ ATF 139 III 478, consid. 1 et 6 ainsi que les arrêts du Tribunal fédéral 4A_260/2016 du 5 août 2016, consid. 1.1, et 5A_964/2014 du 2 avril 2015, consid. 2.3.

¹⁵¹ BARBARA MERZ, art. 149, ch. 8, in DIKE ZPO, 2^e éd., Zurich 2016 ; ADRIAN STAEHELIN, art. 149, ch. 4, in ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016.

¹⁵² Voir la motion CAJ-N 07.3281 « Devoirs et droits des employés exerçant une activité de conseil juridique ou de représentation en justice. Assimilation aux avocats indépendants » et plus récemment le postulat CAJ-E 16.3263 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise ».

¹⁵³ RS 311.0

¹⁵⁴ Voir motion CAJ-N 07.3281 « Devoirs et droits des employés exerçant une activité de conseil juridique ou de représentation en justice. Assimilation aux avocats indépendants »; initiative parlementaire Markwalder 15.409 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise »; postulat CAJ-E 16.3263 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise ».

¹⁵⁵ Initiative parlementaire Markwalder 15.409 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise ».

compléter le CPC par un nouvel art. 160a (rédigé), doit être soumise à la consultation dans le cadre du présent avant-projet en raison de son lien direct avec ce dernier. Le Conseil fédéral soumet donc ce texte à la discussion et à la consultation.

Le nouvel art. 160a AP-CPC prévoit une exception spéciale à l'obligation de collaborer au sens de l'art. 160 CPC pour les services juridiques internes des entreprises selon les principes suivants:

- La *phrase introductive de l'al. 1* prévoit que l'exception à l'obligation générale de collaborer vaut tant à titre de partie à une procédure civile qu'à titre de tiers. Si l'une des parties est une personne morale, l'exception vaudra pour ses organes (de fait), ces derniers étant traités comme une partie dans la procédure d'administration des preuves (art. 159) dans la mesure où les responsables des organes ont les mêmes obligations de collaborer ou exemptions de ces dernières que les parties à la procédure¹⁵⁶.
- L'exception ne visera que l'activité du service juridique interne de l'entreprise et ce n'est que dans ce cadre que les personnes concernées par l'exception seront libérées de l'obligation de collaborer (*al. 1, phrase introductive*). La *let. a* précise par ailleurs que sont visées les activités qui seraient considérées comme spécifiques à l'exercice de sa profession si elles étaient exécutées par un avocat. Le texte proposé reprend sur ce point la condition usuelle du secret de l'avocat, selon laquelle ce dernier ne peut s'en prévaloir que dans le cadre de l'activité typique de sa profession. Les activités notamment privées, politiques et sociales d'un avocat doivent en être distinguées, tout comme en particulier ses activités commerciales, telles que la gestion de fortune ou les activités d'investissement dès lors qu'elles ne sont pas en rapport direct avec l'activité typique de l'avocat¹⁵⁷.
- Il est également nécessaire que le service juridique interne se prévalant d'une exception à l'obligation de collaborer dans le cadre d'une activité qui serait spécifique au métier d'avocat soit dirigé par une personne titulaire d'un brevet cantonal d'avocat ou remplissant dans son État d'origine les conditions professionnelles requises pour exercer en tant qu'avocat (*let. b*). Au moins la personne qui dirige le service juridique interne de l'entreprise devra disposer des qualifications requises pour exercer le métier d'avocat. 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.
- L'*al. 2* prévoit que – tout comme pour la correspondance de l'avocat visée à l'art. 160, al. 1, let. b, CPC – cette exception à l'obligation générale de collaborer s'étend aux documents concernant des contacts avec le service juridique interne de l'entreprise, sans que la question de savoir si le service juri-

¹⁵⁶ Message sur le CPC, FF **2006** 6841, 6925 s. ; FRANZ HASENBÖHLER, art. 159, ch. 22, *in* ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016.

¹⁵⁷ ATF **120** Ib 112, consid. 4 ; ATF **112** Ib 606.

dique interne concerné a ou non la maîtrise de ces documents ait d'importance.

Au vu de la longue histoire de la proposition formulée dans l'initiative parlementaire 15.409 Markwalder et en particulier des nombreuses autres propositions de création d'un certain degré de secret pour les juristes d'entreprise, lesquelles ont fait l'objet de discussions et d'évaluations détaillées pour être finalement toutes rejetées¹⁵⁸, le Conseil fédéral estime que ce projet de création d'un droit, pour les juristes d'entreprise, de refuser de collaborer dans le cadre d'une procédure civile en Suisse constitue actuellement la seule voie de compromis ayant des chances de succès. La proposition Markwalder se base sur les travaux menés au printemps 2014 par un groupe de travail constitué par l'Office fédéral de la justice comprenant des représentants de la Commission de la concurrence (COMCO), de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), de Swiss Holdings, de l'Association suisse des juristes d'entreprise, de la Fédération suisse des avocats et de l'administration fédérale. Cette règle permettra de garantir à l'avenir dans les procès civils une protection du secret adaptée pour les juristes d'entreprise, en lien avec leurs activités spécifiques au sein du service juridique interne d'une entreprise. Comme l'expose le développement de l'initiative parlementaire, cette modification permettra par ailleurs de supprimer indirectement certains désavantages procéduraux que pourraient subir les entreprises suisses dans des procédures judiciaires à l'étranger – notamment aux États-Unis – en l'état du droit, résultant du fait que la Suisse ne connaît pas de droit de refus de témoigner ou de produire des pièces pour les membres des services juridiques internes des entreprises¹⁵⁹.

Art. 177 Définition

L'art. 168, al. 1, CPC prévoit une liste exhaustive des preuves admissibles en procédure civile (*numerus clausus* des moyens de preuve)¹⁶⁰. Les titres en font partie à côté du témoignage, de l'inspection, de l'expertise, des renseignements écrits, de l'interrogatoire et de la déposition de partie. L'art. 177 définit pour sa part quels documents constituent des titres au sens du CPC. Il s'agit des écrits, dessins, plans, photographies, films, enregistrements sonores, fichiers électroniques et données analogues propres à prouver des faits pertinents.

Sur la base de cette disposition, le Tribunal fédéral a jugé que les expertises privées ou soumises par les parties – c'est-à-dire les rapports d'experts n'ayant pas été sollicités par le tribunal conformément aux art. 183 ss mais commandés par une

¹⁵⁸ Voir l'avant-projet de loi sur les juristes d'entreprise (LJE) et le rapport explicatif d'avril 2009, ainsi que l'avant-projet de loi sur la collaboration avec des autorités étrangères et la protection de la souveraineté suisse et son rapport explicatif de février 2013.

¹⁵⁹ Pour plus de détails sur ce point, voir l'avis n° 16-156 de l'Institut suisse de droit comparé du 11 septembre 2017.

¹⁶⁰ Voir le message sur le CPC, FF 2006 6841, 6929, et l'ATF 141 III 433, consid. 2.5.1, qui fait référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_957/2012 du 28 mai 2013, consid. 2.

