



Article scientifique

Article

2018

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Les droits des tiers dans la procédure de levée du secret : l'ATF 142 II 256

Chappuis, Benoit

How to cite

CHAPPUIS, Benoit. Les droits des tiers dans la procédure de levée du secret : l'ATF 142 II 256. In: Revue de l'avocat, 2018, p. 297.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:116588>

LES DROITS DES TIERS DANS LA PROCÉDURE DE LEVÉE DU SECRET: L'ATF 142 II 256

BENOÎT CHAPPUIS

Avocat, professeur titulaire aux Universités de Genève et Fribourg

Mots-clés: secret professionnel, levée, témoignage, abus de droit

Le droit fédéral institue un secret pour certaines professions, tels les avocats ou les médecins. Il mentionne également le fait que ce secret peut être levé par une autorité. Il ne donne en revanche aucune indication sur les conditions qui fondent sa levée, pas plus que sur la procédure qui doit être suivie ou les personnes qui peuvent y participer. La jurisprudence s'est employée à combler ces lacunes en posant des principes procéduraux qui ont connu, durant la dernière décennie, une profonde évolution. C'est ainsi que, dans l'une de ses récentes décisions, le Tribunal fédéral a ouvert une porte qui était jusque-là fermée: celle qui donne le droit à des tiers intéressés de participer à la procédure et de recourir contre la décision statuant sur la levée. C'est à l'analyse de cette décision et de ses conséquences que le présent article est consacré.

Table des matières

- I. Introduction
- II. L'évolution jurisprudentielle concernant la procédure de levée du secret
 - 1. Le détenteur du secret comme seule personne habilitée à requérir la levée
 - 2. Les participants à la procédure
 - A) Généralités
 - B) La reconnaissance du droit d'être entendu du client
 - C) La situation des tiers
 - 3. Le lien avec la procédure relative aux conflits d'intérêts
 - 4. Les critères justifiant la levée du secret
- III. L'ATF 142 II 256
 - 1. Les faits
 - 2. La solution du Tribunal fédéral
- IV. Commentaire
 - 1. Sur la procédure
 - A) Droit de recours et d'intervention du tiers dans la procédure de levée
 - B) Absence de droit du tiers de requérir la levée du secret
 - C) Le cas particulier du secret de l'avocat
 - 2. Sur le fond: la question de l'abus de droit et du secret professionnel
 - A) Généralités
 - B) La pesée des intérêts instituée par le CPC et le CPP face à l'abus de droit
 - C) La notion d'abus de droit dans la jurisprudence
 - D) Les difficultés procédurales: la protection du secret face aux tiers
 - E) La situation particulière du secret de l'avocat

I. Introduction

En 2016, le Tribunal fédéral a rendu un important arrêt en matière de procédure de levée du secret professionnel, dont seul le premier considérant a été publié au recueil officiel.¹

Cette décision est passée relativement inaperçue, alors que sa portée pourrait entraîner des modifications non négligeables dans la procédure de levée du secret professionnel. C'est le considérant 5, non publié, qui a le plus retenu l'attention des commentateurs.² Traitant des conditions pouvant fonder une levée du secret, il est venu compléter une décision antérieure d'à peine un mois³ qui avait provoqué des réactions assez fortes.⁴

Le considérant 1.2.2 publié au recueil officiel traite quant à lui d'une toute autre question, celle de savoir si la partie à un procès civil, non titulaire d'un secret protégé par l'art. 321 CP et qui a demandé le témoignage d'une personne soumise à ce secret, peut recourir contre la décision de refus de levée signifiée au professionnel qui avait requis une telle levée, en vue de son témoignage. C'est par

¹ ATF 142 II 256 (2C_215/2015).

² ATF 142 II 307.

³ SUTTER, Anwaltsgeheimnis und Honorarinkasso: ein Zwischenstand, *Revue de l'avocat* 2018/4, p. 186; DAL MOLIN-KRÄNZLIN, Entbindung vom Anwaltsgeheimnis und Kostenvorschuss: eine unendliche Geschichte?, *AJP* 2017, p. 621 ss. La majorité des considérants ont été publiés par SPUHLER, *Pra* 2016, N 69, p. 670 ss.

⁴ Voir l'analyse de SUTTER (cité n. 3).

l'affirmative que le Tribunal fédéral a répondu à cette question, ouvrant ainsi une brèche importante dans la procédure de levée du secret qui, de jurisprudence constante, ne peut être initiée que par le professionnel soumis au secret. Pour mesurer l'évolution ainsi parcourue, quelques rappels historiques s'imposent.

II. L'évolution jurisprudentielle concernant la procédure de levée du secret

L'art. 321 CP punit la violation du secret professionnel reconnu à certaines professions, dont les avocats et les médecins. L'art. 13 LLCA institue le secret de l'avocat, alors que l'art. 40 let. f LPMed le fait pour les médecins. Cependant, aucune de ces dispositions n'institue une procédure de levée du secret. L'art. 321 ch. 2 CP se limite à énoncer que «la révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit», sans préciser quelle procédure l'autorité compétente devrait suivre. L'art. 13 LLCA précise dans sa deuxième phrase que «le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés», sans donner la moindre indication sur l'autorité compétente pour délier l'avocat de son secret ni sur la procédure à suivre. Les deux dispositions mentionnent que le secret peut être levé, mais ne vont pas au-delà de l'affirmation de ce principe. Quant à la LPMed, elle ne mentionne simplement pas la question de la levée du secret.

C'est donc à la jurisprudence qu'il est revenu de combler les lacunes laissées par le législateur. Au cours des ans, le Tribunal fédéral s'est donc employé à élaborer un système procédural, dont la plus récente étape est l'ATF 142 II 256, objet de la présente contribution.

1. Le détenteur du secret comme seule personne habilitée à requérir la levée

La première question était celle de savoir qui est fondé à demander la levée du secret professionnel. Le principe suivi depuis des décennies a été que seul le détenteur du secret (avocat, médecin, etc.) peut saisir l'autorité compétente, à l'exclusion de toute autre personne. Toute requête d'un tiers, même intéressé au résultat de la procédure de levée, est irrecevable.⁵ Cette solution semble s'imposer en raison du texte de l'art. 321 CP qui précise que la levée du secret peut intervenir «sur la proposition du détenteur du secret». La pertinence de cette solution mérite cependant d'être analysée, en regard de la jurisprudence qui, comme on va le voir, a considérablement ouvert la procédure de levée du secret aux tiers.

Le client de l'avocat n'a quant à lui pas besoin d'entamer quelque procédure que ce soit pour que son mandataire soit délié du secret; il lui suffit de consentir à la révélation des faits confidentiels.⁶ Ce consentement joue d'ailleurs un rôle procédural important, puisque ce n'est que si le détenteur du secret n'est pas en mesure d'obtenir le consentement du client (disparition ou décès du client)

ou s'il a essuyé un refus de ce dernier, qu'il peut agir devant l'autorité compétente. L'intervention de l'autorité est donc subsidiaire au consentement du client.⁷

2. Les participants à la procédure

A) Généralités

La deuxième question était celle du déroulement de la procédure et des personnes autorisées à y participer. Le mutisme du droit fédéral a généralement conduit à des procédures unilatérales, seul le détenteur du secret, requérant dans la procédure de levée, étant entendu par l'autorité.

Les tiers, en particulier le client ayant confié des informations confidentielles à l'avocat, n'étaient pas entendus par l'autorité appelée à statuer. Ce système avait pour conséquence que le client qui avait refusé de délier son avocat du secret n'était pas invité à faire valoir ses arguments, si le détenteur du secret agissait devant l'autorité compétente.

Le Tribunal fédéral a manifesté ses premiers doutes sur la légitimité de cette procédure, dans un considérant non publié de l'ATF 135 III 597. Cette affaire opposait l'héritière du client d'un avocat auquel elle demandait, en vertu de l'art. 400 CO, une reddition de comptes concernant le mandat qu'il avait exécuté pour le *de cuius*. S'estimant lié par le secret dû au défunt, l'avocat avait demandé sans succès à l'autorité compétente d'être relevé de son secret pour pouvoir renseigner l'héritière. Cette dernière n'avait pas été entendue dans la procédure de levée. Elle s'en plaignit dans la procédure en reddition de comptes portée devant le Tribunal fédéral. Ce dernier a relevé qu'elle aurait pu soutenir, sur la base du droit constitutionnel, «qu'elle aurait dû bénéficier personnellement, devant la Commission, des garanties de procédure conférées par l'art. 29 al. 1 et 2 Cst., et que cette autorité a violé ces dispositions en omettant de la citer en qualité de partie ou de lui donner autrement l'occasion de prendre position sur la requête du défendeur».⁸

B) La reconnaissance du droit d'être entendu du client

Dans ce considérant, le Tribunal fédéral laissait ainsi entendre, sans cependant se prononcer formellement, qu'en vertu du droit constitutionnel, le client de l'avocat ou toute autre personne intéressée par l'issue de la procédure de levée jouissait du droit d'y être entendu.

Le Tribunal fédéral a partiellement franchi le pas quelques années plus tard (2012), en posant le principe que, si le droit fédéral ne règle pas la procédure relative à

⁵ TF, 2C_587/2012, consid. 2.4; CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13.

⁶ Cette solution ne s'impose pas comme la seule possible: il est intéressant de relever que, en droit français, le consentement du client ne délie pas l'avocat de son secret; cf. ADER/DAMIEN, Règles de la profession d'avocat 2016/2017, 15^e édition, Paris 2016, N 412.102.

⁷ TF, 2C_587/2012, consid. 2.4.

⁸ TF, 4A_15/2009, consid. 4 non publié à l'ATF 135 III 597.

la levée du secret professionnel,⁹ il impose cependant aux cantons d'adopter des règles qui respectent le droit d'être entendu du client (art. 29 al. 2 Cst.),¹⁰ quelle que soit la procédure instituée par le droit cantonal.

On découvre à la lecture de l'arrêt¹¹ que la solution n'est en réalité pas nouvelle. Le Tribunal fédéral indique en effet que, en 1994 déjà, dans une affaire médicale, il était parvenu à la conclusion «que la qualité de partie devait être reconnue au client dans la procédure cantonale, afin de lui permettre de faire valoir devant l'autorité de surveillance les raisons pour lesquelles, à son avis, ses intérêts prépondérants s'opposaient à la levée du secret de son médecin».¹² L'arrêt était resté inconnu et sans suite jusqu'à ce que le Tribunal fédéral lui redonne vie par sa décision de 2012.

Les solutions cantonales sont variables: alors que les règles du canton de Genève ne prévoient pas l'audition du bénéficiaire du secret, l'art. 25 LPAv/JU spécifie qu'«avant de statuer, la Chambre des avocats respecte le droit d'être entendu du maître du secret et de l'avocat». Il en va de même du paragraphe 34 de l'*Anwaltsgesetz*/ZH qui dispose que le client a la possibilité de prendre position sur la requête, sauf dans les cas où il apparaît d'entrée de cause qu'il est incapable de libérer l'avocat de son secret. On doit relever que ces dispositions cantonales ne visent que le droit du client de l'avocat à être entendu, mais non des tiers, situation qui était celle de l'héritière mentionnée ci-dessus.

C) La situation des tiers

Il ne faut pas déduire de cette décision que tout tiers intéressé à la procédure de levée du secret est autorisé à y participer. Le Tribunal fédéral a en effet pris le soin de souligner expressément que la qualité de partie ne revient qu'au maître du secret et non à n'importe quel tiers.¹³

Le client a un intérêt qui n'est pas contestable: c'est lui qui a communiqué les informations confidentielles et qui est concerné par celles recueillies pour son compte par son mandataire ou par les actions entreprises par ce dernier. Qu'il puisse intervenir dans la procédure dont l'objet est la levée de cette confidentialité s'impose comme une évidence.

La situation des tiers est autre. Ils peuvent certes être intéressés, notamment parce que le témoignage du détenteur d'un secret leur serait indispensable pour faire valoir un droit. Un obstacle de taille à leur participation à la procédure réside cependant dans le fait que, si ce droit leur était reconnu, ils auraient accès aux pièces de la procédure et, partant, aux informations couvertes par le secret, alors même que la levée de secret n'aurait pas encore été décidée. C'est d'ailleurs l'argument que l'autorité cantonale avait mis en avant dans l'affaire ayant donné matière à l'arrêt de 2012. Le Tribunal fédéral l'avait rejeté en relevant que précisément seul le client avait accès à la procédure, à l'exclusion de tout autre tiers intéressé.¹⁴

Cette conclusion tranche avec les doutes émis par le Tribunal fédéral dans l'ATF 135 III 597¹⁵ (*supra*, II.2). Dans cette décision, ce dernier avait retenu que l'héritière du

client de l'avocat, en tant que tiers, ne pouvait pas prétendre hériter du droit au secret ni à celui à l'information due au *de cuius*.¹⁶ Cela fait, il avait constaté que, dans la procédure de levée du secret initiée par l'avocat, l'héritière n'avait pas été entendue, laissant entendre que, si elle avait recouru à temps contre cette décision, elle aurait peut-être pu se plaindre d'une violation du droit d'être entendue. Cette porte, que le Tribunal fédéral n'avait laissée que très légèrement entrouverte, a été expressément refermée dans l'arrêt 2C_587/2012 qui exclut les tiers de toute participation à la procédure de levée du secret.

3. Le lien avec la procédure relative aux conflits d'intérêts

Cette évolution jurisprudentielle, ouvrant l'accès de la procédure au client de l'avocat, est aussi fondée et logique qu'elle était attendue, après celle que le Tribunal fédéral avait suivie en matière de conflit d'intérêts. Se distançant de sa propre jurisprudence, il a en effet considéré, en 2012, que si une situation de conflit d'intérêts (art. 12 let. c LLCA) constitue certes une faute disciplinaire de l'avocat l'exposant aux sanctions de l'art. 17 LLCA, la procédure visant à faire interdiction à un avocat de continuer son mandat en raison du conflit d'intérêts ne constitue pas une procédure disciplinaire, mais «vise à garantir la bonne marche du procès».¹⁷

Fort de ces considérations, le Tribunal fédéral en concluait: «dans un tel cas, celui qu'une décision prive de la possibilité de poursuivre la défense de ses intérêts par l'avocat de son choix, ou alors contraint de voir un ancien mandataire (...) défendre les intérêts d'une partie adverse, est touché de manière directe et dispose d'un intérêt digne de protection au sens de l'art. 89 al. 1 let. c LTF à l'annulation ou la modification de cette décision. En ceci, la situation est donc différente de ce qui prévaut en matière disciplinaire».

La procédure relative aux conflits d'intérêts a donc quitté le strict terrain disciplinaire, en s'ouvrant à la participation du client concerné. C'est à une évolution comparable que celle relative à la levée du secret a été soumise. Le Tribunal fédéral s'est donc employé à façonner le droit procédural nécessaire à la mise en œuvre des règles professionnelles dont le législateur s'était désintéressé.

⁹ TF, 2C_661/2011, consid. 3.1; 2C_157/2008, consid. 2.3.3.

¹⁰ TF, 2C_587/2012, consid. 2.5; BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1914; CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, 3^e édition, Berne 2010, art. 321 N 54; TRECHSEL/VEST, *StGB PK*, art. 321 N 33.

¹¹ TF, 2C_587/2012, consid. 2.5.

¹² TF, 2P.77/1994 du 23.12.1994, consid. 2b.

¹³ Consid. 3.2.

¹⁴ TF, 2C_587/2012, consid. 3.2.

¹⁵ TF, 4A_15/2009, consid. 4 non publié à l'ATF 135 III 597.

¹⁶ Consid. 3.3.

¹⁷ ATF 138 II 162 consid. 2.5.2.

4. Les critères justifiant la levée du secret

Le CP et la LLCA ne disant mot de la levée du secret professionnel, il en découle que le droit fédéral ne pose aucun critère destiné à juger du bien-fondé d'une requête de levée.

Les lois ou la jurisprudence cantonale concordaient en énonçant, à l'instar de l'art. 12 al. 4 LPAV/GE, que la levée du secret n'est délivrée que si la révélation est indispensable à la protection d'intérêts supérieurs publics ou privés.

Saisi de la question, le Tribunal fédéral a retenu que depuis l'entrée en force la LLCA, les critères relevaient du seul droit fédéral.¹⁸ La conclusion est aussi logique qu'étonnante: les critères doivent être unifiés au niveau du droit fédéral, avec le notable inconvénient que ce dernier ne pose précisément aucun critère. C'est donc la jurisprudence qui les a fixés, en notant au passage qu'ils ne pouvaient pas différer entre l'art. 321 CP et l'art. 13 LLCA.¹⁹ Le Tribunal fédéral a retenu des critères qui s'apparentent en tout point à ceux qui étaient retenus par les législations cantonales: seuls des intérêts privés ou publics clairement prépondérants (*überwiegend, deutlich höherwertiges Interesse*) peuvent justifier la levée du secret.²⁰ La seule recherche de la vérité, même afin de pouvoir surmonter le deuil provoqué par la mort du maître du secret, n'est pas suffisante.²¹

III. L'ATF 142 II 256

L'évolution de la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à ces nouveaux acquis; elle a franchi un pas important avec l'arrêt qui fait l'objet du présent article, l'ATF 142 II 256.

1. Les faits

La Dr A. s'est occupée de Madame D.B. durant sa grossesse, dès le 4.9.2002. Le 15.3.2003, la patiente a été diagnostiquée positive au VIH et a subi une césarienne le 21.3.2003. Quelques jours après, elle est décédée à l'hôpital d'une pneumonie.

Par la suite, le mari, Monsieur C. B., et le fils de Madame B. ont introduit une action en responsabilité contre la Dr A. Dans la procédure devant le tribunal cantonal s'est posée la question de la preuve du fait que les époux B., à l'occasion de leur première consultation auprès de la Dr A., aurait décrit comme inutile un test VIH. Dans ce contexte, la Dr A. a demandé que le prof. E., que M.C.B. avait consulté en été 2003, soit entendu comme témoin. Le prof. E. a requis du département de la santé la levée de son secret professionnel, afin de pouvoir déposer comme témoin. Cette levée lui a été accordée.

M.C.B. a recouru devant le tribunal administratif, concluant à l'annulation de la décision du département et au rejet de la demande de levée du secret professionnel. Le tribunal administratif a convoqué la Dr A. dans la procédure. Par arrêt du 23.1.2015, le tribunal a déclaré le recours bien-fondé et a refusé la levée du secret.

La Dr A. a introduit un recours devant le Tribunal fédéral tendant à l'annulation de l'arrêt du tribunal administra-

tif et à ce que le prof. E. soit autorisé à témoigner dans la procédure civile introduite contre elle par la famille de Madame B.

2. La solution du Tribunal fédéral

Dans le cadre de la levée du secret professionnel, le maître du secret est légitimé à recourir contre la levée du secret qui a été accordée au porteur de ce secret, en particulier le patient en ce qui concerne la levée consentie à son médecin. En l'espèce, c'est un tiers, qui n'est ni le maître ni le détenteur du secret, qui entend recourir contre la décision refusant la levée. D'après la lettre de l'art. 321 ch. 2 CP, seul le détenteur du secret, c'est-à-dire le porteur du secret, peut en requérir la levée, situation qui est survenue dans le cas d'espèce. Le témoignage n'est généralement pas donné dans l'intérêt du témoin, mais bien dans celui de la partie qui l'a requis. Celle-ci est plus fortement touchée par une décision de refus de levée que ne l'est le témoin lui-même et a donc un intérêt particulier et digne de protection à ce que le témoin puisse s'exprimer. Cette partie est ainsi légitimée à recourir, même si le témoin lui-même renonce à le faire. Contrairement aux cas typiques dans lesquels un recours n'est pas ouvert à la personne concernée, il ne s'agit pas d'autoriser une personne à faire quelque chose qu'elle ne pourrait pas faire elle-même; la personne formellement concernée – c'est-à-dire le témoin – est bien plus obligée, dans les limites de l'art. 166 al. 1 let. b CPC, de témoigner pour autant que son secret ait été levé. Le Tribunal fédéral en conclut donc dans une première étape, que le recours de la Dr A. est recevable.

Sur le fond, la décision se révèle également riche d'enseignements, même si les considérants ne sont pas publiés.²² Il parvient à la conclusion suivante. Dans le cas d'espèce, le maître du secret n'est pas un tiers non concerné, mais un demandeur dans un procès civil. On doit donc se demander si le demandeur, qui s'oppose à la levée du secret professionnel et rend ainsi impossible pour sa partie adverse l'apport de la preuve, ne commet pas un abus de droit. Dans le cas présent, le demandeur reprochait à la défenderesse d'être responsable de la mort de son épouse. Dans le procès civil qu'il a lui-même intenté à cet égard, il faisait valoir le secret professionnel du prof. E. de manière purement abstraite, sans invoquer des motifs concrets convaincants ni d'intérêts dignes de protection. Un tel comportement ne saurait être protégé et ne doit pas être apprécié seulement dans le procès civil, mais également déjà dans la procédure de levée du secret, sans quoi cette dernière serait vidée de son sens. La pesée des intérêts du cas d'espèce conduit à la levée du secret

¹⁸ ATF 142 II 307, consid. 4.3.1.

¹⁹ ATF 142 II 307, consid. 4.3.3.

²⁰ TF, 2C_37/2018, consid. 6.4.2 et 2C_215/2015, consid. 5.1, non publié à l'ATF 142 II 256.

²¹ TF, 2C_37/2018, consid. 6.4.2.

²² TF, 2C_215/2015, consid. 3-5.

professionnel du prof. E., justifiée par un intérêt prépondérant. Fort de cette considération, le Tribunal fédéral a déclaré le recours bien fondé et relevé le prof. E. de son secret. Le Tribunal fédéral a cependant ajouté que la levée du secret du prof. E. n'était ordonnée que dans la mesure nécessaire, ce par quoi il faut comprendre pour les seuls thèmes relevant de la procédure civile et non en ce qui concerne l'entier de l'histoire médicale du patient. Nous verrons que cette précision joue un rôle déterminant dans la compréhension des conditions dans lesquelles le secret peut être levé.

IV. Commentaire

Cette décision présente un important développement de la levée du secret, tant en ce qui concerne la procédure qu'en ce qui concerne le fond.

1. Sur la procédure

A) Droit de recours et d'intervention du tiers dans la procédure de levée

L'ATF 142 II 256 représente un réel changement de paradigme par rapport à celui qui fondait encore la solution de l'arrêt 2C_587/2012. Désormais, tout tiers qui a un intérêt particulier et digne de protection à la levée du secret ou, au contraire, à son maintien est fondé non seulement à recourir contre la décision rendue, mais également à participer à la procédure de première instance. Si cet intérêt a été reconnu dans le contexte d'une procédure civile en cours, il doit également l'être en procédure pénale ou administrative; on doit donc en conclure que le tiers intéressé pourra participer à la procédure de levée, en première instance ou en appel, quelle que soit la nature de la procédure dans laquelle le détenteur du secret a été requis de témoigner.

B) Absence de droit du tiers de requérir la levée du secret

Reste alors la question d'un éventuel droit du tiers intéressé de requérir lui-même la levée du secret, sans attendre que le détenteur de ce dernier le fasse lui-même. La faculté du tiers de participer à la procédure dépend en effet du bon vouloir du détenteur de requérir sa levée, dans l'hypothèse où il n'en serait pas délié par le maître. Si le détenteur n'agit pas, le tiers n'aura ni la faculté d'intervenir dans une procédure inexistante ni celle de recourir contre la décision de première instance, pour en obtenir une qui lui serait favorable. Un tel droit n'a pour l'instant pas été reconnu.

Or il peut paraître illogique d'attribuer à un justiciable la qualité de partie à la procédure, en raison d'un intérêt digne de protection, sans parallèlement lui reconnaître le droit d'initier cette procédure lui-même, en cas d'inaction du détenteur du secret.

L'obstacle dirimant au franchissement d'une telle étape procédurale réside dans le texte même de l'art. 321 CP, qui précise que la procédure de levée du secret intervient sur «la proposition du détenteur du secret» (*«auf Ge-*

such des Täters»; *«a richiesta di chi detiene il segreto»*). C'est d'ailleurs notamment sur cet argument de texte que le Tribunal fédéral s'est appuyé pour affirmer le principe que toute requête de levée du secret émanant de quelqu'un d'autre que le détenteur du secret est irrecevable.²³ C'est également l'argument qui fonde le rejet, par la Cour de justice de Genève, du recours du ministère public qui, à l'occasion d'une procédure de levée des scellés d'un dossier couvert par le secret médical, avait lui-même requis la levée de ce dernier auprès de l'autorité compétente.²⁴ Cette dernière lui avait opposé que seul le détenteur du secret pouvait la saisir, ce que l'autorité d'appel a confirmé.

Si c'est en raison du droit d'être entendu (art. 29 Cst.)²⁵ et de la garantie d'accès au juge (art. 29a Cst.)²⁶ que l'évolution de la jurisprudence a été rendue possible, il semble bien que cette dernière soit arrivée maintenant à un point d'arrêt, en raison d'un autre principe constitutionnel: l'art. 190 Cst. limite en effet les pouvoirs du Tribunal fédéral, en ce qu'il est tenu d'appliquer le droit fédéral, sans pouvoir en revoir la constitutionnalité.

Le Tribunal fédéral a certes tempéré la rigueur de cette règle en considérant que, lorsque plusieurs interprétations d'une règle sont envisageables, il faut retenir celle qui s'accorde le mieux avec les principes constitutionnels.²⁷ C'est en recourant à cette méthode qu'il a notamment admis qu'une personne travaillant comme salarié à temps plein ou partiel pour un non-avocat (banque, assurance, fiduciaire, etc.), pouvait également exercer sa profession d'avocat de manière indépendante et, partant, requérir son inscription au registre.²⁸

Le texte de l'art. 321 CP, tel qu'il vient d'être rappelé dans les trois langues officielles, ne présente quant à lui pas d'ambiguïté sur le point de savoir qui est légitimé à requérir la levée du secret. En conséquence, si le Tribunal fédéral était confronté à la question, il ne pourrait que le constater, sans pouvoir privilégier une interprétation *contra legem*, au motif qu'elle serait plus conforme au principe de la garantie de l'accès au juge de l'art. 29a Cst. En conclusion, on doit retenir qu'en l'état actuel du droit, le droit de demander à l'autorité compétente de lever le secret professionnel de l'art. 321 CP n'est reconnu qu'au détenteur de ce dernier.

C) Le cas particulier du secret de l'avocat

La situation des avocats se présente de manière particulière en raison de la législation à laquelle ils sont soumis. En effet, ces derniers, même déliés de leur secret, ne sont pas obligés de divulguer les faits qui leur ont été confiés (art. 13 LLCA). On peut donc se demander si cela

²³ TF, 2C_587/2012, consid. 2.4.

²⁴ CACJ/GE, ATA/378/2013.

²⁵ TF, 2C_587/2012, consid. 2.5.

²⁶ TF, 4A_15/2009, consid. 4 non publié à l'ATF 135 III 597.

²⁷ ATF 122 III 469, consid. 5g/aa; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse vol. I, L'État, Berne 2013, N 1939.

²⁸ ATF 130 II 270, c. 6; TF, 2A.124/2005.

ne tempère pas fortement l'intérêt de la solution retenue à l'ATF 142 II 256, soit le droit de recours du tiers contre la décision rendue sur la levée. Il paraîtrait vide de sens de mener une telle procédure tendant à la levée du secret d'un avocat, alors que ce dernier serait libre de ne pas donner suite à une décision de levée. À cet égard, il faut distinguer deux situations:

La levée a été octroyée: requis de témoigner, l'avocat a demandé la levée de son secret et l'a obtenue. Un tiers entend s'y opposer, de sorte qu'il recourt contre la décision. Cette hypothèse paraît difficilement envisageable: seul le maître du secret est fondé à s'opposer à la levée, ce dernier ne protégeant que le client et ne s'étendant pas aux tiers qui ne peuvent donc en aucun cas prétendre être les maîtres du secret.²⁹ Ainsi, même si le tiers peut avoir un intérêt personnel à ce que l'avocat ne fasse pas de révélations qui pourraient lui être défavorables en procédure, cela ne fonde pas encore un intérêt suffisant pour s'opposer procéduralement à la levée d'un secret dont il n'est pas le maître.

La levée a été refusée: un tiers, en principe la personne qui a demandé le témoignage de l'avocat, recourt pour obtenir la levée du secret. S'il est vrai que, jusqu'au moment où il sera appelé à répondre aux questions du juge, l'avocat sera libre d'invoquer l'art. 13 LLCA pour finalement se taire, il n'en reste pas moins que, en ayant lui-même demandé la levée de son secret, l'avocat a montré sa volonté de témoigner et, en principe, de ne pas se prévaloir de la faculté de se taire. Il apparaît en conséquence que la partie à la procédure qui a requis son audition a un intérêt à faire usage du droit de recours que lui reconnaît la jurisprudence, si l'avocat ne le fait pas lui-même. Le tiers recourant peut espérer que, même si l'avocat n'entend pas recourir contre la décision de refus prononcée au terme d'une procédure qu'il a lui-même initiée, il ne choisira pas de se taire une fois devant le tribunal l'ayant convoqué comme témoin.

En conclusion, l'avancée que représente l'ATF 142 II 256, en ce qu'il donne à un tiers intéressé la faculté de s'immiscer dans le débat judiciaire concernant la levée du secret du témoin qu'il a fait convoquer, risque de n'avoir que des effets partiels sur le témoignage de l'avocat, mais dans la seule hypothèse où celui-ci déciderait au dernier moment de se taire, alors qu'il aurait lui-même fait la démarche de se faire libérer de son secret.

On pourrait être amené à regretter cette situation qui met une partie au procès dans une position moins solide, dès lors qu'il s'agit de faire témoigner un avocat, que celle qui existe face à un médecin. C'est toutefois la conséquence inéluctable d'un système volontairement mis en place par le législateur en instituant un secret absolu pour l'avocat. Après avoir dûment apprécié la situation, le Conseil fédéral a fait le choix de maintenir ce secret absolu lorsqu'il a présenté le projet de CPC.³⁰ En revanche, la question fut plus disputée lorsqu'il s'est agi de débattre du CPP, dans lequel le Conseil fédéral avait fait le choix de supprimer le caractère absolu du secret de l'avocat, en le traitant comme celui des autres professions de l'art. 321 CP.

À cet égard, il faut rappeler que l'avantage reconnu au secret de l'avocat n'a pas été accepté sans de vifs débats devant les Chambres fédérales, déjà lors de l'adoption de la LLCA.³¹ On peut notamment citer les fortes oppositions formulées par les Conseillers aux États Dick Marty³² et Jean Studer³³ – lui-même pourtant avocat – à ce privilège consenti aux seuls avocats et leurs clients. M. Studer dénonçait en particulier le fait que le droit de refuser de témoigner de l'avocat soit traité dans la LLCA et qu'il ne soit pas réglé dans les codes de procédure fédéraux (alors en cours d'élaboration), pour y trouver une solution unique pour toutes les professions soumises au secret. Le débat fut effectivement repris au moment de l'élaboration du CPP, puisque le projet du Conseil fédéral y supprimait le caractère absolu du secret de l'avocat en procédure pénale – contrairement à la procédure civile –, obligeant ce dernier à témoigner comme les autres détenteurs de secret énuméré à l'art. 321 CP, s'il était délié de son secret. Le Parlement en a finalement décidé autrement,³⁴ en introduisant un alinéa 4 à l'art. 171 CPP comportant un renvoi à la LLCA, partant à son art. 13 donnant à l'avocat la faculté de refuser de témoigner, même délié de son secret. Autrement dit, le choix du législateur ne souffre pas la moindre ambiguïté: l'avocat peut ainsi refuser de témoigner, aussi bien en procédure pénale qu'en procédure civile.

2. Sur le fond: la question de l'abus de droit et du secret professionnel

A) Généralités

Le point fondamental mis en évidence dans l'un des considérants non publiés de l'ATF 142 II 256³⁵ est celui de l'abus de droit que peut constituer l'invocation du secret professionnel. Sur ce point, le raisonnement du Tribunal fédéral est bref: *«Vorliegend wirft der Kläger (hier Beschwerdegegner) der Beklagten (hier Beschwerdeführerin) vor, für den Tod seiner Ehefrau verantwortlich zu sein. In dem von ihm diesbezüglich selber angestregten Zivilprozess beruft er sich – ohne hierfür konkrete Gründe glaubhaft oder eigene Schutzinteressen geltend zu machen – in rein abstrakter Weise (vorne E. 5.5) auf das Berufsgeheimnis des Zeugen Prof. E. _____. Ein solches Verhalten verdient keinen Schutz und ist nicht erst im Zivilprozess, sondern bereits im Entbindungsverfahren – ansonsten dieses seines Sinnes entleert würde – zu berücksichtigen.»*

La problématique de l'abus de droit par l'invocation du secret professionnel n'est pas nouvelle en elle-même. Ce qui l'est, c'est l'aspect sous lequel elle s'est présentée dans le cas d'espèce.

²⁹ TF, 2C_900/2010, consid. 1.3 in fine.

³⁰ Message CF CPC, p. 6928. On notera qu'il en va de même en procédure civile pour les ecclésiastiques en vertu de l'art. 166 al. 1 let. b CPC.

³¹ Sur cette question, FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Berne 2010, N 511 ss.

³² BO CE 2000 239 et 398

³³ BO CE 2000 240.

³⁴ BO CN 2007 962 ss et BO CE 2006 1018 ss.

³⁵ TF, 2C_215/2015, consid. 5.7.

Comme tout droit, l'usage de celui qui consiste en l'invocation du secret professionnel peut constituer un abus de droit. Tel est le cas lorsque le titulaire d'un droit le fait valoir contrairement à son but; il y a alors un détournement de finalité.³⁶ Autrement dit, le secret professionnel de l'avocat ne doit pas être détourné de ses fins légitimes pour servir des buts qui lui sont étrangers.

La question avait déjà été abordée en relation avec le secret de l'avocat. Le secret est institué pour inspirer au justiciable une confiance absolue en la discrétion de son défenseur ainsi que pour garantir l'accès à la justice. Il n'est en revanche pas destiné à permettre l'utilisation d'études d'avocat à des fins criminelles, notamment à la seule fin d'y cacher le produit d'infractions ou des moyens de preuve.³⁷ Selon les termes du Tribunal fédéral, il y a abus de droit «lorsque le client entend mettre en lieu sûr le produit de l'infraction ou l'instrument ayant servi à la commettre, ou encore lorsque les documents qui lui sont remis sont en réalité destinés à un tiers».³⁸ Il en va de même lorsque le détenteur du secret lui-même est soupçonné dans une enquête pénale.³⁹ Le Tribunal fédéral a également recouru au concept de l'abus de droit, lorsqu'il s'est agi de savoir si le secret protégeait les travaux d'une étude d'avocats qui avait mené une enquête interne au sein d'une banque pour une affaire de blanchiment d'argent. Le Tribunal fédéral a considéré que la banque contournait les exigences de la LBA – l'obligant à disposer de sa propre documentation établissant la manière dont elle avait accompli ses obligations légales en la matière – en confiant cette tâche à un avocat, puis en invoquant le secret de ce dernier.⁴⁰

Comparée à ces trois situations, la particularité de l'ATF 142 II 256, présentement analysé, réside en ce que l'institution du secret n'est pas clairement détournée de son but, mais est simplement utilisée par le maître du secret, sans qu'il donne des explications sur les raisons qui le poussent à s'opposer à ce que son médecin soit délié.

B) *La pesée des intérêts instituée par le CPC et le CPP face à l'abus de droit*

Toutes les professions mentionnées à l'art. 321 CP, sauf les avocats et les ecclésiastiques, sont soumises à l'art. 166 al. 1 let. b CPC, qui dispose que lorsqu'il est délié de l'obligation de garder le secret, le tiers a le devoir de collaborer, à moins qu'il ne rende vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Un système similaire existe dans le CPP, à l'art. 171 al. 3 CPP.

Le système montre que le législateur a pris soin de protéger le maître du secret contre lui-même, puisque même s'il a délié le détenteur du secret, ce dernier peut faire valoir que son secret doit être maintenu en totalité ou partiellement lorsqu'il est vraisemblable que le maintien du secret l'emporte sur la manifestation de la vérité. Il est vrai que les exemples d'une telle situation sont peu nombreux: tant le message du Conseil fédéral que la doctrine citent tous l'exemple du médecin qui refuserait de révéler le diagnostic grave de son patient dont ce dernier n'est pas

encore pleinement informé.⁴¹ Quelle que soit l'éventuelle rareté de cette exception à l'obligation de parler, il n'en reste pas moins que le CPC et le CPP prévoient une procédure relative à l'analyse de la pertinence de maintenir le secret, malgré le fait que le détenteur en est délié. Il s'ensuit qu'il ne paraît pas inadmissible de soutenir que le maître doit justifier sa position lorsqu'il s'oppose en procédure à la levée du secret de la personne à laquelle il s'est confié.

C) *La notion d'abus de droit dans la jurisprudence*

Cela dit, la jurisprudence du Tribunal fédéral se montre très restrictive concernant l'abus de droit et les conditions qui doivent être réalisées pour qu'il soit reconnu. Les quelques exemples suivants permettront de s'en convaincre:

- *Garantie bancaire*: «Pour qu'il y ait abus, il faut que le bénéficiaire, de mauvaise foi, poursuive un objectif totalement étranger au contrat de base», ajoutant qu'«il appartient au garant qui invoque l'abus de droit du bénéficiaire de le prouver».⁴²
- *Bail*: «Les cas typiques sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire».⁴³
- *Prescription*: «Le débiteur commet un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC en se prévalant de la prescription non seulement lorsqu'il amène astucieusement le créancier à ne pas agir en temps utile, mais aussi lorsque, sans mauvaise intention, il a un comportement qui incite le créancier à renoncer à entreprendre des démarches juridiques pendant le délai de prescription et que, selon une appréciation raisonnable, fondée sur des critères objectifs, ce retard apparaît compréhensible».⁴⁴
- *Commandement de payer*: «Selon la jurisprudence, la nullité d'une poursuite pour abus de droit ne peut être admise par les autorités de surveillance que dans des cas exceptionnels, en particulier lorsqu'il est manifeste que le poursuivant agit dans un but sans le moindre rapport avec la procédure de poursuite ou pour tourmenter délibérément le poursuivi».⁴⁵

Fonder l'abus de droit sur le seul silence du maître du secret, lorsqu'il s'oppose à autoriser le détenteur à témoigner, constitue un incontestable allègement des conditions qui viennent d'être rappelées. Savoir si cela est

³⁶ CR CC I-CHAPPUIS C., art. 2 N 32.

³⁷ SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Zurich 2009, N 554–556.

³⁸ ATF 117 Ia 341, consid. 6cc.

³⁹ TF, 1P.32/2005, consid. 3.2.

⁴⁰ TF, 1B_85/2016. Pour un commentaire de cet arrêt, CHAPPUIS, *Enquête interne et secret professionnel*, *Revue de l'avocat*, 2017, p. 40.

⁴¹ Message CF CPC, p. 6928; CPC-JEANDIN, art. 166; BK ZPO-RUETSCHI, art. 166, N 25; BSK ZPO-SCHMID, art. 166 N 6.

⁴² TF, 4A_709/2016, consid. 2.3.

⁴³ TF, 4C.172/2005, consid. 4.1.

⁴⁴ TF, 4A_303/2017, consid. 3.3.

⁴⁵ TF, 5A_595/2012, consid. 4.

justifié et si, partant, le silence constitue un détournement abusif de l'institution du secret nécessite donc que l'on pousse le raisonnement plus avant, surtout lorsque l'on garde à l'esprit que, ainsi que le Tribunal fédéral en a jugé, la seule recherche de la vérité n'est pas suffisante pour que le secret soit levé.⁴⁶ Seuls des intérêts privés ou publics prépondérants le justifient (*supra*, II. 4, p. 507).

Dans sa décision, le Tribunal fédéral a souligné que le secret serait levé dans la seule mesure nécessaire au témoignage d'un professeur de médecine (*supra*, III.2 *in fine*). Or ce dernier devait se prononcer sur une allégation très spécifique de la procédure civile: il s'agissait de savoir si la patiente décédée et son mari avaient déclaré audit professeur qu'un test VIH était inutile, alors que le mari reprochait au médecin traitant qui avait suivi sa femme pendant l'accouchement de ne pas avoir pratiqué un tel test. Autrement dit, le témoignage ne portait pas sur un fait relevant de la sphère privée et intime de la patiente, mais bien sur le contenu d'un entretien qui avait notamment pour objet les tests à effectuer, fait qui semblait jouer un rôle décisif dans l'établissement de l'éventuelle responsabilité du médecin traitant. En s'opposant au témoignage du professeur de médecine sur cette question, le mari ne pouvait que faire naître la suspicion qu'il profitait de l'institution du secret médical pour éviter que l'allégation d'erreur médicale sur laquelle il fondait ses prétentions ne soit contredite par le témoignage du professeur.

Il est important de souligner que, généralement, le secret professionnel n'est pas complètement levé, mais qu'il ne l'est que dans la mesure nécessaire. Un exemple jurisprudentiel illustre bien cette question. Lorsqu'un employeur fait appel à un médecin-conseil pour se prononcer sur l'aptitude d'un employé à travailler, le médecin est soumis au secret professionnel, protégé par l'art. 321 CP. Le médecin-conseil ne peut renseigner l'employeur que dans la mesure où il a été délié de son secret par le travailleur. En règle générale, le médecin-conseil n'a pas à donner son diagnostic, mais ne doit s'exprimer que sur l'existence, la durée et le degré de l'incapacité de travail, ainsi que sur la question de savoir s'il s'agit d'une maladie ou d'un accident. Cela ressort non seulement des règles de la FMH, mais surtout du système du droit du travail. En effet, l'art. 328b CO dispose que «l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail». Le diagnostic et les informations détaillées sur l'état de santé du travailleur ne font pas partie des renseignements nécessaires à l'employeur. On doit donc considérer que le consentement du travailleur à la communication à son employeur des résultats de l'expertise ne porte que sur sa faculté de travailler. Elle ne doit en revanche pas se prononcer sur la nature de son affection, sur le traitement entrepris ni sur d'autres faits intimes et confidentiels, renseignements qui sont le plus souvent le propre d'un dossier médical.⁴⁷ Le médecin expert qui les révèle à l'employeur se rend coupable d'une violation de l'art. 321 CP.⁴⁸

De ces quelques éléments, on peut conclure que le maître du secret qui s'oppose à la révélation de faits hautement personnels, sans justifier sa position, ne commet pas un abus de droit, sauf circonstances très particulières qui pourraient démontrer qu'il détourne le secret de son but.

Il en va différemment lorsque les faits, certes couverts par le secret médical, ne relèvent pas de la sphère intime. Dans une ancienne décision, le Tribunal fédéral avait d'ailleurs mis en évidence que les médecins reçoivent des révélations qui vont fréquemment au-delà des strictes nécessités du mandat, le client s'ouvrant souvent largement de ses difficultés personnelles. Ces informations sont néanmoins couvertes par le secret professionnel.⁴⁹ On peut admettre que si le mandant s'oppose à la levée du secret en tant qu'il couvre ces questions abuse de son droit, comme on pourrait le faire pour des informations ne relevant plus directement du domaine médical (date d'un rendez-vous entre le patient et le médecin, liste des examens pratiqués sans indication des détails médicaux, instructions données au médecin, etc.), susceptibles de jouer un rôle décisif dans l'issue du litige, sans relever de la sphère intime du malade.

Il devrait en aller de même dans la situation – relativement fréquente en pratique – où l'employé délie son médecin traitant – qui a conclu à l'incapacité de travail – alors qu'il refuse de délier le médecin-conseil de l'entreprise – qui a conclu à la capacité de travail.

D) Les difficultés procédurales: la protection du secret face aux tiers

Débattre de l'intérêt du maître au maintien du secret présente une difficulté procédurale non négligeable: le maître ou le détenteur seront amenés à expliquer en quoi les éléments couverts par le secret doivent ou ne doivent pas rester protégés. Dans ces explications, il est inévitable qu'une partie de la teneur des éléments secrets soit abordée. Dans la mesure où un tiers participe à ce débat, on fait alors face à la quadrature du cercle: le tiers veut obtenir le témoignage du professionnel soumis au secret, ce que le maître de ce dernier refuse. Si le maître cherche à justifier son refus, il révélera – à tout le moins en partie – ce que le tiers cherche précisément à savoir.

Ce risque avait été écarté par le Tribunal fédéral dans la décision dans laquelle il avait posé le principe que les tiers n'avaient pas accès à la procédure (*supra*, I. C).⁵⁰ Cet argument ne tient plus, dès l'instant que le Tribunal fédéral ouvre la procédure aux tiers. La solution que l'on peut apporter à cette difficulté est liée à ce qui vient d'être exposé sur l'existence de l'abus de droit. Le débat devra tout d'abord se concentrer sur les strictes nécessités du

⁴⁶ TF, 2C_37/2018, consid. 6.4.2.

⁴⁷ TF, 2C_37/2018, consid. 6.4.2.

⁴⁸ TF, 6B_1199/2016.

⁴⁹ ATF 101 Ia 10, consid. 5c.

⁵⁰ TF, 2C_587/2012, consid. 3.2.

témoignage requis. Il faudra ensuite moduler les exigences envers le maître du secret en fonction de la nature des faits concernés: plus l'on s'approchera de sa sphère intime, moins les explications qu'il sera amené à donner devront être étendues. Inversement, si les faits couverts par le secret ne relèvent peu ou pas du domaine médical ou personnel, on sera en droit d'attendre du maître qu'il justifie les raisons de son refus, surtout si les faits sont en lien avec une prétention en responsabilité contre le détenteur du secret.⁵¹ En accord avec la jurisprudence habituelle du Tribunal fédéral sur l'abus de droit, ce n'est cependant qu'avec retenue qu'on l'admettra, sous peine de vider de sa substance l'institution du secret.

E) La situation particulière du secret de l'avocat

Pour juger de la possible transposition au secret de l'avocat de la solution de cette décision rendue en matière médicale, on doit préalablement revenir sur les raisons pour lesquelles le secret de l'avocat a été institué. Dans la conception suisse, le but est mixte, en ce sens qu'il protège à la fois l'intérêt du client et celui de la justice.⁵² En revanche, l'avocat ne peut invoquer le secret dans son intérêt propre, notamment pour s'abriter des reproches qui lui seraient adressés dans l'exécution de son mandat: nul ne peut invoquer un privilège pour s'abriter des conséquences de sa propre faute.⁵³

Hormis ce cas pathologique où l'avocat cherche à se protéger lui-même, l'intérêt du client est généralement la préoccupation principale de l'avocat qui invoque son droit de se taire, même quand son client l'a délié. Ce dernier envisage souvent le témoignage de son avocat comme lui étant par définition favorable. Or, ce faisant, il oublie que, lorsque l'avocat est entendu comme témoin, il n'agit plus comme mandataire professionnel agissant dans le seul intérêt de son client, mais bien comme un justiciable tenu de dire l'entier de la vérité au tribunal devant lequel il est convoqué. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les instances déontologiques recommandent généralement aux avocats de ne pas témoigner, pour éviter de se trouver dans une situation de conflit d'intérêts provoquée par le devoir de fidélité contractuellement dû au client d'une part et le devoir de dire la vérité à la justice d'autre part.

En outre, il a été vu que, lors des débats parlementaires sur l'adoption de la LLCA puis du CPP (*supra*, 4.1F), le parlement a considéré comme fondamental le droit reconnu à l'avocat de se taire, même délié de son secret. Il est apparu au législateur que cette faculté était une composante essentielle de l'ordre juridique destinée à la protection du client, raison pour laquelle il n'a pas suivi la proposition du Conseil fédéral d'y renoncer en procédure pénale. À aucun moment, l'idée que l'avocat aurait à justifier son refus n'a été évoquée, de sorte qu'elle n'est évidemment pas mentionnée dans la loi. C'est précisément ce qui distingue la situation de l'avocat de celle des autres professions, à l'exception des ecclésiastiques en procédure civile (art. 166 al. 1 let. b CPC).

Déduire un abus de droit du refus du maître du secret de laisser témoigner son avocat, sauf à en expliquer les raisons, paraîtrait entrer en contradiction avec le système voulu par le législateur – tant à l'art. 13 LLCA qu'aux art. 166 CPC et 171 CPP – qui consiste précisément à soumettre l'avocat à un régime particulier, lui permettant de se taire en toute circonstance. En obligeant le maître du secret à justifier son opposition, on contournerait la faculté de l'avocat de se taire, instituée non pour protéger ce dernier, mais bien le client lui-même. On contournerait également l'art. 166 al. 1 let. b CPC et 171 al. 1 et 4 CPP, qui n'instituent aucune pesée des intérêts entre l'obligation de parler et le droit de se taire, lorsque c'est le secret de l'avocat (ou de l'ecclésiastique en procédure civile) qui est en jeu.

En conclusion, ce n'est que dans des cas patents de détournement de la loi – tels ceux mentionnés ci-dessus⁵⁴ – que l'on pourra déduire un abus de droit du client qui refuse d'expliquer les raisons qui le poussent à refuser la levée du secret que son avocat cherche à obtenir.

⁵¹ TF, 2C_37/2018, consid. 6.4.2.

⁵² CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I – Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e édition, Genève, Zurich, Bâle 2016, p. 165.

⁵³ TF, 1B_101/2008, consid. 4.3.

⁵⁴ ATF 117 Ia 341, consid. 6cc; TF, 1P.32/2005, consid. 3.2.