

Tano Barth

La maîtrise des faits par l'avocat

Devoirs et limites durant l'investigation,
l'allégation et la présentation des moyens
de preuve



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess § 2022
ÉDITIONS ROMANDES

Table des matières

Remerciements.....	VII
Sommaire	IX
Table des lois et abréviations.....	XIII
Avant-propos.....	1
Introduction.....	3
<i>Section I : Histoire de la profession d’avocat et de sa réglementation</i>	<i>4</i>
<i>Section II : L’utilité des avocats et des limites imposés à ceux-ci</i>	<i>5</i>
<i>Section III : Les limites incompréhensibles entravant la garantie d’accès à la justice</i>	<i>8</i>
§ I. Deux exemples de limites posées à l’avocat justifiées par l’accès à la justice	8
§ II. Deux exemples de limites posées à l’avocat restreignant l’accès à la justice	9
§ III. La problématique : où placer le curseur des limites à poser à l’avocat dans le cadre de la maîtrise des faits ?.....	10
Première partie : La maîtrise des faits.....	13
Chapitre 1 : Les principaux devoirs contractuels de l’avocat et du client.....	15
<i>Section I : Qualification du contrat.....</i>	<i>15</i>
§ I. Le principe : contrat de mandat (art. 394 ss CO).....	15
§ II. Défense d’office et assistance judiciaire	16
§ III. Synthèse et conclusion intermédiaire	19
<i>Section II : Les devoirs et la responsabilité contractuels de l’avocat</i>	<i>19</i>
§ I. Les devoirs contractuels de l’avocat	19
A) Le devoir de diligence	19
1) Principes généraux.....	19
2) Devoirs de diligence spécifiques de l’avocat.....	21
a) La maîtrise du droit.....	22
b) La maîtrise des faits.....	23
c) L’organisation appropriée de l’étude.....	23
3) Limitation contractuelle du devoir de diligence.....	24
a) Devoir d’information	24
b) Exception à la limitation : les règles de l’art.....	24
B) Le devoir d’information	25
C) Le devoir de suivre les instructions du client	26
1) Le principe	26
2) Les exceptions.....	26

a)	Les urgences	26
b)	Les instructions déraisonnables ou inopportunes	27
c)	Les instructions techniques ou organisationnelles.....	27
d)	Les instructions supposant un comportement illicite ou contraire aux mœurs	28
3)	Les accords contractuels sur les instructions	29
§ II.	La responsabilité contractuelle de l'avocat.....	29
A)	Les conséquences d'une violation des devoirs contractuels par l'avocat.....	29
1)	L'action en dommages-intérêts	29
2)	La perte du droit au paiement des honoraires.....	31
3)	Droit de résilier le mandat en temps inopportun.....	33
4)	Paiement d'une éventuelle peine conventionnelle.....	34
5)	Éventuelles conséquences pénales ou administratives.....	34
B)	La limitation de la responsabilité contractuelle de l'avocat	34
1)	Le principe	35
2)	L'exclusion de responsabilité pour faute légère	35
3)	Les risques des textes préformulés par l'avocat	37
§ III.	Synthèse et conclusion intermédiaire.....	37
<i>Section III : Les devoirs du client et la conséquence de leur violation</i>		<i>38</i>
§ I.	Les devoirs du client.....	38
A)	Les obligations du client.....	39
1)	Paiement des honoraires (art. 394 al. 3 CO).....	39
2)	Remboursement des impenses (art. 402 al. 1 CO).....	39
B)	Les comportements que l'avocat peut attendre du client.....	40
1)	Les principaux comportements attendus du client	40
2)	La qualification de ces comportements.....	41
a)	Obligation	41
b)	Incombance.....	42
c)	Avis personnel	42
i)	Le principe : la faute concomitante	43
ii)	L'exception en cas d'abus de droit ou de demeure du créancier : l'incombance	44
§ II.	Les conséquences d'une violation de ses devoirs par le client	45
A)	L'exception d'inexécution (art. 82 CO).....	45
B)	La réparation du dommage (art. 402 al. 2 CO).....	46
C)	La réduction ou la perte du droit à l'indemnité en cas de responsabilité de l'avocat	47
1)	Faute	47
2)	Violation d'une incombance.....	48
D)	Droit de résilier le mandat en temps inopportun.....	48
§ III.	Synthèse et conclusion intermédiaire.....	48

Chapitre 2 : Le devoir de maîtrise des faits par l'avocat	49
<i>Section I : Définition de la maîtrise des faits</i>	<i>49</i>
§ I. Définition générale de la maîtrise des faits.....	50
A) La volonté du client	50
B) Les faits pertinents	52
C) Les moyens de preuve à disposition	53
§ II. Les connaissances techniques exigibles de l'avocat	54
§ III. L'infrastructure adéquate.....	55
§ IV. Synthèse et conclusion intermédiaire	56
<i>Section II : Les démarches de l'avocat relatives à la maîtrise des faits.....</i>	<i>56</i>
§ I. Le principe : toutes les démarches utiles	57
§ II. L'étendue : la volonté du client.....	58
§ III. La limite minimale : les démarches indispensables.....	59
A) Le principe de la limite minimale : définition des règles de l'art	60
B) Les faits juridiques (« Rechtstatsachen »)	60
1) La pratique allemande des faits juridiques (« Rechtstatsachen »).....	60
2) Rejet de la pratique des faits juridiques (« Rechtstatsachen ») en Suisse	61
C) Les démarches indispensables	62
1) L'interrogatoire du client	62
2) L'examen des pièces	64
3) La consultation du dossier.....	65
4) La vérification dans les registres officiels	66
5) La problématique du transport sur place	67
a) Dans un but de vérification	67
b) Dans un but de compréhension.....	68
§ IV. Synthèse et conclusion intermédiaire.....	68
<i>Section III : Les faits nouveaux</i>	<i>69</i>
§ I. De la responsabilité exclusive de l'avocat.....	69
§ II. De la responsabilité exclusive du client	71
§ III. Autres faits nouveaux.....	71
A) Le principe : responsabilité du client sauf accord contraire.....	72
B) L'exception : nature de l'affaire nécessitant une activité de l'avocat pour les faits nouveaux	73
§ IV. Synthèse et conclusion intermédiaire	73
Chapitre 3 : L'utilisation appropriée des faits	75
<i>Section I : Les désignations</i>	<i>75</i>
§ I. La retranscription correcte des données en possession de l'avocat	75
§ II. Les parties	76
§ III. Les conclusions	77

<i>Section II : L'allégation et l'argumentation</i>	78
§ I. L'allégation	78
§ II. L'argumentation	80
<i>Section III : Les moyens de preuve</i>	81
Deuxième partie : L'investigation des faits	85
Chapitre 1 : Les moyens d'investigation de l'avocat	87
<i>Section I : Les moyens juridiques</i>	87
§ I. Présentation des principaux moyens juridiques.....	87
A) Les principaux moyens auprès d'une autorité administrative ou judiciaire	88
1) La consultation du dossier.....	88
2) Le droit d'accès.....	89
3) Le principe de transparence	91
a) Exemples d'informations pouvant être obtenues	91
b) Fondements constitutionnels et conventionnels	92
c) Bases légales fédérales et cantonales.....	92
4) Les autres moyens de renseignements auprès d'autorités.....	94
B) Les principaux moyens auprès de privés.....	95
1) Le droit d'accès.....	95
2) La preuve à futur (art. 158 CPC).....	96
3) L'obligation de collaborer selon le CPC.....	96
4) Les principaux moyens du Code civil et du Code des obligations	97
C) L'utilisation d'une procédure pénale pour obtenir des preuves	100
1) Avantages de l'utilisation d'une procédure pénale	100
2) Risques procéduraux de l'utilisation d'une procédure pénale.....	100
3) Risques pénaux pour l'avocat de l'utilisation d'une procédure pénale	102
§ II. La responsabilité de l'avocat.....	103
§ III. Synthèse et conclusion intermédiaire.....	103
<i>Section II : Les moyens factuels</i>	104
§ I. Présentation des principaux moyens factuels	104
A) Les moyens classiques	104
B) Les nouvelles technologies	105
§ II. La responsabilité de l'avocat.....	107
§ III. Synthèse et conclusion intermédiaire.....	108
<i>Section III : Les auditions</i>	108
§ I. Les problématiques récurrentes des auditions.....	109
A) Le procès-verbal	109
1) Absence de contrôle en temps réel du procès-verbal par l'avocat.....	110
2) Retranscription résumée des propos tenus	111
3) Standards minimaux de l'établissement d'un procès-verbal.....	111

B) Les traductions	113
C) Les aspects humains	114
1) Les influences	114
a) Influence consciente	115
b) Influence inconsciente.....	115
2) Les mensonges.....	116
3) La mémoire	116
a) Les oublis	116
b) Les confusions, imprécisions et biais	117
i) Les biais temporels.....	117
ii) Les biais de distance.....	117
iii) Les biais interraciaux.....	117
c) Les faux souvenirs	119
§ II. Les moyens de l'avocat pour parer aux problématiques des auditions	121
A) L'objectif : un procès-verbal complet et neutre.....	121
1) Contrôle de la direction de la procédure	121
2) Contrôle de questions et réponses protocolés fidèlement.....	122
3) Examen de la crédibilité de la personne	123
a) La crédibilité.....	124
b) L'impartialité.....	124
c) La fiabilité de la perception	125
d) La crédibilité des souvenirs.....	125
e) Les influences de la perception.....	125
f) L'expression.....	125
g) La crédibilité des déclarations	126
h) La crédibilité du comportement	127
i) La plausibilité des déclarations.....	128
j) Les points de convergence ou de divergence	128
B) Les droits de l'avocat découlant du droit à un procès équitable.....	128
1) Contrôle effectif du procès-verbal et droit à l'enregistrement de l'audition	130
2) Les interventions.....	131
3) Suspension ou report de l'audition	132
4) Questions complémentaires	133
a) Les stratégies et objectifs de l'audition.....	137
b) Les faits ou suppositions	137
c) Les questions.....	137
d) Les supports, preuves et preuves à requérir.....	138
§ III. Synthèse et conclusion intermédiaire : absence de responsabilité de l'avocat pour les auditions	139

Chapitre 2 : La délégation de l’investigation	141
<i>Section I : La délégation de l’investigation au client.....</i>	<i>141</i>
§ I. L’admissibilité d’une délégation de l’investigation au client	141
A) Qualification de la délégation de l’investigation au client	142
B) L’accord contractuel sur l’étendue de la diligence due	143
C) L’investigation par le client en cas d’assistance judiciaire	143
§ II. La responsabilité de l’avocat pour les faits du client	144
A) Responsabilité contractuelle	144
B) Responsabilité pénale	145
C) Responsabilité disciplinaire	146
§ III. Synthèse et conclusion intermédiaire	146
<i>Section II : La délégation de l’investigation à un tiers</i>	<i>147</i>
§ I. Le tiers au service de l’avocat	147
A) Le recours à un auxiliaire	148
1) Définition de l’auxiliaire	148
a) L’auxiliaire : une définition commune pour le CO, la LLCA et le CP.....	149
i) Les avis en faveur d’une interprétation uniforme de la notion d’auxiliaire.....	149
ii) Les avis en faveur d’une définition distincte de la notion d’auxiliaire au sens de l’art. 321 CP	150
iii) Conclusion : la notion d’auxiliaire identique pour le CO, la LLCA et le CP	151
b) Définition théorique	151
c) Approche casuistique.....	152
2) Conditions d’utilisation d’un auxiliaire par l’avocat	154
a) L’indépendance de l’avocat par rapport à l’auxiliaire.....	154
b) Le respect du secret par son auxiliaire.....	155
i) Veiller au respect du secret professionnel de ses auxiliaires.....	156
ii) Empêcher la sous-délégation	156
c) L’avocat ne doit percevoir aucun avantage de son auxiliaire pour l’appart de l’affaire	157
3) Conséquences du recours à des auxiliaires	158
a) Secret professionnel.....	158
b) Responsabilité civile.....	159
i) Responsabilité pour le fait des auxiliaires.....	159
ii) Exclusion conventionnelle de responsabilité uniquement pour faute légère	160
c) Responsabilité pénale.....	160
d) Responsabilité disciplinaire.....	160
B) Le recours à un substitut	161

1) Définition du substitut	161
2) Conséquences d'avoir recours à un substitut	162
C) Le tiers recommandé par le client	164
D) Synthèse et conclusion intermédiaire	165
§ II. Le tiers engagé par le client	166
A) Absence de lien contractuel entre l'avocat et le tiers	167
1) Les avis en faveur d'une qualification de substitution	167
2) L'avis en défaveur d'une qualification de substitut	169
3) Avis personnel : le tiers imposé par le mandant n'est pas lié contractuellement au mandataire	169
B) Conséquences de l'absence de relation contractuelle entre l'avocat et le tiers sur le secret et la responsabilité	169
1) Secret professionnel	169
2) Responsabilité	170
C) Conclusion intermédiaire	170
§ III. Les assurances protection juridique	171
A) Les instructions à l'avocat	172
B) Le devoir de réduire le dommage	173
C) Les informations à l'assurance	176
1) Le devoir de l'assuré d'informer l'assureur	176
2) Le devoir de l'avocat de préserver le secret professionnel	176
a) Le secret professionnel	177
b) La nullité du déliement du secret professionnel en cas d'information préjudiciable	177
c) La protection des données	177
3) Le devoir d'informer l'assureur à la lumière du secret d'avocat	178
D) Conclusion intermédiaire	179
<i>Section III : Les rétrocessions</i>	180
§ I. Définition des rétrocessions	180
A) Les rétrocessions actives	181
B) Les rétrocessions passives	181
§ II. Les conséquences pour l'avocat de recevoir des rétrocessions (rétrocessions passives)	182
A) Conséquences civiles	183
1) Obligation de restitution (art. 400 CO)	183
2) Comportement fautif et violation contractuelle	185
a) La responsabilité de l'avocat pour les actes commis par le tiers	185
i) Le tiers en tant qu'auxiliaire de l'avocat	185
ii) Le tiers en tant que substitut de l'avocat	186
iii) Le tiers mandaté par le client sur recommandation de l'avocat	186
b) Perte du droit aux honoraires	186
B) Conséquences pénales	187

1)	Abus de confiance portant sur des valeurs patrimoniales confiées (art. 138 ch. 1 al. 2 CP)	187
2)	Escroquerie (art. 146 CP)	188
3)	La gestion déloyale (art. 158 CP).....	188
4)	La corruption privée passive (art. 322 ^{novies} CP).....	189
C)	Conséquences au regard des règles professionnelles	189
1)	Sanctions disciplinaires pour violation des règles professionnelles	190
a)	Les règles professionnelles prohibant la perception de rétrocessions par l’avocat	190
i)	Le devoir de diligence (art. 12 let. a LLCA)	190
ii)	La prohibition des conflits d’intérêts (art. 12 let. c LLCA).....	191
iii)	La ségrégation des avoirs du client (art. 12 let. h LLCA)	191
b)	Les conséquences de la perception de rétrocessions	191
c)	La portée du consentement du client.....	192
2)	Condamnation pénale incompatible avec la profession d’avocat (art. 8 al. 1 let. b LLCA).....	192
§ III.	Conclusion intermédiaire.....	193
Chapitre 3 : Les moyens de preuve admissibles en procédure.....		195
<i>Section I : En procédure pénale</i>		<i>195</i>
§ I.	Le principe de la liberté des preuves en droit pénal	195
§ II.	Les preuves absolument inexploitablees	196
A)	Le principe des preuves absolument inexploitablees	196
B)	Les preuves absolument inexploitablees produites par un particulier	197
C)	Les preuves absolument inexploitablees récoltées à l’étranger	198
§ III.	Les preuves relativement exploitables	198
A)	Le principe des preuves relativement exploitables	199
1)	Violation du droit.....	199
2)	Violation d’une règle de validité	199
3)	Exception à l’inexploitabilité	200
B)	Les preuves illicites produites par un particulier	200
C)	Les preuves récoltées à l’étranger produites par un particulier	203
§ IV.	Les preuves recueillies en violation d’une prescription d’ordre	204
§ V.	Les preuves dérivées d’une preuve illicite	205
§ VI.	Synthèse et conclusion intermédiaire	205
<i>Section II : En procédure civile.....</i>		<i>206</i>
§ I.	Les moyens de preuve admis par le CPC	206
A)	Les moyens de preuve prévus par le CPC.....	207
1)	Le témoignage (art. 169-176 CPC).....	207
2)	Les titres (art. 177-180 CPC).....	207
a)	Les certificats	207

i)	Les certificats établis par un expert.....	208
ii)	Les certificats établis par une autorité	208
iii)	Les certificats établis par un tiers en raison d'une obligation légale	208
b)	Les témoignages écrits (<i>witness statements</i>)	209
c)	Les témoignages écrits sous serment (<i>affidavits</i>)	209
3)	L'inspection (art. 181-182 CPC)	210
4)	L'expertise (art. 183-189 CPC)	210
5)	Les renseignements écrits (art. 190 CPC)	211
6)	L'interrogatoire et la déposition de partie (art. 191-193 CPC)	211
B)	Conséquences procédurales de l'apport d'un moyen de preuve non prévu par le CPC	211
1)	En maxime inquisitoire	212
a)	La maxime inquisitoire sociale	212
b)	La maxime inquisitoire pure.....	212
2)	En maxime des débats	213
a)	Les témoignages écrits	213
i)	Les avis considérant que les témoignages écrits ne sont pas admissibles comme moyen de preuve.....	214
ii)	Les avis en faveur de l'admissibilité des témoignages écrits en tant que moyen de preuve	214
iii)	Avis personnel	216
b)	Les expertises privées.....	217
c)	Les rapports de détectives privés	217
§ II.	Les moyens de preuve collectés de manière illicite	218
A)	Les moyens de preuve procéduralement illicites	218
1)	Les preuves recueillies en violation d'une prescription d'ordre	219
2)	Les preuves recueillies en violation d'une règle de validité	219
B)	Les moyens de preuve matériellement illicites	219
§ III.	Synthèse et conclusion intermédiaire	222
<i>Section III : En procédure administrative</i>		223
§ I.	La maxime inquisitoire et les moyens de preuve admis.....	223
§ II.	Les moyens de preuve illicites.....	228
A)	Les moyens de preuve procéduralement illicites	229
B)	Les moyens de preuve matériellement illicites	229
§ III.	Synthèse et conclusion intermédiaire	230
Troisième partie : Les limites de l'avocat dans l'allégation, la récolte et la production des moyens de preuve		231
Chapitre 1 : Les limites pénales		233
<i>Section I : Principes généraux du droit pénal</i>		233

§ I. La commission par omission (art. 11 CP).....	233
A) La distinction entre l’omission proprement et improprement dite.....	234
B) La notion de garant.....	234
C) L’avocat : un garant en vertu du contrat de mandat.....	235
D) L’avocat : un garant en vertu de la LLCA ?.....	235
E) Conclusion intermédiaire : l’avocat garant exclusivement envers son client.....	236
§ II. L’intention et la négligence.....	237
A) Principes généraux sur l’intention et la négligence.....	237
1) Le dessein (art. 12 al. 2 phr. 1 CP).....	237
2) Le dol direct (art. 12 al. 1 CP).....	237
3) Le dol éventuel (art. 12 al. 2 phr. 2 CP).....	237
4) La négligence (art. 12 al. 3 CP).....	238
5) L’erreur sur les faits (art. 13 CP).....	238
B) Le dol éventuel de l’avocat dans le cadre de ses activités typiques.....	238
1) La présomption de bonne foi en cas d’absence de circonstances suspectes.....	239
2) Le rapport de confiance avec le client.....	240
3) La présomption d’une autorité respectant la loi et accomplissant son devoir avec soin et diligence.....	241
4) Conclusion intermédiaire : présomption de bonne foi de l’avocat en cas d’absence de circonstances suspectes.....	242
§ III. Les motifs justificatifs.....	243
A) Les motifs justificatifs invocables par l’avocat.....	243
1) La problématique de l’imminence pour la légitime défense (art. 15 CP), l’état de nécessité licite (art. 17 CP) et les motifs justificatifs extra-légaux.....	244
2) Les actes ordonnés ou autorisés par la loi (art. 14 CP).....	244
a) Historique de la pratique du motif justificatif de l’avocat au sens de l’art. 14 CP.....	245
b) Le motif justificatif de l’avocat : une application exclusivement aux infractions contre l’honneur ?.....	247
c) Conclusion intermédiaire : le motif justificatif de l’art. 14 CP de l’avocat s’applique pour toutes les infractions commises dans l’exercice de son mandat.....	248
B) Conditions pour l’application des motifs justificatifs tirés de l’art. 14 CP à l’avocat.....	249
1) Un devoir légal justifiant l’infraction.....	249
2) Une infraction réalisée dans le cadre du mandat d’avocat.....	250
3) L’avocat n’enfreint pas ses devoirs professionnels en accomplissant l’acte.....	251
4) L’acte accompli est proportionné par rapport au bien juridique protégé par la norme pénale.....	252
C) Les cas particuliers de la pornographie et de l’entrave à l’action pénale.....	252
1) Le cas particulier de la pornographie (art. 197 CP).....	252
2) Le cas particulier de l’entrave à l’action pénale (art. 305 CP).....	254

a)	Présentation générale.....	254
b)	Application de l'art. 305 CP aux activités typiques de l'avocat	255
i)	Les moyens clairement illégaux	255
ii)	Les moyens illicites ou violant la déontologie.....	255
iii)	Limitation à l'usage de moyens faisant partie des moyens procéduraux à sa disposition.....	256
iv)	L'art. 305 CP serait applicable à l'avocat, mais il dispose d'un motif justificatif au sens de l'art. 14 CP.....	256
v)	Avis personnel : exclusion de l'art. 305 CP en cas d'usage de moyens prévus par la procédure et examen de l'art. 14 CP en cas d'utilisation de moyens non-prévus par la procédure.....	256
§ IV.	La responsabilité pénale individuelle et la participation.....	259
A)	La responsabilité personnelle pour les comportements fautifs	259
B)	La participation principale et accessoire à l'infraction intentionnelle	260
1)	Les diverses formes de participation principale et accessoire à l'infraction.....	260
a)	L'activité médiatae	260
b)	La coactivité.....	260
c)	L'instigation (art. 24 CP).....	261
i)	Approche casuistique	261
ii)	La notion d'instigation en jurisprudence et en doctrine	262
iii)	La problématique : l'instigation dans un contexte d'investigation	263
iv)	Les solutions pour l'investigation par l'avocat.....	267
d)	La complicité (art. 25 CP).....	270
2)	La participation à une infraction propre pure	270
3)	Le moment de la participation	271
§ V.	Synthèse et conclusion intermédiaire.....	271
	<i>Section II : Les mandats présentant un élément d'extranéité territoriale</i>	<i>273</i>
§ I.	Les actes exécutés sans droit pour un État étranger (art. 271 CP).....	273
A)	Éléments constitutifs objectifs de l'art. 271 ch. 1 CP.....	274
1)	Procéder ou favoriser des actes relevant des pouvoirs publics	275
2)	Pour un État étranger, un parti étranger ou une autre organisation de l'étranger.....	276
3)	Sur le territoire suisse	277
4)	Sans y être autorisé.....	278
a)	Actes autorisés de par la loi.....	278
b)	Actes autorisés par l'autorité	279
B)	Les limites à la récolte et production de preuves en cas de procédure à l'étranger.....	279
1)	La collecte d'informations.....	280
a)	Portée de l'art. 271 ch. 1 CP concernant la collecte d'informations	280
b)	Moyens d'investigation prohibés par l'art. 271 ch. 1 CP.....	281

i)	Les moyens juridiques	281
ii)	Les moyens factuels	281
iii)	Les auditions	285
2)	La production active de documents ou la transmission d'informations dans une procédure étrangère	286
a)	La production de documents ou d'informations par une personne ne revêtant pas la qualité de partie.....	287
b)	Les documents ou informations pouvant être produits à l'étranger.....	287
c)	La production de documents ou informations à l'étranger sous la menace de sanctions pénales.....	288
d)	Avis personnel	289
3)	Les notifications	289
a)	Notifications lorsque le destinataire et son domicile ne sont pas dans le même État	290
i)	Destinataire à l'étranger, domicile en Suisse, notification au domicile en Suisse	290
ii)	Destinataire à l'étranger, domicile en Suisse, notification au destinataire à l'étranger	290
iii)	Destinataire en Suisse, domicile à l'étranger, notification au destinataire en Suisse	292
iv)	Destinataire en Suisse, domicile à l'étranger, notification au domicile à l'étranger	293
b)	Notifications par voie électronique	294
c)	Spécificités concernant l'avocat	294
i)	Les notifications de l'avocat à son client	294
ii)	Les notifications de l'avocat à des tiers	294
C)	Autorisation de procéder à des actes pour un état étranger et pour des tribunaux internationaux (art. 31 OLOGA)	295
D)	L'état de nécessité licite ou excusable (art. 17 et 18 CP).....	296
§ II.	La violation de la souveraineté territoriale étrangère (art. 299 ch. 1 al. 1 CP)	297
A)	Éléments constitutifs objectifs de l'art. 299 ch. 1 al. 1 CP.....	298
1)	L'accomplissement d'un acte officiel	298
2)	Sur le territoire d'un État étranger.....	298
3)	Sans droit.....	298
B)	Les limites à la récolte des preuves par l'avocat à l'étranger	298
1)	La collecte d'informations.....	299
a)	Les moyens juridiques	299
b)	Les moyens factuels.....	299
c)	Les auditions	300
2)	La production active de documents ou la transmission d'informations depuis l'étranger dans une procédure suisse.....	300

3) Les notifications	300
§ III. Synthèse et conclusion intermédiaire	302
<i>Section III : Les limites pénales fréquemment rencontrées dans la pratique</i>	303
§ I. L'assistance à la rédaction d'une plainte pénale	303
A) La dénonciation calomnieuse (art. 303 CP).....	303
B) La diffamation (art. 173 CP).....	304
§ II. L'utilisation d'un fait ou d'un moyen de preuve obtenus au moyen d'une infraction pénale	305
§ III. Les infractions au procès	307
A) Définitions	307
1) L'escroquerie au procès.....	307
2) Le procès fictif	308
3) La fausse déclaration d'une partie respectivement du faux témoignage en justice	308
B) Participation de l'avocat à la commission de l'infraction	308
1) Complicité à une escroquerie au procès	309
2) Complicité à un procès fictif.....	309
3) Complicité à une fausse déclaration d'une partie respectivement à un faux témoignage en justice	309
C) L'intention de l'avocat sous l'angle du dol éventuel.....	310
D) Un motif justificatif de l'avocat en raison du secret professionnel	310
1) Exemple illustrant la problématique	310
2) La solution en droit américain	311
3) La solution de droit suisse : un motif justificatif à la participation de l'infraction pour une durée limitée.....	312
a) Portée du secret professionnel en cas de commission d'une infraction par le client en cours du procès	313
b) Le secret professionnel : un motif justificatif de continuer à participer à l'infraction pour une durée limitée	315
c) La résiliation du mandat.....	316
i) Rappel des principes essentiels sur la résiliation du mandat.....	316
ii) La résiliation du mandat : une potentielle violation du secret professionnel.....	317
iii) Le droit de résilier en cas de rupture du lien de confiance : un motif justificatif à la violation du secret professionnel.....	318
d) Conclusion : une marge d'appréciation qui doit être laissée à l'avocat	318
4) Schéma de synthèse	319
§ IV. Synthèse et conclusion intermédiaire	320
Chapitre 2 : Les limites posées par les règles professionnelles.....	323
<i>Section I : Les principes généraux des règles professionnelles</i>	323

§ I. L'intention et la négligence	323
§ II. La participation	323
§ III. Les motifs justificatifs	324
§ IV. Synthèse et conclusion intermédiaire	325
<i>Section II : La responsabilité disciplinaire pour les actes commis à l'étranger</i>	<i>325</i>
<i>Section III : Les limites dans la récolte des preuves, l'allégation des faits et la production des preuves</i>	<i>326</i>
§ I. Les limites dans la récolte des preuves	327
A) Le respect de l'ordre juridique	327
B) L'utilisation de moyens juridiques appropriés	328
C) L'interdiction d'influencer les témoins	329
1) Le principe général	329
a) La prise de contact avec le témoin répond à un motif objectif	331
b) Le témoin est contacté par écrit	332
c) Précision au témoin qu'il n'est tenu ni de se présenter ni de déposer	333
d) Indication au témoin du nom du mandant dans l'intérêt duquel l'entretien est demandé.....	333
e) Entretien dans les locaux de l'avocat en l'absence du mandant et en présence d'un tiers.....	333
f) Absence de pression et interdiction de questions suggestives	334
2) Le cas particulier où le statut de partie ou de témoin de l'intéressé n'est pas clair	334
§ II. Les limites dans l'allégation des faits	335
A) L'interdiction de porter à connaissance du tribunal les propositions transactionnelles	335
1) Le principe	335
a) Délimitation de la confidentialité des discussions et correspondances	336
i) Les discussions entre avocats.....	336
ii) Les discussions entre tiers ou entre l'avocat et un tiers	337
b) Interdiction d'alléguer ou de produire, même partiellement, des pourparlers confidentiels ou transactionnels.....	338
2) L'abus des réserves d'usage	339
a) Les menaces et autres procédés déloyaux	339
b) La production de documents requis frappés du sceau de la confidentialité.....	339
3) Les discussions transactionnelles pour l'interprétation de la convention d'accord.....	340
B) L'interdiction des procédés téméraires	341
1) Le principe de l'interdiction des procédés téméraires	341
2) Les mensonges dans le procès.....	343
a) Dans le cadre d'une procédure pénale	343

b)	Dans le cadre d'une autre procédure.....	343
C)	La violation des droits de la personnalité.....	344
§ III.	Les limites dans la production des preuves.....	346
A)	La production d'un faux titre par négligence.....	346
B)	La production d'une preuve illicite.....	347
1)	Critique de l'ATF 144 II 473.....	348
2)	Portée de l'ATF 144 II 473.....	348
a)	Causes soumises à la maxime inquisitoire.....	349
b)	Procédures pénales.....	349
3)	Solutions pour produire une preuve illicite sans s'exposer à une sanction disciplinaire.....	350
§ IV.	Synthèse et conclusion intermédiaire.....	351
	Chapitre 3 : Le respect des normes de confidentialité.....	353
	<i>Section I : Le secret professionnel de l'avocat envers son client.....</i>	<i>353</i>
§ I.	Le secret professionnel et ses fondements juridiques.....	353
A)	L'art. 321 CP.....	354
B)	L'art. 13 LLCA.....	355
C)	L'art. 398 al. 2 CO.....	355
§ II.	Le bénéficiaire du secret : uniquement le client, à l'exclusion de tout autre tiers.....	356
§ III.	L'investigation, l'allégation et la présentation des moyens de preuves dans le respect du secret.....	357
A)	Les risques de violation du secret.....	357
B)	Les conséquences en cas de violation du secret.....	359
C)	Les moyens de prévenir une violation du secret.....	359
1)	Validation des écritures et des contacts avec les tiers.....	359
a)	La méthode de validation.....	360
b)	L'absence de réponse du client.....	360
c)	Portée de la validation.....	361
2)	Réglementation des informations dans le contrat de mandat.....	361
3)	Inefficacité de la procuration pour la réglementation des informations.....	362
	<i>Section II : Les normes de confidentialité dont les tiers peuvent se prévaloir.....</i>	<i>363</i>
§ I.	Présentation des principales normes de confidentialité à caractère pénal.....	363
A)	La violation du secret de fabrication ou du secret commercial (art. 162 CP ; art. 6 LCD).....	364
B)	La violation du secret professionnel (art. 321, 321 ^{bis} et 321 ^{ter} CP).....	365
C)	La violation du secret bancaire ou d'un établissement financier (art. 47 LB ; art. 69 LEFin).....	366
D)	La violation du devoir de discrétion (art. 62 LPD).....	366
§ II.	Le recel d'informations secrètes.....	367
	<i>Section III : Les infractions d'espionnage.....</i>	<i>368</i>

§ I. Présentation générale.....	369
A) Le service de renseignements politiques (art. 272 CP).....	369
B) Le service de renseignements économiques (art. 273 CP).....	370
C) Le service de renseignements militaires (art. 274 CP).....	371
§ II. Motifs justificatifs aux infractions d'espionnage	371
1) Rappel : les motifs justificatifs de l'avocat (art. 14 CP)	372
2) La légitime défense (art. 15 CP) et l'état de nécessité licite ou excusable (art. 17-18 CP)	373
§ III. Synthèse et conclusion intermédiaire.....	373
Synthèse et conclusion finale	375
<i>Synthèse de la première partie : la maîtrise des faits</i>	<i>375</i>
<i>Synthèse de la deuxième partie : l'investigation des faits.....</i>	<i>376</i>
<i>Synthèse de la troisième partie : les limites de l'avocat</i>	<i>379</i>
<i>Conclusion finale</i>	<i>382</i>
<i>Bibliographie</i>	<i>387</i>
Monographies et articles	387
Commentaires	422
Annexes.....	427
<i>Annexe 1 : Usages du barreau vaudois du 5 octobre 1998.....</i>	<i>427</i>
<i>Annexe 2 : Exemple de tableau des frais de procès prévisibles</i>	<i>429</i>
<i>Annexe 3 : Modèle de contrat de mandat (engagement letter).....</i>	<i>435</i>
<i>Annexe 4 : Modèle de fiche de préparation des auditions.....</i>	<i>438</i>
<i>Annexe 5 : Modèle de contrat d'auxiliaire dans un mandat</i>	<i>439</i>
<i>Annexe 6 : Modèle de courrier de prise de contact avec un témoin.....</i>	<i>441</i>
<i>Annexe 7 : Modèle de procès-verbal d'audition d'un témoin par un avocat</i>	<i>442</i>
Table des matières.....	445