

Tano Barth

La maîtrise des faits par l'avocat

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



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

Citation suggérée de l'ouvrage: TANO BARTH, *La maîtrise des faits par l'avocat – Devoirs et limites durant l'investigation, l'allégation et la présentation des moyens de preuve*, « Collection Genevoise », Genève/Zurich 2022, Schulthess Éditions Romandes

Thèse n° 1035 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

ISBN 978-3-7255-8909-8

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · 2022
www.schulthess.com

Diffusion en France: LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

*à mon épouse, Andreea
à mon père, Alexander*

Remerciements

La rédaction d'une thèse de doctorat est certes un parcours solitaire, mais qui ne pourrait voir le jour sans le précieux soutien de certaines personnes.

Je tiens tout d'abord à exprimer ma profonde gratitude au Professeur Benoît Chappuis, qui a été mon directeur de thèse. La rédiger sous sa direction était une formidable expérience. Sa disponibilité et son soutien m'ont énormément touché. C'était un réel plaisir que d'échanger sur divers sujets et je lui suis particulièrement reconnaissant d'avoir toujours écouté avec attention mes opinions lorsque nous avons des divergences de vue, acceptant avec plaisir une vision différente de la sienne avec énormément de bienveillance. Un grand merci pour tout ce suivi et tous ces agréables échanges du fond du cœur.

Je remercie également les Professeurs François Bohnet, Nicolas Jeandin et Yvan Jeanneret, membres du jury lors de ma soutenance de thèse. Leurs observations et leurs critiques ont permis de grandement améliorer ce travail.

Je tiens également à remercier Madame Carole Lager, Docteure en sciences économiques et sociales, mention sciences politiques, Directrice de l'École d'avocature et le Professeur François Bellanger pour leur précieux soutien durant mes années d'assistantat à l'École d'avocature et qui ont permis à cette thèse d'aboutir.

Un grand merci aussi à Me Grégoire Geissbühler, Docteur en droit, qui m'a donné la motivation de lancer la thèse et qui a eu le courage de relire le manuscrit complet.

Un grand merci également à Me Luc-Alain Baumberger, Me Fabio Burgener, Me Malak El Haddad, Me Janick Fenies, Me Arthur Gueorguiev, Me Célian Hirsch, Me David Papaux, Me Michel Reymond, Me Constance Salomon et Me Adrien Schneeberger pour leurs précieuses relectures et commentaires sur diverses sections de la thèse.

Finalement, rien de tout ceci n'aurait été possible sans l'indéfectible soutien de mon épouse, Andreea Vatu, et de mon père Alexander Barth. Cette thèse leur est dédiée.

Sommaire

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>	4
<i>Section II : L'utilité des avocats et des limites imposés à ceux-ci</i>	5
<i>Section III : Les limites incompréhensibles entravant la garantie d'accès à la justice</i>	8
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>	15
<i>Section II : Les devoirs et la responsabilité contractuels de l'avocat</i>	19
<i>Section III : Les devoirs du client et la conséquence de leur violation</i>	38
Chapitre 2 : Le devoir de maîtrise des faits par l'avocat	49
<i>Section I : Définition de la maîtrise des faits</i>	49
<i>Section II : Les démarches de l'avocat relatives à la maîtrise des faits</i>	56
<i>Section III : Les faits nouveaux</i>	69
Chapitre 3 : L'utilisation appropriée des faits	75
<i>Section I : Les désignations</i>	75
<i>Section II : L'allégation et l'argumentation</i>	78
<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>Section II : Les moyens factuels</i>	104
<i>Section III : Les auditions</i>	108
Chapitre 2 : La délégation de l'investigation	141
<i>Section I : La délégation de l'investigation au client</i>	141

<i>Section II : La délégation de l'investigation à un tiers</i>	147
<i>Section III : Les rétrocessions</i>	180
Chapitre 3 : Les moyens de preuve admissibles en procédure	195
<i>Section I : En procédure pénale</i>	195
<i>Section II : En procédure civile</i>	206
<i>Section III : En procédure administrative</i>	223
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>Section II : Les mandats présentant un élément d'extranéité territoriale</i>	273
<i>Section III : Les limites pénales fréquemment rencontrées dans la pratique</i>	303
Chapitre 2 : Les limites posées par les règles professionnelles	323
<i>Section I : Les principes généraux des règles professionnelles</i>	323
<i>Section II : La responsabilité disciplinaire pour les actes commis à l'étranger</i>	325
<i>Section III : Les limites dans la récolte des preuves, l'allégation des faits et la production des preuves</i>	326
Chapitre 3 : Le respect des normes de confidentialité	353
<i>Section I : Le secret professionnel de l'avocat envers son client</i>	353
<i>Section II : Les normes de confidentialité dont les tiers peuvent se prévaloir</i>	363
<i>Section III : Les infractions d'espionnage</i>	368
Synthèse et conclusion finale	375
<i>Synthèse de la première partie : la maîtrise des faits</i>	375
<i>Synthèse de la deuxième partie : l'investigation des faits</i>	376
<i>Synthèse de la troisième partie : les limites de l'avocat</i>	379
<i>Conclusion finale</i>	382
<i>Bibliographie</i>	387
Annexes	427
<i>Annexe 1 : Usages du barreau vaudois du 5 octobre 1998</i>	427
<i>Annexe 2 : Exemple de tableau des frais de procès prévisibles</i>	429
<i>Annexe 3 : Modèle de contrat de mandat (engagement letter)</i>	435
<i>Annexe 4 : Modèle de fiche de préparation des auditions</i>	438
<i>Annexe 5 : Modèle de contrat d'auxiliaire dans un mandat</i>	439

Annexe 6 : Modèle de courrier de prise de contact avec un témoin.....441
Annexe 7 : Modèle de procès-verbal d'audition d'un témoin par un avocat442
Table des matières..... 445

Table des lois et abréviations

ABA	American Bar Association (Association américaine du barreau)
Accord EIONET	Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, conclu à Bruxelles le 26 octobre 2004 (RS 0.814.092.681)
Accord FATCA Suisse-USA	Accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA, conclu à Berne le 14 février 2013 (RS 0.672.933.63)
ACEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
ACEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
AG	Argovie
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures
AK	Anwaltskammer (Chambre des avocats)
al.	alinéa
AppG	Appellationsgericht (Tribunal d'appel)
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures
art.	article
ATAF	Arrêt du Tribunal administratif fédéral (publié au recueil officiel)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral (publié au recueil officiel)
BE	Berne
BGH	Bundesgerichtshof Deutschland (Cour fédérale d'Allemagne)
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar (Commentaire bernois)
BL	Bâle-Campagne

BS	Bâle-Ville
BSK	Basler Kommentar (Commentaire bâlois)
BzGer	Bezirksgericht (Tribunal d'arrondissement)
c.	considérant
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDBF	Centre de droit bancaire et financier
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme, RS 0.101)
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
CHF	Franc suisse
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Commentaire abrégé sur le droit privé suisse)
CJ	Cour de justice
CJN/dRSK	Commentaire de jurisprudence numérique/Der digitale Rechtsprechungs-Kommentar
CLaH Preuves civiles 1970	Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, à La Haye le 18 mars 1970 (RS 0.274.132)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220).
ConstC/BE	Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993 (RS/BE 101.1)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPDT/JUNE	Arrêté portant adhésion de la République et Canton du Jura à la convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (RS/JU 170.41 ; RS/NE 150.3)
CPJA/FR	Code de procédure et de juridiction administrative, du 23 mai 1991 (RS/FR 150.1)

CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CR	Commentaire romand
CS	Cour suprême
CSD	Code suisse de déontologie
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).
Cst./FR	Constitution du canton de Fribourg, du 16 mai 2004 (RS/FR 10.1)
Cst./GE	Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (RS/GE A 2 00)
Cst./NE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 24 septembre 2000 (RS/NE 101)
Cst/VD	Constitution du Canton de Vaud, du 14 avril 2003 (RS/VD 101.01)
Déclaration universelle des droits de l'homme	Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1948
DFJP	Département fédéral de justice et police
DIAG/AI	Datenschutz-, Informations- und Archivgesetz, vom 28. April 2019 (RS/ AI 172.800)
DK	Dike Kommentar (Commentaire Dike)
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif, du 22 mars 1974 (RS 313.0)
DSG/AR	Gesetz über den Datenschutz, vom 18. Juni 2001 (RS/AR 146.1)
DSG/GL	Gesetz über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz), vom 5. Mai 2002 (RS/GL I F/1)
DSG/LU	Kantonales Gesetz über den Schutz von Personendaten (Kantonales Datenschutzgesetz), vom 2. Juli 1990 (RS/LU 38)
DSG/SG	Datenschutzgesetz vom 20. Januar 2009 (RS/SG 142.1)
DSG/TG	Gesetz über den Datenschutz, vom 9. November 1987 (RS/TG 170.7)
DSG/UR	Gesetz über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz), vom 20. Februar 1994 (RS/UR 2.2511)

DSG/ZG	Datenschutzgesetz, vom 28. September 2000 (RS/ZG 157.1)
éd.	édition
édit.	éditeur scientifique
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (Loi sur l'entraide pénale internationale) du 20 mars 1981 (RS 351.1)
ETA	Euskadi ta Askatasuna (Pays basque et liberté)
<i>etc.</i>	<i>et cetera</i>
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act (réglementation américaine unilatérale, qui est valable pour tous les pays. Elle oblige les établissements financiers étrangers à transmettre aux autorités fiscales américaines des informations relatives aux comptes américains ou à percevoir un impôt élevé).
FF	Feuille fédérale
FIFA	Fédération internationale de football association
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FR	Fribourg
FSA	Fédération suisse des avocats
GE	Genève
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GL	Glaris
GR	Grisons
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (Pratique administrative et des tribunaux du canton de Saint-Gall)
HK	Handkommentar (Commentaire abrégé)
IDAG/AG	Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen, vom 24. Oktober 2006 (RS/AG 150.700)
IDG/BL	Gesetz über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz), vom 10. Februar 2011 (RS/BL 162)

IDG/BS	Gesetz über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz), vom 9. Juni 2010 (RS/BS 153.260)
IDG/ZH	Gesetz über die Information und den Datenschutz, vom 12. Februar 2007 (RS/ZH 170.4)
IG/AR	Gesetz über Information und Akteneinsicht (Informationsgesetz) vom 28. April 1996 (RS/AR 133.1)
InfoDG/SO	Informations- und Datenschutzgesetz, vom 21. Februar 2001 (RS/SO 114.1)
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux
JU	Jura
KDSG/GR	Kantonales Datenschutzgesetz, vom 10. Juni 2001 (RS/GR 171.100)
kDSG/NW	Gesetz über den Datenschutz (Kantonales Datenschutzgesetz), vom 20. Februar 2008 (RS/NW 232.1)
kDSG/OW	Gesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz), vom 25. Januar 2008 (RS/OW 137.1)
kDSG/SH	Gesetz über den Schutz von Personendaten (Kantonales Datenschutzgesetz) vom 7. März 1994 (RS/SH 174.100)
KG	Kassationsgericht (Tribunal de cassation)
KUKO	Kurzkommentar (Petit commentaire)
KV/SG	Verfassung des Kantons St.Gallen, vom 10. Juni 2001 (RS/SG 111.1)
KV/SO	Verfassung des Kantons Solothurn, vom 8. Juni 1986 (RS/SO 111.1)
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques) du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance (Loi sur le contrat d'assurance) du 2 avril 1908 (RS 221.229.1)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241)
LCPD/BE	Loi sur la protection des données, du 19 février 1986

	(RS/BE 152.04)
LEFin	Loi fédérale sur les établissements financiers, du 15 juin 2018 (RS 954.1)
let.	lettre
LFINMA	Loi sur l’Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers) du 22 juin 2007 (RS 956.1)
LIMF	Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (Loi sur l’infrastructure des marchés financiers) du 19 juin 2015 (RS 958.1)
LIn/BE	Loi sur l'information du public (Loi sur l'information), du 2 novembre 1993 (RS/BE 107.1)
LInf/FR	Loi sur l'information et l'accès aux documents, du 9 septembre 2009 (RS/FR 17.5)
LInfo/VD	Loi sur l’information, du 24 septembre 2002 (RS/VD 170.21)
LIPAD/GE	Loi sur l’information du public, l’accès aux documents et la protection des données personnelles (RS/GE A 2 08)
LIPDA/VS	Loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage, du 9 octobre 2008 (RS/VS 170.2)
LIT/TI	Legge sull’informazione e sulla trasparenza dello Stato, del 15 marzo 2011 (RS/TI 162.100)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats) du 23 juin 2000 (RS 935.61)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPA/GE	Loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (RS/GE E 5 10)
LPA/VD	Loi sur la procédure administrative, du 28 octobre 2008 (RS/VD 173.36)
LPAm/ TI	Legge sulla procedura amministrativa, del 24 settembre 2013 (RS/TI 165.100)
LPAv/GE	Loi sur la profession d’avocat, du 26 avril 2002 (RS E 6 10)

LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 20 septembre 2020 (RS 235.1)
LPDP/TI	Legge sulla protezione dei dati personali, del 9 marzo 1987 (RS/TI 163.100)
LPJA/BE	Loi sur la procédure et la juridiction administratives, du 23 mai 1989 (RS/BE 155.21)
LPJA/NE	Loi sur la procédure et la juridiction administratives, du 27 juin 1979 (RS/NE 152.130)
LPJA/VS	Loi sur la procédure et la juridiction administratives, du 6 octobre 1976 (RS/VS 172.6)
LPJAC/JU	Loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle (Code de procédure administrative), du 30 novembre 1978 (RS/JU 175.1)
LPMéd	Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales) du 23 juin 2006 (RS 811.11)
LPdD/FR	Loi sur la protection des données, du 25 novembre 1994 (RS/FR 17.1)
LPdD/VD	Loi sur la protection des données personnelles, du 11 septembre 2007 (RS/VD 172.65)
LSA	Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance (Loi sur la surveillance des assurances) du 17 décembre 2004 (RS 961.01)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTrans	Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence) du 17 décembre 2004 (RS 152.3)
LU	Lucerne
N	numéro
n.	note de bas de page
NE	Neuchâtel
NW	Nidwald
OCR	Optical Character Recognition (Reconnaissance optique de caractères)
ÖDSG/SZ	Gesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz, vom 23. Mai 2007 (RS/SZ 140.410)

OeffG/SG	Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz), vom 18. November 2014 (RS/SG 140.2)
OeG/UR	Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der kantonalen Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz), vom 26. November 2006 (RS/UR 2.2711)
OFJ	Office fédéral de la justice
OFK	Orell Füssli Kommentar (Commentaire Orell Füssli)
OG	Obergericht (Tribunal supérieur)
ÖG/GR	Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip (Öffentlichkeitsgesetz) vom 19. April 2016 (RS/GR 171.000)
ÖG/ZG	Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz), vom 20. Februar 2014 (RS/ZG 158.1)
OIMes	Ordonnance sur les instruments de mesure du 15 février 2006 (RS 941.210)
OLOGA	Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, du 25 novembre 1998 (RS 172.010.1)
OLT 3	Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail, du 18 août 1993 (RS 822.113)
ONU	Organisation des Nations unies
Ordonnance Interpol	Ordonnance concernant le Bureau central national Interpol Bern du 21 juin 2013 (RS 366.1)
OrgG/SH	Gesetz über die Organisation der Regierungs- und Verwaltungstätigkeit (Organisationsgesetz) vom 18. Februar 1985 (RS/SH 172.100)
OS	Ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (Ordonnance sur la surveillance) du 9 novembre 2005 (RS 961.011)
OW	Obwald
p.	page
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
Pacte ONU II	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques conclu à New York le 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)

PC	Petit commentaire
PCEF/ZZZ	Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée/Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale, du 4 décembre 1947 (RS 273)
PDF	Portable Document Format (Format de document portable)
phr.	phrase
PJA/AJP	Pratique Juridique Actuelle/ Aktuelle Juristische Praxis
PK	Praxiskommentar (Commentaire pratique)
PKG	Praxis de Kantonsgerichts Graubünden (Pratique du Tribunal cantonal des Grisons)
PLO	Palestine Liberation Organization (Organisation de libération de la Palestine)
Principes de base de l'ONU relatifs au rôle du barreau	Principes de base relatifs au rôle du barreau, Adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
REAS/HAVE	Responsabilité et Assurances/Haftung und Versicherung
RMA	Revue de la protection des mineurs et des adultes
RPS/ZStrR	Revue Pénale Suisse/Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
RS	Recueil systématique
RSDA/SZW	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier/Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
RSDIE/SZIER	Revue suisse de droit international et européen/Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht
RSJ/SJZ	Revue Suisse de Jurisprudence/Schweizerische Juristen-Zeitung
RSPC/SZZP	Revue suisse de procédure civile/Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht

RTFMP/GE	Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale du 22 décembre 2010 (RS/GE E 4 10.03)
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SG	Saint-Gall
SH	Schaffhouse
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SJ	Semaine judiciaire
SK	Schulthess Kommentar (Commentaire Schulthess)
SO	Soleure
ss	et suivants
StK	Stämpfli Kommentar (Commentaire Stämpfli)
SZ	Schwytz
TAF	Arrêt du Tribunal administratif fédéral (non publié au recueil officiel)
TC	Tribunal cantonal
TD	Tribunal de district
TF	Arrêt du Tribunal fédéral (non publié au recueil officiel)
TFB	Arrêt du Tribunal fédéral des brevets
TG	Thurgovie
TI	Tessin
TPF	Arrêt du Tribunal pénal fédéral (non publié au recueil officiel)
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UR	Uri
USA	United States of America (États-Unis d'Amérique)
VD	Vaud
Verfassung/AG	Verfassung des Kantons Aargau, vom 25. Juni 1980 (RS/AG 110.000)
Verfassung/AR	Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden, vom 30. April 1995 (RS/AR 111.1)
Verfassung/BL	Verfassung des Kantons Basel-Landschaft, vom 17. Mai 1984 (RS/BL 100)

Verfassung/BS	Verfassung des Kantons Basel-Stadt, vom 23. März 2005 (RS/BS 111.100)
Verfassung/SH	Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002 (RS/SH 101.000)
Verfassung/SZ	Verfassung des Kantons Schwyz, vom 24. November 2010 (RS/SZ 100.100)
Verfassung/ZH	Verfassung des Kantons Zürich, vom 27. Februar 2005 (RS/ZH 101)
VerwVG/AI	Verwaltungsverfahrensgesetz, vom 30. April 2000 (RS/AI 172.600)
VG	Verwaltungsgericht (Tribunal administratif)
VRG/GR	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, vom 31. August 2006 (RS/GR 370.100)
VRG/LU	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, vom 3. Juli 1972 (RS/LU 40)
VRG/NW	Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz), vom 08. Februar 1985 (RS/NW 265.1)
VRG/TG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, vom 23. Februar 1981 (RS/TG 170.1)
VRG/ZG	Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz), vom 1. April 1976
VRG/ZH	Verwaltungsrechtspflegegesetz, vom 24. Mai 1959 (RS/ZH 175.2)
VRP/SG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, vom 16. Mai 1965 (RS/SG 951.1)
VRP/SZ	Verwaltungsrechtspflegegesetz, vom 6. Juni 1974 (RS/SZ 234.110)
VRPG/AG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz), vom 4. Dezember 2007 (RS/AG 271.200)
VRPG/AR	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, vom 9. September 2002 (RS/AR 143.1)
VRPG/BS	Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege, vom 14. Juni 1928 (RS/BS 270.100)

VRPG/GL	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz), vom 4. Mai 1986 (RS/GL III G/1)
VRPG/SH	Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz), vom 20. September 1971 (RS/SH 172.200)
VRPG/SO	Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz), vom 15. November 1970 (RS/SO 124.11)
VRPV/UR	Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege, vom 23. März 1994 (RS/UR 2.2345)
VS	Valais
VwVG/BL	Verwaltungsverfahrensgesetz Basel-Landschaft, vom 13. Juni 1988 (RS/BL 175)
VwVVO/OW	Verordnung über das Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren (Verwaltungsverfahrensverordnung), vom 29. Januar 1998 (RS/OW 133.21)
ZG	Zoug
ZH	Zurich
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Fiches de jurisprudence zurichoise)

Avant-propos

Le présent travail est académique et présente forcément une réflexion théorique. Son but est cependant d'être utile et accessible à la pratique. L'idée est qu'un lecteur pressé puisse malgré tout facilement trouver l'information recherchée. C'est pourquoi les **mots clés** sont mis en évidence en gras et les paragraphes numérotés. Sous réserve des sections particulièrement brèves, celles-ci se terminent par une synthèse et une conclusion intermédiaire. Les trois parties du travail font l'objet d'une **synthèse** en quelques pages à la fin (p. 375-382). Le lecteur pressé pourra ainsi en quelques pages voir le résumé de tous les propos du travail et ensuite se rendre à la section traitant du propos dont il nécessiterait des informations plus détaillées.

Afin que le présent travail soit facilement accessible, divers propos sont illustrés par des **exemples**, parfois même par des **schémas**. Afin de rendre plus aisé de retrouver les sources, chaque auteur d'un commentaire cité figure dans la section bibliographique « **monographies et articles** » (p. 403-435) tandis que les commentaires en tant que tel, classés dans l'ordre alphabétique des éditeurs, figurent dans la section « **commentaires** » (p. 436-439). Ceci conduit cependant à des doublons entre les monographies et articles d'une part et les commentaires d'autre part, lorsque les auteurs et éditeurs d'un commentaire en entiers sont les mêmes.

« *The justice system works swiftly in the future now that they've abolished all lawyers* ».

– Emmett BROWN, *Back to the Future II*

Introduction

1. La citation de « *Back to the Future II* » mise en exergue pourrait apparaître comme une boutade. Elle n'est pourtant pas très éloignée de la perception du métier d'avocat par le public. Divers cantons, au XIX^e siècle, refusaient l'intervention d'avocats, notamment le canton de Schaffhouse (art. 20 de sa Constitution de 1831), le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 4 de sa Constitution de 1831 et art. 5 de sa Constitution de 1859) ou encore dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures (*Gerichtsordnung* de 1873)¹. Dans le canton de Berne, divers membres du pouvoir législatif tentèrent de faire interdire les avocats dans les procès civils, au motif qu'ils interviendraient avant tout dans leur propre intérêt financier et mettraient en difficulté de nombreuses familles².

2. Ceci révèle la méfiance et les clichés circulant de longue date à l'égard des avocats. Ceux-ci ne feraient que compliquer et ralentir les procès. Ils n'agiraient que dans leur propre intérêt. Cette image est encore véhiculée aujourd'hui : des faits portés à connaissance d'un juge se suffiraient à eux-mêmes pour que la justice fasse son travail³.

3. Il nous semble dès lors important, afin de comprendre la problématique, d'expliquer brièvement l'historique des avocats et des limites imposées à ceux-ci (**section I**), le contexte actuel de l'utilité tant des avocats que des limites imposées à ceux-ci, lesquelles sont les deux facettes d'une même médaille de la garantie d'accès à la justice (**section II**) afin d'arriver à la problématique actuelle de certaines limites incompréhensibles posées à l'avocat, lesquelles peuvent entraver son exercice de la profession et donc, la garantie d'accès à la justice (**section III**).

¹ BOHNET F./MARTENET V., *Avocat*, N 48 ; ZÜRCHER E., *Advokatur*, p. 29.

² BOHNET F./MARTENET V., *Avocat*, n. 61 ; ZÜRCHER E., *Advokatur*, p. 22.

³ MICHEL J.-C., *Méthode de l'avocat*, p. 22-23.

Section I : Histoire de la profession d'avocat et de sa réglementation

4. Les **premières personnes pouvant être décrites comme des « avocats »** étaient probablement les **orateurs de l'Athènes antique**. Cependant, les orateurs athéniens se heurtaient à l'obstacle que seul un ami ou une personne agissant comme un ami pouvait assister une partie lors d'un procès, le principe étant que les parties étaient censées plaider leur propre cause. Une représentation à titre professionnel – c'est-à-dire, qu'un orateur fasse de sa profession le fait de plaider la cause d'autrui – était proscrite. L'orateur était censé être un citoyen ordinaire – non formé juridiquement – aidant généreusement et gratuitement un ami⁴.

5. Ce n'est que dans la **Rome antique**, sous l'empereur romain Claude (Tiberius Claudius Drusus) peu après la naissance de Jésus-Christ, que la profession d'avocat, à titre de métier, fut légalisée. Ces avocats – à l'instar des orateurs grecs – ne furent cependant pas formés juridiquement, mais uniquement en la rhétorique⁵. Ces **avocats** – qui avaient la fonction d'*orator* – se distinguaient des **jurisconsultes**, lesquels avaient pour fonction d'interpréter des règles juridiques et de conseiller juridiquement les citoyens⁶. Jusqu'à la légalisation de la profession d'avocat à titre de métier, tant la profession de jurisconsulte que celle d'avocat n'étaient soumises à aucune règle professionnelle⁷. Les **premières règles professionnelles** encadrant le métier d'avocat apparurent sous l'empereur romain Claude, en contrepartie de la légalisation du métier d'avocat à titre professionnel. Cette réglementation s'accéléra sous le règne de l'empereur Hadrien (Publius Aelius Hadrianus) entre les années 117 et 138. Au début de l'Empire Byzantin (années 395) la profession d'avocat était considérée comme un métier fortement réglementé⁸ et les études pour devenir avocat ne consistaient plus uniquement en de la formation rhétorique, mais également en une formation juridique⁹.

6. La naissance même de la profession d'avocat dans l'histoire montre que dès le début, il était considéré qu'afin que le métier d'avocat pût être exercé à titre professionnel, une réglementation de celui-ci était nécessaire.

⁴ BONNER Robert, *Lawyers and Litigants in Ancient Athens: The Genesis of the Legal Profession*, New York (Benjamin Blom) 1927, p. 204-209.

⁵ CROOK J., Rome, p. 88.

⁶ BONFANTE P., *Droit romain*, p. 290.

⁷ CROOK J., Rome, p. 88.

⁸ SCHULZ F., *Roman Legal Science*, p. 113.

⁹ JONES A, *Roman Empire*.

Section II : L'utilité des avocats et des limites imposés à ceux-ci

7. Contrairement à divers clichés véhiculés sur l'avocat, celui-ci ne complexifie pas l'accès à la justice mais au contraire, **sert l'accès à la justice**. Une solution juste se dégage rarement facilement ou spontanément d'un état de fait. Cet état de fait doit être présenté de manière pertinente eu égard aux règles juridiques le régissant et dans le respect des règles de procédure. L'intervention de l'avocat sert à la fois le travail de la justice et les intérêts du client. Elle commence bien en amont du procès : comprendre ce que veut le client ; se faire exposer, comprendre, sélectionner et alléguer les faits pertinents ; identifier les règles de droit applicables, apprécier la position du client à la lumière du droit, exposer au client les chances de succès, les risques du procès et les faiblesses de ses attentes, exprimer le droit et concevoir les conclusions, c'est-à-dire ce que demande le client à la justice¹⁰.

8. L'intervention de l'avocat sert l'accès à la justice aussi **en dehors du contentieux judiciaire**. À titre d'exemple, lorsque l'avocat rédige un **contrat** pour son client, il essaiera de comprendre la volonté des parties et posera les questions parfois épineuses des situations à régler, permettant aux parties d'avoir un accord – ou de se rendre compte qu'elles ne souhaitent finalement pas d'accord – sur des points qui, s'ils n'étaient pas réglés ou discutés, risqueraient d'aboutir à une dispute devant les tribunaux.

9. Les **Principes de base de l'ONU** relatifs au rôle du barreau rappellent d'ailleurs en préambule que « la protection adéquate des libertés fondamentales et des droits de l'homme, qu'ils soient économiques, sociaux et culturels ou civils et politiques, dont toute personne doit pouvoir jouir, exige que chacun ait effectivement accès à des services juridiques fournis par des avocats indépendants ». L'avocat y est reconnu comme un acteur fondamental de l'état de droit, garant des droits humains et des libertés fondamentales¹¹.

10. La **Cour européenne des droits de l'homme** rappelle le statut spécifique des avocats comme garants de l'accès à la justice lesquels ont une position centrale dans l'administration de la justice de par leur position comme « **intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux** »¹². Cette position est également soutenue par le **Parlement européen**, lequel « reconnaît sans réserve le rôle crucial que les professions juridiques jouent dans une société démocratique pour garantir le respect des droits fondamentaux, l'état de droit et la sécurité dans l'application de la loi, tant quand des avocats représentent et

¹⁰ MICHEL J.-C., *Méthode de l'avocat*, p. 23.

¹¹ GIROUD S./SUARET-BLASER S., *Principes de base ONU*, p. 391.

¹² ACEDH *Foglia c. Suisse*, du 13.12.2007, requête n° 35865/04, ch. 8.

défendent leurs clients devant les tribunaux que quand ils leur donnent des conseils juridiques »¹³. Le **Conseil des barreaux européens** défend une position similaire, considérant qu'un « avocat, qu'il intervienne pour un citoyen, une entreprise ou l'État, a pour mission de conseiller et de représenter fidèlement le client, d'agir comme un professionnel respecté par les tiers, et un acteur indispensable à la bonne administration de la justice. En intégrant tous ces aspects, l'avocat, qui sert les intérêts de son client et veille au respect des droits de ce dernier, assure également une fonction sociale, qui est de prévenir et d'éviter les conflits, de veiller à les résoudre conformément au droit, pour favoriser l'évolution du droit et défendre la liberté, la justice et l'État de droit »¹⁴.

11. Les garanties générales de procédure de la Constitution fédérale dans le cadre du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) confèrent d'ailleurs dans toutes les procédures – pénales, civiles et administratives – le droit de se faire représenter et assister par un avocat¹⁵, et si la personne ne dispose pas de ressources suffisantes, que sa cause ne paraisse pas dépourvue de toute chance de succès et que la sauvegarde de ses droits requiert l'assistance d'un avocat, la Constitution fédérale garantit l'assistance gratuite d'un avocat (art. 29 al. 3 Cst.). Ces garanties générales de procédure – également protégées par l'art. 6 CEDH pour les procédures civiles et pénales – servent à concourir à l'existence d'un État de droit, à la bonne administration de la justice ainsi qu'à l'équité des procédures judiciaires. L'avocat, en tant qu'intermédiaire, y contribue également¹⁶.

12. Ce rôle particulier que revêt l'avocat en procédure lui permet de jouir de **certaines prérogatives procédurales**, dont quelques-unes seront analysées ultérieurement dans le cadre de cette thèse. L'avocat se voit ainsi **conférer les mêmes droits que la partie qu'il défend au procès**, tel que le droit de diffamer¹⁷ ou encore, dans le cadre de la défense pénale du prévenu, le droit de mentir (art. 113 CPP)¹⁸. Il dispose également du droit de se voir envoyer le **dossier original d'une procédure** à son étude¹⁹ et même de consulter certaines pièces auxquelles la partie elle-même n'aurait pas accès²⁰. Un des derniers exemples de prérogative – couplé à un devoir – de l'avocat est le **secret professionnel**, qui assure son indépendance face aux tiers et protège l'exercice

¹³ Résolution du Parlement européen P6_TA(2006)0108 du 23.03.2006, ch. 1.

¹⁴ Charte des principes essentiels de l'avocat européen, du 17.05.2019, N 6.

¹⁵ ATF 132 V 443, c. 3.1 ; ATF 119 Ia 260, c. 6a ; ATF 105 Ia 288, c. 2b.

¹⁶ BOHNET F./MARTENET V., *Avocat*, N 483.

¹⁷ Sur le droit de diffamation, *infra* N 1029-1045.

¹⁸ Sur le droit de mentir, dans le cadre de la défense pénale du prévenu : *infra* N 1420-1421.

¹⁹ Sur le droit de recevoir le dossier original de la procédure à l'étude : *infra* N 367-374.

²⁰ ATF 146 IV 218, c. 3 ; TF, 1B_445/2012 du 08.11.2012, c. 3-4.

de la profession, ce qui est dans l'intérêt de l'administration de la justice. Il préserve cependant également les droits du justiciable, qui doit pouvoir compter sur la discrétion de son mandataire, et est ainsi essentiel à la consécration effective des droits matériels de celui-ci²¹. L'institution du secret professionnel sert tant les intérêts de l'avocat et de son client que ceux de la justice²².

13. La conséquence de ces prérogatives et de ce statut central de l'avocat garantissant l'accès à la justice, comme intermédiaire entre les justiciables et les tribunaux, réside en ce qu'il est nécessaire de soumettre celui-ci à certaines **règles professionnelles** et au contrôle d'une **autorité de surveillance**²³. Cette nécessité de soumettre l'avocat à des règles professionnelles, déjà reconnue à l'époque romaine²⁴, est concrétisée en droit suisse par la LLCA, qui lui impose divers devoirs. Ces règles professionnelles, instituées par le droit public²⁵, n'ont pas pour seuls bénéficiaires les clients, mais aussi, dans une certaine mesure, les confrères, les autorités et l'ensemble des justiciables²⁶.

14. Finalement, même si les droits des parties au procès sont transposés à l'avocat – tel que le droit de diffamer la partie adverse – l'avocat, comme tout citoyen, se doit de respecter le **droit pénal**. Son rôle de garant de l'accès à la justice lui confère la possibilité, à certaines conditions, de se prévaloir, dans l'exercice de son métier, d'un **motif justificatif** à l'encontre de certaines infractions qui pourraient lui être reprochées²⁷, par exemple l'utilisation d'un **faux dans les titres par dol éventuel** (art. 251 CP), vu le devoir de prouver de l'avocat et les difficultés de vérifier certaines pièces fournies par le client. En revanche, ce motif justificatif ne protège pas l'avocat lorsqu'il savait que la pièce produite était fautive²⁸.

15. Nous avons donc vu que, depuis l'époque romaine, il a été reconnu tant la nécessité et l'utilité des avocats que l'importance de soumettre ceux-ci à des règles professionnelles, afin que ceux-ci continuent de garantir l'accès à la justice. Nous avons également vu que les avocats, en Suisse, jouissent aujourd'hui de diverses prérogatives, mais aussi de diverses obligations et limites – lesquelles seront analysées de manière plus étendue dans le cadre de cette thèse – imposées par les règles professionnelles et le droit pénal, limites

²¹ TF, 2C_587/2012 du 24.10.2012, c. 2.4 ; CJ GE, ATA/280/2022 du 15.03.2022, c. 4a.

²² ATF 117 Ia 341, c. 6.

²³ TF, du 18.10.1985, in RDAF 1986 p. 157, c. 2b ; ACEDH *Schöpfer c. Suisse*, du 20.05.1998, requête n° 56/1997/840/1046, ch. 29 ; ACEDH *Casado Coca c. Espagne*, du 24.02.1994, requête n° 15450/89, ch. 54.

²⁴ *Supra* N 5.

²⁵ ATF 103 Ia 426, JdT 1979 I p. 115, c. 3.

²⁶ ATF 144 II 473 c. 4.1 ; TF, 2C_354/2021 du 24.08.2021, c. 4.1.

²⁷ Sur les motifs justificatifs de l'avocat : *infra* N 1025-1090.

²⁸ *Supra* N 1005-1024.

qui servent à garantir l'accès à la justice, dans le cadre d'un procès équitable. C'est ce qui nous amène cependant à la problématique de cette thèse, que nous allons aborder à présent, à savoir que diverses limites récemment posées aux avocats n'ont plus pour effet de garantir l'accès à la justice, mais au contraire de restreindre l'accès à celle-ci.

Section III : Les limites incompréhensibles entravant la garantie d'accès à la justice

16. Les limites posées tant par le droit pénal que par les règles professionnelles se justifient afin que l'avocat conserve sa fonction de garant de l'accès à la justice. Nous présenterons ci-dessous deux exemples de limites fixées à l'avocat lesquelles servent justement à maintenir un bon fonctionnement de l'accès à la justice (§ I.), puis deux exemples de limites fixées à l'avocat lesquelles n'apparaissent pas servir cet intérêt, mais ont, au contraire, pour conséquence de restreindre l'accès à la justice du justiciable (§ II.). Ces exemples nous permettront d'illustrer la problématique : les limites injustifiées à la maîtrise des faits posées à l'avocat et de présenter cette problématique : où placer le curseur des limites à l'avocat dans le cadre de la maîtrise des faits (§ III.) ?

§ I. Deux exemples de limites posées à l'avocat justifiées par l'accès à la justice

17. Le premier exemple de limite justifiée par la garantie de l'accès à la justice posée à l'avocat est l'**interdiction d'influencer les témoins**. Cette limite – analysée plus en détail dans le cadre de cette thèse²⁹ – posée par l'art. 12 let. a LLCA interprété à la lumière de l'art. 7 CSD interdit à l'avocat d'influencer les témoins. Elle est indispensable à la bonne marche d'un procès. La conception du droit suisse est que le juge doit pouvoir auditionner les témoins sans qu'ils n'aient été préparés à l'audience. Alors que le devoir du juge de procéder à l'audition des témoins, la tâche de l'avocat consiste à demander au juge l'audition du témoin. Cette limite n'entrave donc pas l'accès à la justice du justiciable et contribue à la garantie d'accès à la justice.

²⁹ *Infra* N 1359-1383.

18. Le deuxième exemple de limite justifiée par la garantie de l'accès à la justice posée à l'avocat est **l'interdiction de mentionner ou produire des discussions transactionnelles en procédure**. Cette limite – analysée plus en détail dans le cadre de cette thèse³⁰ – posée par l'art. 12 let. a LLCA interprétée à la lumière des art. 6 et 26 du CSD interdit à l'avocat de mentionner ou produire en justice des discussions transactionnelles confidentielles. Elle est indispensable à la garantie d'accès à la justice, compte tenu de l'importance des pourparlers transactionnels. S'il existait un risque que ceux-ci puissent être produits ou mentionnés au tribunal, les parties seraient moins prêtes à des concessions, par peur que l'offre soit utilisée contre elles. C'est le devoir de l'avocat d'ailleurs, conformément à l'art. 12 let. a LLCA interprété à la lumière de l'art. 9 CSD, que de s'efforcer de régler les litiges à l'amiable. Cette limite n'entrave donc pas l'accès à la justice du justiciable et contribue à la garantie d'accès à la justice, en particulier par la résolution à l'amiable des litiges.

§ II. Deux exemples de limites posées à l'avocat restreignant l'accès à la justice

19. Après avoir vu les exemples de limites justifiées par la garantie de l'accès à la justice, nous allons à présent examiner deux exemples de limites qui au contraire, restreignent l'accès à la justice.

20. Le premier exemple de limite qui restreint l'accès à la justice est **l'interdiction de poser à un fonctionnaire une question dont la réponse est soumise au secret de fonction**. L'arrêt du Tribunal fédéral ayant posé ce principe³¹ sera examiné de manière détaillée dans la thèse³². Le principe découlant de cet arrêt est le suivant : un avocat qui pose une question à un fonctionnaire dont la réponse est soumise au secret de fonction commet une infraction pénale, à savoir une instigation à la violation du secret de fonction (art. 24 et 320 CP). Cet arrêt du Tribunal fédéral confère à l'avocat un rôle qui n'est pas le sien, à savoir, en amont d'un procès ou d'une enquête, de déterminer ce qui est ou non soumis au secret de fonction, avec pour injonction de ne pas poser de question dont les réponses seraient soumises au secret de fonction. Or faire le tri de ce qui est et n'est pas soumis au secret de fonction n'est pas une tâche de l'avocat, mais de l'État. En posant ce principe, une tâche essentielle de l'avocat – investiguer les faits – est entravée, car l'avocat se retrouve empêché de poser des questions dès qu'elles pourraient

³⁰ *Infra* N 1385-1414.

³¹ TF, 4D_42/2015 du 03.11.2015.

³² *Infra* N 1105-1129.

être soumises à un secret. Cette limitation est ainsi une restriction à l'accès à la justice du justiciable, car l'avocat ne peut plus librement investiguer les faits.

21. Le deuxième exemple de limite qui restreint l'accès à la justice est **l'interdiction, en procédure civile, de produire une preuve illicite**. Un auteur de doctrine va même plus loin et soutient que même en procédure pénale, l'avocat n'aurait pas le droit de produire de preuve illicite³³. L'arrêt du Tribunal fédéral ayant posé ce principe d'interdiction de produire une preuve illicite en procédure civile³⁴ sera examiné de manière détaillée dans la thèse³⁵. Le principe découlant de cet arrêt est le suivant : en procédure civile, l'avocat qui produit une preuve illicite viole son devoir de diligence au sens de l'art. 12 let. a LLCA, à moins qu'il ait de bonnes raisons de penser qu'elle sera exploitable. Ce principe qui a été posé a pour effet qu'une tâche incombant au juge – statuer sur la recevabilité des preuves – a été reportée sur l'avocat, qui, dans un tel contexte, est devenu une sorte d'auxiliaire du juge. C'est une situation très difficile pour l'avocat, car il est impossible de prédire si une preuve sera déclarée recevable ou non. La conséquence directe de cet arrêt est qu'en cas de doute sur la recevabilité d'une preuve illicite, l'avocat sera réticent à la produire – par crainte d'une sanction disciplinaire –, alors même que la preuve, si elle est déclarée recevable, pourrait potentiellement aider le client et pourrait ainsi lui permettre d'accéder à la justice. Ce principe restreint donc l'accès à la justice des justiciable et, pire encore, met l'avocat dans une situation de conflit d'intérêts, en ce sens que ses propres intérêts – ne pas être sanctionné disciplinairement – sont mis en opposition avec les intérêts du client – produire une preuve potentiellement illicite afin de préserver au mieux ses intérêts. Comme nous le verrons d'ailleurs dans la thèse, déterminer si une preuve est licite ou illicite n'est pas toujours chose aisée³⁶.

§ III. La problématique : où placer le curseur des limites à poser à l'avocat dans le cadre de la maîtrise des faits ?

22. Nous avons donc vu deux limites qui servent la garantie d'accès à la justice, et deux limites qui desservent la garantie d'accès à la justice. Ces exemples permettent d'illustrer la problématique : où le curseur des limites à l'avocat dans la maîtrise des faits doit-il être placé ? En d'autres termes, sur

³³ GURTNER J., ATF 144 II 473, p. 590-591.

³⁴ ATF 144 II 473, résumé *in* www.lawinside.ch/670/, c. 5.

³⁵ *Infra* N 1440-1455.

³⁶ Sur les preuves illicites en procédure pénale : *infra* N 846-888 ; en procédure civile : *infra* N 889-963 ; en procédure administrative : *infra* N 964-979.

quels critères faut-il se fonder pour déterminer quelles limites poser aux avocats ?

23. Le critère central, nous l'avons déjà vu, doit être la garantie de l'accès à la justice, car c'est là le **rôle de l'avocat** : garantir l'accès à la justice, en défendant le point de vue subjectif des justiciables, en prenant l'état de fait présenté par ceux-ci, en l'analysant, l'investiguant et les complétant selon ses compétences juridiques, puis en effectuant les démarches nécessaires, afin de satisfaire au mieux l'intérêt et la volonté de son client.

24. Afin de présenter en détail la problématique, les limites, les critères à poser pour évaluer ces limites et également afin de trouver des solutions à ces limites en l'état actuel du droit, nous procéderons en trois parties.

25. La **première partie** sera consacrée à la **maîtrise des faits**. Nous y analyserons tous les devoirs de l'avocat, découlant de son rapport de mandat avec le client, afin de satisfaire à son devoir de diligence au regard de la maîtrise des faits. Dans cette première partie, après une analyse des **principaux devoirs contractuels de l'avocat et du client (chapitre 1)**, nous examinerons plus en détail le **devoir de maîtrise des faits de l'avocat (chapitre 2)** puis **comment utiliser ces faits de manière appropriée (chapitre 3)**.

26. La **deuxième partie** sera consacrée à l'**investigation des faits**, c'est-à-dire la manière dont l'avocat établit l'état de fait et se procure les moyens de preuve. Nous y examinerons successivement : les **moyens d'investigation de l'avocat (chapitre 1)**, la **délégation de l'investigation** par celui-ci (**chapitre 2**) et finalement les **moyens de preuve admissibles en procédure (chapitre 3)**.

27. La **troisième et dernière partie** présentera les **limites posées à l'avocat** durant l'investigation, l'allégation et la production des moyens de preuve. Nous y examinerons successivement les **limites pénales (chapitre 1)**, les **limites posées par les règles professionnelles (chapitre 2)** et finalement les limites qu'imposent les **normes de confidentialité (chapitre 3)**.

