

La levée du secret professionnel du notaire par l'autorité de surveillance selon
l'article 321 chiffre 2 du code pénal dans les cantons de Berne, Vaud, Genève,
Fribourg et Argovie

MÉMOIRE

présenté

par

Manon Nicole

sous la direction du

Professeur Denis Piotet

Lausanne, le 10 mai 2019

Table des matières

I. Introduction.....	1
II. Secret professionnel du notaire.....	1
A. Fondements.....	2
B. Objet.....	3
C. Violation.....	5
D. Personnes assujetties.....	5
E. Distinction avec le secret professionnel de l’avocat.....	6
III. Levée du secret professionnel.....	8
A. Levée du secret professionnel par l’intéressé.....	8
B. Levée du secret professionnel par l’autorité de surveillance.....	9
1. Généralités.....	9
2. Lois cantonales sur le notariat.....	9
3. Procédure.....	11
a. Applicabilité des lois cantonales de procédure administrative.....	11
aa. Vaud.....	11
bb. Genève.....	12
cc. Fribourg.....	13
dd. Argovie.....	14
b. Autorité compétente.....	14
c. Dépôt de la requête.....	15
d. Participation à la procédure.....	16
aa. Notion de qualité de partie.....	16
bb. Qualité de partie du professionnel.....	18
cc. Qualité de partie du client.....	18
i. Évolution de la jurisprudence.....	18
ii. L’arrêt 2C_587/2012.....	19
iii. Dépôt de la requête.....	21
iv. Comportement de l’autorité.....	21
v. Protection du secret contre les tiers.....	22
vi. Le cas du notaire.....	22
dd. Qualité de partie du tiers.....	23
i. Dépôt de la requête.....	25
ii. Qualité de partie du tiers pour s’opposer à la levée du secret.....	26
iii. Comportement de l’autorité.....	27
iv. Protection du secret contre les tiers et justification de la position du maître du secret.....	29
v. Protection du secret contre les tiers et droit de consulter le dossier.....	31
vi. Le cas du notaire.....	33
e. Motifs.....	33
aa. Critères retenus par le Tribunal fédéral.....	33
bb. Jurisprudence concernant les avocats.....	33
cc. Le cas du notaire.....	34
f. Effet de l’autorisation.....	36
g. Recours.....	38
4. Secret de fonction de l’autorité de surveillance.....	39
5. Obligation de dénoncer de l’autorité de surveillance.....	40
IV. Conclusion.....	42
V. Table des abréviations.....	44
VI. Bibliographie.....	46

I. Introduction

La profession de notaire a pour principale source le droit cantonal. Cependant, elle s'inscrit dans un système qui interagit également avec des règles de droit fédéral, comme l'art. 321 CP¹ qui sanctionne la violation du secret professionnel. L'objet de cette étude est la libération du secret professionnel du notaire par le biais d'une autorisation écrite de l'autorité de surveillance selon l'art. 321 ch. 2 CP. Ce travail portera plus particulièrement sur l'analyse comparée de la procédure applicable devant l'autorité de surveillance dans les cantons de Berne, Vaud, Genève, Fribourg et Argovie, en lien avec le droit fédéral.

Tout d'abord, nous présenterons de manière générale le secret professionnel du notaire, que nous distinguerons de celui de l'avocat. Ensuite, nous aborderons les deux possibilités pour le notaire de se libérer du secret professionnel. Nous nous concentrerons sur la procédure de levée du secret professionnel par l'autorité de surveillance en discutant certains aspects de cette procédure tels que les personnes habilitées à y participer, les motifs justifiant l'octroi de l'autorisation et ses effets. Nous aborderons les voies de droit contre l'autorisation ou le refus d'autorisation de levée du secret professionnel. Enfin, nous nous demanderons si l'autorité de surveillance est tenue à un devoir de discrétion lorsqu'elle est amenée à statuer sur une demande de levée du secret professionnel, et si elle est astreinte à une obligation de dénoncer les infractions pénales dont elle pourrait prendre connaissance dans ce contexte.

II. Secret professionnel du notaire

Une personne qui recourt aux services d'un notaire se voit dans l'obligation de lui révéler certains aspects de sa vie privée². Le notaire est tenu de faire figurer dans l'acte la réelle intention des parties et cette obligation de véracité l'oblige à se renseigner précisément sur la situation de ses clients³. En conséquence, il est important que les clients soient en mesure d'exposer la vérité en s'exprimant librement, sans craindre que ce qu'ils confient au notaire ne soit dévoilé à des tiers⁴. Le notaire est ainsi placé dans un rôle de « confident nécessaire »⁵. Cette relation de confiance est protégée par l'obligation pour le notaire de respecter le secret professionnel, qui constitue un fondement de l'institution du notariat⁶. De plus, les actes authentiques que le notaire établit ont une force probante accrue⁷ puisque selon l'art. 9 CC⁸, ils sont présumés exacts⁹. Il est donc d'autant plus important que les parties se sentent libres d'exposer toute la vérité au notaire.

¹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0.

² D'AUMERIES, p. 121 ; FAESSLER, p. 109 ; MOOSER, n. 245.

³ FAESSLER, p. 109 ; MOOSER, n. 245 ; SCHLAEPI, p. 46.

⁴ FAESSLER, p. 109 ; JEANDIN, p. 93.

⁵ D'AUMERIES, p. 121 ; FAESSLER, p. 109 ; MOOSER, n. 245.

⁶ FAESSLER, p. 109 ; MOOSER, n. 245.

⁷ MOOSER, n. 245.

⁸ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

⁹ MOOSER, n. 444.

A. Fondements

Il n'y a pas qu'un secret professionnel, comme institution monolithique. Plusieurs sources législatives prévoient l'institution du secret en droit suisse¹⁰. On pense d'abord à l'art. 321 CP qui sanctionne les professionnels qui révèlent un secret confié en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci. Cette disposition s'applique notamment au notaire indépendant. Si le notaire a un statut de fonctionnaire, il est lié par le secret de fonction dont la violation est sanctionnée par l'art. 320 CP¹¹. L'art 321 ch. 2 CP prévoit que la révélation du secret professionnel n'est pas punie si l'intéressé y a consenti, ou si la révélation a été autorisée par l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance, par écrit. Il convient de souligner la dualité des intérêts pénalement protégés par cette norme. En prévoyant le consentement de l'intéressé comme fait justificatif rendant la révélation non punissable, la loi démontre d'abord que la norme a pour objectif de protéger la sphère privée de l'intéressé. Ce n'est néanmoins pas le seul bien juridique protégé. En effet, la place de cet article dans le titre 18^{ème} du CP qui contient les infractions contre les devoirs de fonction et professionnels, démontre que l'art. 321 CP protège également des intérêts généraux relevant de la dignité des professions visées par cet article. De plus, en réservant l'autorisation de l'autorité supérieure ou de l'autorité de surveillance, l'art. 321 ch. 2 CP montre que le secret professionnel est imposé par la profession elle-même. Cette dualité entre la protection de la sphère privée de l'intéressé et la dignité de la profession correspond à deux conceptions du secret professionnel provenant d'une influence germanique pour la première, et française pour la seconde¹².

Sur le plan du droit privé, le secret professionnel trouve son fondement dans la protection des droits de la personnalité, en particulier l'art. 28 CC¹³. C'est ici uniquement la personnalité de la personne intéressée au secret qui est protégée¹⁴.

Enfin, le secret professionnel est consacré par les différentes lois cantonales sur la profession de notaire, aux art. 36 LN-BE¹⁵, 42 LN-VD¹⁶, 7 LN-GE¹⁷, 26 LN-FR¹⁸ et 31 BeurG-AG¹⁹. Ces lois imposent une obligation de droit public²⁰ qui peut faire l'objet de sanctions disciplinaires si elle n'est pas respectée²¹.

On peut se poser la question de la portée de ces règles cantonales dans la mesure où une sanction disciplinaire pourrait être directement infligée sur la base d'une violation de l'art. 321 CP, sans

¹⁰ FAESSLER, p. 109 ; PIOTET, secret professionnel, p. 3.

¹¹ CORBOZ, n. 12 *ad* art. 321 ; FAESSLER, p. 109 ; TRECHSEL/VEST, n. 7 *ad* art. 321.

¹² ATF 87 IV 105, consid. 2b, JdT 1962 IV 2 ; FAESSLER, p. 109 s. ; PIOTET, procédure civile, p. 79 ; PIOTET, révélation, p. 333 s. ; PIOTET, secret professionnel, p. 3 s. ; TRECHSEL/VEST, n. 1 *ad* art. 321.

¹³ BIANCHI, p. 86 ; EIGENMANN, p. 98 ; FAESSLER, p. 111 ; MOOSER, n. 245 ; PIOTET, secret professionnel, p. 4.

¹⁴ FAESSLER, p. 111 ; PIOTET, secret professionnel, p. 4.

¹⁵ Loi cantonale bernoise du 22 novembre 2005 sur le notariat (LN-BE), RSB 169.11.

¹⁶ Loi cantonale vaudoise du 29 juin 2004 sur le notariat (LN-VD), RSV 178.11.

¹⁷ Loi cantonale genevoise du 21 janvier 1989 sur le notariat (LN-GE), RSG E 6 05.

¹⁸ Loi cantonale fribourgeoise du 20 septembre 1967 sur le notariat (LN-FR), RSF 261.1.

¹⁹ *Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz* (AG) du 30 août 2011 (BeurG-AG), SAR 295.200.

²⁰ FAESSLER, p. 110 ; MOOSER, n. 245.

²¹ FAESSLER, p. 110 ; SCHLAEPPI, p. 46.

qu'il ne soit nécessaire de consacrer l'obligation de secret dans les lois cantonales. En réalité, ces lois cantonales conservent une portée préventive qui fonde notamment l'organisation de l'étude de notaire et de ses auxiliaires. Les lois cantonales déterminent également un aspect que la loi pénale ne règle pas, à savoir si le secret est relatif ou absolu²². Selon la conception française, liée à la dignité de la profession, le professionnel, même délié du secret par son client, reste libre de ne pas s'exprimer lorsqu'il est amené à témoigner ou à produire des pièces (secret absolu). La conception germanique qui protège la sphère privée de l'intéressé contraint le détenteur à témoigner s'il a été délié du secret professionnel par l'intéressé (secret relatif)²³. La majorité des cantons romands ont adopté la conception française, tandis que la plupart des cantons alémaniques ont préféré la conception germanique²⁴.

Ainsi, les cantons de Vaud et de Genève ont opté pour la conception absolue du secret. La loi vaudoise dispose que « [les notaires] ne peuvent être obligés de révéler ce qu'une personne leur a confié en cette qualité, même si l'intéressé les délie de cette obligation²⁵. » La loi genevoise prévoit que « sans y être tenu, le notaire peut toutefois révéler un secret en cas de consentement de l'intéressé ou s'il a obtenu l'autorisation écrite de la Commission de surveillance²⁶. » Les lois fribourgeoise, argovienne et bernoise ne précisent pas si le notaire est libre de se taire une fois libéré du secret professionnel. Néanmoins, les anciennes lois de procédure civile cantonales, peuvent apporter des indices quant à la conception du secret préconisée par ces cantons. La loi fribourgeoise prévoyait que les professionnels visés par l'art. 321 CP pouvaient refuser de témoigner, sans réserver d'obligation de collaborer lorsqu'ils étaient déliés du secret²⁷. Cela laisse penser que la conception française est privilégiée dans ce canton. Le canton d'Argovie semble adopter la même conception, bien qu'il soit alémanique. En effet, son ancienne loi de procédure civile prévoyait que même libérés par leurs clients, les notaires restaient libres de témoigner²⁸. Si on se réfère à son ancienne loi de procédure civile, le canton de Berne semble adopter la conception relative du secret. Cette loi prévoyait que les professionnels soumis au secret ne pouvaient refuser de témoigner s'ils en étaient déliés²⁹.

B. Objet

L'infraction de l'art. 321 CP suppose l'existence d'un secret³⁰. Celui-ci doit porter sur un fait³¹. On admet généralement que quatre conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'un fait constitue un secret³².

²² PIOTET, secret professionnel, p. 4 s.

²³ EIGENMANN, p. 95 s. ; FAESSLER, p. 110 ; FELLMANN, n. 540 s. ; MOOSER n. 245a ; PIOTET, secret professionnel, p. 5 ; TRECHSEL/VEST, n. 1 *ad* art. 321.

²⁴ BIANCHI, p. 86 ; EIGENMANN, p. 95 s. ; FAESSLER, p. 110 ; MOOSER, n. 245a ; PIOTET, secret professionnel, p. 5.

²⁵ Art. 42 al. 2 LN-VD.

²⁶ Art. 7 al. 2 LN-GE.

²⁷ (Ancien) Code fribourgeois de procédure civile du 28 avril 1953, art. 214 al. 1 let. c.

²⁸ (Ancienne) *Zivilrechtspflegegesetz* (AG) du 18 décembre 1984, art. 223 al. 1 let. b.

²⁹ (Ancien) Code de procédure civile du canton de Berne du 7 juillet 1918, art. 246 al. 1.

³⁰ CORBOZ, n. 19 *ad* art. 321 ; FAESSLER, p. 111.

³¹ ATF 112 Ib 606, consid 2b, JdT 1987 IV 150 ; CORBOZ, n. 19 *ad* art. 321 ; FAESSELER, p. 111.

³² CORBOZ, SJ, p. 83 ; FAESSLER, p. 111 ; MICHEL, 1^{ère} partie, p. 500.

Premièrement, le fait doit être connu par un cercle limité de personnes, c'est-à-dire ne pas être déjà connu du public³³. Deuxièmement, ces faits ne doivent pas être notoirement connus de tous ou accessibles à tout un chacun. Ainsi, les faits figurant dans des registres publics accessibles à tous sans restriction, comme le registre du commerce³⁴, ne sont pas considérés comme secrets³⁵. Par contre, le contenu du registre foncier est couvert par le secret, car il faut justifier d'un intérêt pour le consulter, ce qui limite le cercle des personnes ayant accès aux faits figurant dans ce registre³⁶. Ensuite, le maître du secret doit avoir un intérêt à ce que l'information reste confidentielle³⁷. Il n'est pas nécessaire que l'intérêt soit justifié d'un point de vue moral. Il suffit qu'il existe en fait³⁸. Enfin, le maître du secret doit avoir la volonté de taire le fait³⁹. Il peut aussi souhaiter une divulgation limitée à un cercle restreint de personnes que le professionnel doit respecter pour ne pas violer l'obligation de secret professionnel⁴⁰. Le client n'exprime pas toujours sa volonté de garder un fait secret. Le professionnel doit alors supposer la volonté du maître du secret, et si nécessaire lui demander des instructions⁴¹. La volonté de garder un fait secret peut découler tacitement de l'intérêt du maître à conserver la confidentialité des informations⁴². Dans le doute, le professionnel doit s'abstenir de communiquer l'information⁴³.

Pour être couverts par le secret professionnel, les faits doivent avoir été appris par le notaire en raison de sa profession⁴⁴. Peu importe que le notaire prenne connaissance de ces éléments dans le cadre de son activité ministérielle, dans son activité professionnelle ordinaire, ou à l'occasion de l'exercice d'une activité accessoire⁴⁵. Aussi, il est indifférent qu'un acte notarié ait été établi par la suite⁴⁶. Le secret professionnel concerne aussi les faits appris de tiers, (par exemple d'une banque, du registre foncier ou de l'administration fiscale)⁴⁷ ou à l'insu du client⁴⁸. La forme écrite ou orale de la confiance n'a pas d'impact sur l'objet du secret professionnel⁴⁹. Le fait qu'une personne déterminée consulte un notaire est déjà couvert par le secret⁵⁰. Par contre, les

³³ ATF 106 IV 131, consid. 3, JdT 1981 IV 113 ; CORBOZ, SJ, p. 83 ; FAESSLER, p. 111 ; MICHEL, 1^{ère} partie, p. 500.

³⁴ FAESSLER, p. 111 ; PIOTET, secret professionnel, p. 10 ; RUF, n. 959 s.

³⁵ BIANCHI, p. 87 ; BOHNET/MARTENET, n. 1834 ; CORBOZ, SJ, p. 83 ; JEANDIN, p. 97 ; MOOSER, n. 246.

³⁶ FAESSLER, p. 111 s. ; PIOTET, secret professionnel, p. 10 ; RUF, n. 961.

³⁷ ATF 112 Ib 606, consid. 2b, JdT 1987 IV 150 ; CORBOZ, SJ, p. 84 ; CORBOZ, n. 22 *ad* art. 321 ; FAESSLER, p. 112 ; MICHEL, 1^{ère} partie, p. 500.

³⁸ CORBOZ, SJ, p. 84 ; CORBOZ, n. 22 *ad* art. 321 ; FAESSLER, p. 112 ; MICHEL, 1^{ère} partie, p. 500.

³⁹ BOHNET/MARTENET, n. 1839 ; CORBOZ, SJ, p. 84 ; CORBOZ, n. 23 *ad* art. 321 ; FAESSLER, p. 112 ; MICHEL, 1^{ère} partie, p. 500.

⁴⁰ BOHNET/MARTENET, n. 1839 ; FAESSLER, p. 112 ; MICHEL, 1^{ère} partie, p. 500.

⁴¹ BOHNET/MARTENET, n. 1839 ; CORBOZ, SJ, p. 84 ; FAESSLER, p. 112.

⁴² CORBOZ, SJ, p. 84 ; CORBOZ, n. 23 *ad* art. 321 ; FAESSLER, p. 112.

⁴³ BOHNET/MARTENET, n. 1839 ; CR CP II-CHAPPUIS, n. 67 *ad* art. 321.

⁴⁴ CORBOZ, n. 25 *ad* art. 321 ; JEANDIN, p. 96 ; MICHEL, 1^{ère} partie, p. 501 ; MOOSER, n. 246.

⁴⁵ BIANCHI, p. 87 ; JEANDIN, p. 97 ; MOOSER, n. 246.

⁴⁶ BRÜCKNER, n. 1141 ; JEANDIN, p. 96 ; MOOSER, n. 246.

⁴⁷ BRÜCKNER, n. 1141 ; CORBOZ, n. 27 *ad* art. 321 ; MOOSER, n. 246.

⁴⁸ BIANCHI, p. 87 ; MOOSER, n. 246 ; SCHLAEPPI, p. 49.

⁴⁹ CARLEN, p. 127 ; MOOSER n. 246.

⁵⁰ CORBOZ, n. 24 *ad* art. 321 ; MICHEL, 1^{ère} partie, p. 500 ; MOOSER, n. 246 ; TRECHSEL/VEST, n. 20 *ad* art. 321.

éléments appris par le notaire qui n'ont aucun rapport avec sa profession ne font pas l'objet d'un secret⁵¹.

L'obligation découlant du secret professionnel n'est pas limitée dans le temps⁵². Elle demeure après la fin du rapport juridique entre le notaire et le client⁵³. Le Tribunal fédéral rappelle que le secret professionnel n'est pas une notion schématique et qu'il convient d'analyser de cas en cas, selon toutes les circonstances, quand il peut être valablement invoqué⁵⁴.

C. Violation

L'acte illicite consiste à rendre accessible le secret à une personne non autorisée⁵⁵. Les manières de rendre le secret accessible sont diverses et n'ont pas d'importance pour juger s'il y a violation de l'art. 321 CP⁵⁶. Le notaire viole notamment son devoir professionnel de secret lorsqu'il conduit un entretien dans une pièce insuffisamment isolée phoniquement⁵⁷, lorsqu'il confirme à un tiers non autorisé une information qu'il connaissait déjà⁵⁸ ou lorsqu'il autorise un tiers, sans l'accord des parties, à assister à l'instrumentation d'un acte⁵⁹.

D. Personnes assujetties

Le notaire est la première personne assujettie à l'obligation de secret professionnel⁶⁰. Cependant, sont aussi astreints au secret les auxiliaires du notaire⁶¹. En effet, l'art. 321 CP cite également les auxiliaires comme personnes punissables en cas de violation du secret professionnel. La notion d'auxiliaire est une notion imprécise qui doit être circonscrite⁶². L'art. 321 CP étant une norme pénale, elle est soumise au principe de la légalité consacré à l'art. 1 CP. En conséquence, le cercle des personnes punissables ne doit pas s'étendre trop largement⁶³. La doctrine considère par exemple que le personnel de nettoyage ne fait pas partie des auxiliaires au sens de l'art. 321 CP⁶⁴. Dans le domaine du notariat, sont visés par l'art. 321 CP les Clercs, les secrétaires, mais également les témoins amenés à participer lors de l'instrumentation d'un acte authentique⁶⁵. Les auxiliaires doivent être informés de leur obligation de confidentialité⁶⁶.

⁵¹ CORBOZ, n. 29 *ad art.* 321 ; JEANDIN, p. 97 ; MOOSER, n. 246.

⁵² CORBOZ, n. 38 *ad art.* 321 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, p. 592 ; EIGENMANN, p. 96.

⁵³ ATF 117 Ia 341, consid. 6bb ; CORBOZ, n. 39 *ad art.* 321 ; FAESSLER, p. 114 ; MICHEL, 1^{ère} partie, p. 501.

⁵⁴ ATF 112 Ib 606, consid. 2c, JdT 1987 IV 150 ; FAESSLER, p. 113.

⁵⁵ CORBOZ, n. 67 *ad art.* 321 ; FAESSLER, p. 114 ; TRECHSEL/VEST, n. 23 *ad art.* 321.

⁵⁶ CORBOZ, n. 68 *ad art.* 321 ; MOOSER, n. 247.

⁵⁷ MOOSER, n. 247 ; WOLF/PFAMMATER, n. 42 *ad art.* 36 LN-BE.

⁵⁸ MOOSER, n. 247 ; RUF, n. 968 ; WALDER, p. 144.

⁵⁹ MOOSER, n. 247 ; WOLF/PFAMMATER, n. 42 *ad art.* 36 LN-BE.

⁶⁰ FAESSLER, p. 114 ; MICHEL, 1^{ère} partie, p. 499 ; MOOSER, n. 250.

⁶¹ CORBOZ, n. 16 *ad art.* 321 ; FAESSLER, p. 114 ; MOOSER, n. 250.

⁶² CORBOZ, n. 16 *ad art.* 321.

⁶³ CHAPPUIS, p. 179.

⁶⁴ CHAPPUIS, p. 179 ; CORBOZ, n. 16 *ad art.* 321 ; TRECHSEL/VEST, n. 13 *ad art.* 321.

⁶⁵ ATF 118 II 273, consid. 5a, JdT 1995 I 124 ; CORBOZ, n. 16 *ad art.* 321 ; MOOSER, n. 250.

⁶⁶ BRÜCKNER, n. 1148 ; MOOSER, n. 250 ; RUF, n. 950.

Les lois cantonales prévoient en général l'obligation pour les auxiliaires de garder le secret. Elles diffèrent cependant quelque peu les unes des autres, notamment au sujet du cercle des personnes visées par l'obligation. Ces différences n'ont pas d'impact sur la délimitation des auxiliaires punissables qui découle uniquement de l'art. 321 CP. La portée des lois cantonales est ici essentiellement préventive et organisationnelle pour le notaire qui doit veiller à ce que le secret professionnel soit respecté au sein de son étude.

La loi bernoise prévoit que les collaborateurs du notaire, les experts, ainsi que les personnes chargées de l'estimation sont tenues au secret professionnel. Le notaire doit les informer de cette obligation⁶⁷. La loi vaudoise prévoit que les auxiliaires du notaire, ainsi que les témoins et traducteurs sont liés par le secret professionnel⁶⁸. La loi genevoise prévoit que le notaire doit inviter ses auxiliaires à respecter l'obligation de secret professionnel, et veiller à ce qu'elle soit respectée par ceux-ci⁶⁹. La loi fribourgeoise prévoit que le notaire veille à ce que le secret soit gardé par ses employés et stagiaires. Il doit attirer l'attention des personnes appelées à concourir à un acte authentique sur leur obligation de garder le secret⁷⁰. La loi argovienne dispose que les auxiliaires du notaire, ainsi que les personnes qui concourent à l'instrumentation d'un acte authentique, sont tenues au secret professionnel. Le notaire doit les informer de cette obligation⁷¹.

E. Distinction avec le secret professionnel de l'avocat

Les professions d'avocat et de notaire sont toutes deux des professions juridiques soumises au secret professionnel selon l'art. 321 CP. La jurisprudence étant moins abondante en matière de notariat qu'en matière de profession d'avocat, nous devons parfois nous demander dans quelle mesure les principes développés par la jurisprudence et la doctrine en matière de secret professionnel de l'avocat sont aussi applicables aux notaires. Pour ce faire, il faudra néanmoins garder à l'esprit les différences qui existent entre ces deux professions.

La première différence qu'il paraît nécessaire de signaler concerne l'uniformisation des règles professionnelles au niveau fédéral. Depuis l'entrée en vigueur de la LLCA⁷² en 2002, le droit fédéral régit de manière exhaustive les règles professionnelles de l'avocat. Ces règles sont codifiées aux art. 12 et 13 LLCA⁷³. L'art. 13 LLCA consacre une notion uniformisée du secret professionnel de l'avocat. En revanche, il n'existe pas de disposition comparable pour les notaires, dont l'obligation de respecter le secret professionnel est codifiée dans les différentes lois cantonales.

⁶⁷ Art. 36 al. 2 LN-BE.

⁶⁸ Art. 42 al. 1 LN-VD.

⁶⁹ Art. 7 al. 1 LN-GE.

⁷⁰ Art. 26 al. 2 LN-FR.

⁷¹ Art. 31 al. 3 BeurG-AG.

⁷² Loi sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA), RS 935.61.

⁷³ CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD/SCHWEIZER, n. 52 *ad* art. 1.

La deuxième différence, qu'il convient d'expliquer concerne la distinction entre le secret absolu et le secret relatif. Nous avons vu qu'en matière de notariat, les cantons romands avaient en majorité choisi la conception absolue du secret et que les cantons alémaniques prévoyaient en général un secret relatif pour le notaire. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LLCA, les systèmes cantonaux prévoyaient la même dualité pour les avocats. La majorité des cantons romands retenaient la conception absolue du secret, tandis que la plupart des cantons alémaniques prévoyaient le secret relatif⁷⁴. Le traitement était ainsi identique pour l'avocat et le notaire lorsque ceux-ci étaient déliés du secret professionnel⁷⁵.

L'art. 13 LLCA a ensuite instauré un secret absolu pour l'avocat au niveau fédéral, imposant la conception française aux cantons. Avec ce texte, les cantons qui connaissaient le secret relatif pour l'avocat et le notaire ne pouvaient plus que le prévoir pour le notaire⁷⁶. Depuis 2011, avec l'entrée en vigueur du Code de procédure civile⁷⁷, les cantons ne sont plus libres de choisir entre le secret absolu ou relatif que dans le cadre d'une procédure administrative cantonale⁷⁸. Désormais, avec l'art. 166 al. 1 let. b CPC, le notaire délié par ses clients du secret professionnel doit en principe témoigner, collaborer ou produire des pièces, à moins qu'il ne rende vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité⁷⁹. Les exemples d'une telle preuve libératoire sont rares. Le message du Conseil fédéral et la doctrine citent l'exemple du médecin délié du secret professionnel par son patient qui refuse de révéler le diagnostic grave dont le patient n'est pas pleinement informé, car la révélation pourrait influencer ses chances de guérison⁸⁰. D'ailleurs, la preuve qu'un intérêt l'emporte à la manifestation de la vérité serait difficile à apporter sans révéler une partie du secret⁸¹. Les avocats, quant à eux, peuvent toujours choisir de rester silencieux en cas de levée du secret professionnel⁸².

PIOTET critique cette distinction qui selon lui n'est pas justifiée. Il souligne la difficulté pour les personnes cumulant les deux professions d'attribuer un secret appris lors d'une consultation à l'une ou l'autre de ses activités. Les autorités auront vraisemblablement des difficultés à vérifier si un fait a été appris dans l'exercice de l'une ou l'autre des tâches et les professionnels pourraient être tentés d'invoquer plus systématiquement leur statut d'avocat que celui de notaire⁸³.

⁷⁴ PIOTET, procédure civile, p. 79.

⁷⁵ PIOTET, procédure civile, p. 80.

⁷⁶ PIOTET, procédure civile, p. 80.

⁷⁷ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272.

⁷⁸ BIANCHI, p. 86 ; FAESSLER, p. 111 ; PIOTET, procédure civile, p. 80.

⁷⁹ BIANCHI, p. 86 ; PIOTET, procédure civile, p. 79.

⁸⁰ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (FF 2006 p. 6928) ; CHAPPUIS, Revue de l'avocat, p. 510 ; CPC-JEANDIN n. 15 *ad* art. 166 ; BSK ZPO-SCHMID, n. 6 *ad* art. 166.

⁸¹ EIGENMANN, p. 97 ; PIOTET, procédure civile, p. 79.

⁸² BIANCHI, p. 86 ; EIGENMANN, p. 95 ; PIOTET, procédure civile, p. 80.

⁸³ PIOTET, procédure civile, p. 80.

III. Levée du secret professionnel

Le notaire peut être délié de son obligation de secret par l'intéressé (maître du secret) ou par décision de l'autorité de surveillance⁸⁴. Nous commencerons par évoquer la levée du secret professionnel par l'intéressé, puis nous analyserons de manière détaillée la levée du secret professionnel par l'autorité de surveillance.

A. Levée du secret professionnel par l'intéressé

L'art. 321 ch. 2 CP prévoit que la révélation du secret n'est pas punissable si elle est faite avec le consentement de l'intéressé. Le notaire doit informer le client des conséquences de la levée du secret⁸⁵. Aucune forme n'est prescrite pour le consentement. Il peut être exprès, tacite, ou résulter d'actes concluants⁸⁶. Il peut également intervenir *a posteriori*⁸⁷. Le consentement à la levée du secret professionnel est un droit strictement personnel qui peut être donné par une personne privée de l'exercice des droits civils si elle est capable de discernement⁸⁸. Certains auteurs admettent qu'en cas d'incapacité de discernement du maître du secret, le représentant légal est compétent pour consentir à la révélation⁸⁹, sous réserve des faits relevant de la sphère intime de l'intéressé⁹⁰. Si le secret concerne plusieurs parties, elles doivent toutes consentir à la levée du secret professionnel⁹¹.

Une question controversée en doctrine est celle de savoir ce qu'il advient du secret lorsque l'intéressé décède. La doctrine est divisée quant à savoir si le secret professionnel est opposable aux héritiers et si ceux-ci peuvent consentir à la levée du secret professionnel⁹². Les auteurs admettent en général qu'un secret ne peut être révélé aux héritiers du défunt si celui-ci a interdit sa divulgation de son vivant⁹³. Au-delà de ce cas particulier, la doctrine n'est pas unanime. Certains auteurs considèrent que le secret passe aux héritiers en vertu du principe de la succession universelle⁹⁴ consacré à l'art. 560 CC. Le Tribunal fédéral, ainsi que certains auteurs, considèrent qu'après le décès, le secret reste opposable aux héritiers, qui ne peuvent pas non plus consentir à sa levée⁹⁵. Certains auteurs apportent une distinction en précisant que le secret professionnel n'est pas opposable aux héritiers si ceux-ci ont un intérêt patrimonial à la révélation de certains faits, par exemple en présence de dispositions à cause de mort qui pourraient être déterminantes quant à leurs parts successorales⁹⁶.

⁸⁴ JEANDIN, p. 97.

⁸⁵ BOHNET/MARTENET, n. 1905 ; MICHEL, 2^{ème} partie, p. 547 ; WOLFFERS, p. 139.

⁸⁶ ATF 106 IV 131, consid. 3, JdT 1981 IV 113 ; CORBOZ, n. 48 *ad* art. 321 ; MICHEL, 2^{ème} partie, p. 547.

⁸⁷ BOHNET/MARTENET, n. 1908 ; CORBOZ, SJ, p. 93 ; ERNI, n. 35 ; MICHEL, 2^{ème} partie, p. 547.

⁸⁸ CORBOZ, n. 45 *ad* art. 321 ; MOOSER, n. 252 ; TRECHSEL/VEST, n. 28 *ad* art. 321.

⁸⁹ CORBOZ, n. 45 *ad* art. 321 ; TRECHSEL/VEST, n. 28 *ad* art. 321.

⁹⁰ CORBOZ, SJ, p. 91 ; CORBOZ, n. 45 *ad* art. 321 ; TRECHSEL/VEST, n. 28 *ad* art. 321.

⁹¹ Art. 36 al. 3 let. a LN-BE ; CORBOZ, n. 46 *ad* art. 321 ; MOOSER, n. 252 ; TRECHSEL/VEST, n. 28 *ad* art. 321.

⁹² CORBOZ, SJ, p. 92 ; CORBOZ, n. 45 *ad* art. 321 ; PIOTET, secret professionnel, p. 7 s.

⁹³ BIANCHI, p. 88 ; CORBOZ, SJ, p. 89 ; JEANDIN, p. 97 ; PIOTET, secret professionnel, p. 8.

⁹⁴ JEANDIN, p. 97 ; SCHAFFNER, p. 35 ss.

⁹⁵ TF, 4A_15/2009, consid. 3.4 ; BOHNET/MARTENET, n. 1919 ss ; FAVRE/STOUDMANN, p. 305 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 385 *ad* art. 13 ; SCHWAAB, p. 63 ; TRECHSEL/VEST, n. 28 *ad* art. 321.

⁹⁶ BOLL, p. 104 ; CORBOZ, SJ, p. 92 ; SCHWAAB, p. 66.

La possibilité de consentir à la révélation d'un fait couvert par le secret professionnel est consacrée par les lois bernoise, vaudoise, genevoise et argovienne⁹⁷. La loi fribourgeoise ne prévoit pas expressément le consentement de l'intéressé, mais à notre sens, il faut admettre que cette possibilité découle directement de l'art. 321 ch. 2 CP et qu'on ne saurait infliger une sanction disciplinaire au notaire fribourgeois, s'il a obtenu le consentement de l'intéressé.

B. Levée du secret professionnel par l'autorité de surveillance

1. Généralités

Le législateur a prévu à l'art. 321 ch. 2 CP une deuxième manière pour le notaire de se délier de son obligation de secret, en s'adressant à l'autorité de surveillance. L'intervention de l'autorité est subsidiaire à l'obtention du consentement de l'intéressé⁹⁸. Il peut arriver que le consentement à la révélation soit impossible à obtenir en raison du refus de l'intéressé, parce qu'il a disparu, est décédé ou incapable de discernement⁹⁹. L'autorisation de l'autorité de surveillance, contrairement au consentement de l'intéressé, ne peut pas être donnée *a posteriori*¹⁰⁰. Il faut réserver les situations d'urgence où le professionnel n'a objectivement pas le temps de requérir la levée du secret professionnel à l'autorité de surveillance, alors que la révélation doit intervenir dans un délai très restreint. Si la situation d'urgence répond aux conditions de la légitime défense ou de l'état de nécessité, c'est alors aux règles applicables à ces situations qu'il faut se référer¹⁰¹.

2. Lois cantonales sur le notariat

Si la levée du secret professionnel par décision de l'autorité est prévue par le droit fédéral, il est du ressort des cantons de la concrétiser. Le code pénal met à disposition des cantons cette procédure sans pour autant leur imposer sa mise en œuvre¹⁰².

Dans le canton de Berne, la loi sur le notariat prévoit que le notaire n'est pas tenu au secret professionnel lorsque toutes les parties ont consenti à la révélation, dans le cas où des tiers doivent être informés de certains faits, pour que le professionnel puisse exécuter correctement sa tâche, ou lorsqu'une loi spéciale contraint le notaire à révéler un secret¹⁰³. La loi ne donne aucune indication quant à la possibilité de demander la levée du secret professionnel à l'autorité de surveillance. Selon l'art. 38 al. 1 de la loi bernoise, la surveillance des notaires est assurée par la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques. Cet article cite ensuite quelques attributions de cette autorité, notamment en matière disciplinaire, mais reste muet quant à la procédure de levée du secret professionnel. La Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques a été saisie en 2014 d'une demande de levée

⁹⁷ Art. 36 al. 3 LN-BE, art. 42 al. 2 LN-VD, art. 7 al. 2 LN-GE, art. 31 al. 2 BeurG-AG.

⁹⁸ CORBOZ, SJ, p. 94 ; FAESSELER, p. 117 ; FELLMANN, n. 590 ; PIOTET, secret professionnel, p. 11.

⁹⁹ CORBOZ, SJ, p. 94 ; CORBOZ, n. 51 *ad* art. 321 ; FAESSLER, p. 117 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 390 *ad* art. 13.

¹⁰⁰ CHAPPUIS, p. 236 ; CR CP II-CHAPPUIS, n. 150 *ad* art. 321 ; CORBOZ, SJ, p. 95 ; SCHILLER, n. 633.

¹⁰¹ CHAPPUIS, p. 236 ; CR CP II-CHAPPUIS, n. 150 *ad* art. 321 ; SCHILLER, n. 633.

¹⁰² PIOTET, secret professionnel, p. 11.

¹⁰³ Art. 36 al. 3 LN-BE.

du secret professionnel. Celle-ci a alors dû se prononcer sur sa compétence pour rendre une telle décision. La législation bernoise ne prévoyant pas de procédure de levée du secret professionnel, l'autorité s'est demandé s'il était possible de déduire l'existence d'une telle procédure directement du droit fédéral, soit de l'art. 321 ch. 2 CP. Elle est arrivée à une réponse négative, en soulignant le caractère facultatif pour les cantons de la procédure de levée du secret professionnel par l'autorité. En effet, la loi bernoise ne prévoyant pas la possibilité pour le notaire de saisir l'autorité de surveillance pour se délier du secret professionnel, la libération du secret par ce biais n'est dès lors pas possible pour les notaires bernois¹⁰⁴.

Dans le canton de Vaud, l'art. 42 LN-VD ne prévoit que la possibilité de se délier du secret professionnel par le consentement de l'intéressé, sans réserver la décision de l'autorité. La surveillance des notaires est assurée par le département, qui peut déléguer son exercice à la Chambre des notaires ou au préfet du district où se situe l'étude principale du notaire¹⁰⁵. Aucune disposition légale n'attribue la procédure de levée du secret professionnel à l'une de ces autorités. Dès lors, sur le plan de la législation cantonale, on se trouve dans le même cas de figure que le canton de Berne, avec l'existence d'une autorité de surveillance qui n'a cependant pas d'attribution en matière de levée du secret professionnel. Pourtant, on ne peut pas en conclure, comme dans le canton de Berne, que le notaire n'a pas la possibilité de saisir l'autorité de surveillance pour se délier de son secret. En effet, dans un arrêt vaudois de 1959, le tribunal évoque sous la forme d'un *obiter dictum* la compétence de la Chambre des notaires pour délier le notaire du secret professionnel¹⁰⁶. Depuis, cette jurisprudence est suivie par la Chambre des notaires qui statue effectivement sur des demandes de levée du secret professionnel. On peut donc admettre que la levée du secret professionnel par décision de l'autorité de surveillance existe sur la base de cet arrêt dans le canton de Vaud et qu'elle est exercée par la Chambre des notaires.

Certains cantons ont prévu expressément la possibilité de demander la levée du secret professionnel à l'autorité de surveillance. C'est le cas du canton de Genève, où la surveillance est assurée par le département et la Commission de surveillance¹⁰⁷. L'art. 7 al. 2 LN-GE prévoit que le notaire peut être délié de son secret professionnel s'il a obtenu l'autorisation écrite de la Commission de surveillance.

Dans le canton de Fribourg, la surveillance des notaires est assurée par la Commission du notariat¹⁰⁸. La procédure de levée du secret professionnel est aussi prévue expressément à l'art. 26 al. 3 LN-FR. La loi fribourgeoise sur le notariat attribue cette procédure à la Commission du notariat¹⁰⁹.

¹⁰⁴ RNRF 98/2017, p. 113.

¹⁰⁵ Art. 89 al. 1 LN-VD.

¹⁰⁶ JdT 1960 III 122.

¹⁰⁷ Art. 51 LN-GE.

¹⁰⁸ Art. 35 LN-FR.

¹⁰⁹ Art. 35a al. 2 let. c LN-FR.

Comme les trois cantons précédents, le canton d'Argovie prévoit également une surveillance par le pouvoir exécutif, plus précisément par la *Notariatskommission*¹¹⁰. L'art. 31 al. 2 de la loi argovienne prévoit expressément que la levée du secret professionnel peut être accordée par la *Notariatskommission*.

3. Procédure

Bien que la levée du secret professionnel soit prévue à l'art. 321 ch. 2 CP, une certaine obscurité demeure quant au déroulement de cette procédure¹¹¹.

La doctrine sur la profession d'avocat admet que la procédure de levée du secret professionnel est réglée par le droit cantonal, malgré l'existence au niveau fédéral des art. 321 CP, 13 et 14 LLCA. En effet, l'art. 321 CP se limite à mentionner l'autorité de surveillance, tandis que l'art. 13 LLCA consacre le secret professionnel, ainsi que le principe du secret absolu. Quant à l'art. 14 LLCA, il oblige les cantons à prévoir une autorité de surveillance sans pour autant en délimiter les attributions¹¹². On peut en déduire que la situation est la même pour les notaires. Précisons qu'il n'existe pas de dispositions comparables aux art. 13 et 14 LLCA, la profession de notaire n'étant pas uniformisée au niveau fédéral. Cela dit, on constate que les lois sur le notariat des cantons de Genève, Fribourg, et Argovie se contentent de prévoir cette procédure sans en décrire le déroulement, ni les personnes habilitées à y participer. Dans le canton de Vaud, la procédure étant basée sur la jurisprudence¹¹³, la loi n'apporte pas plus de précision.

Devant ce manque de codification de la procédure, on peut se demander si les lois cantonales de procédure administrative s'appliquent à la procédure de levée du secret professionnel et pourraient ainsi compléter dans une certaine mesure les lacunes laissées par les lois sur le notariat. On verra que la jurisprudence du Tribunal fédéral a développé certains principes procéduraux propres à compléter le silence des lois en matière de procédure de levée du secret professionnel.

a. Applicabilité des lois cantonales de procédure administrative

Nous allons ici nous demander si les différentes lois de procédure administrative cantonales sont applicables à la procédure de levée du secret professionnel par l'autorité de surveillance.

aa. Vaud

Le champ d'application de la loi vaudoise sur la procédure administrative est décrit à l'art. 2 LPA-VD¹¹⁴. L'art. 2 al. 1 let. a prévoit que la loi s'applique à toute décision rendue par une autorité administrative ou de justice administrative du canton et des communes. On doit donc se demander si la Chambre des notaires est une autorité administrative au sens de cette loi, et si l'autorisation de levée du secret professionnel est une décision au sens de la LPA-VD.

¹¹⁰ Art. 71 BeurG-AG.

¹¹¹ PIOTET, secret professionnel, p. 11.

¹¹² BOHNET/MARTENET, n. 1912 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 390 *ad* art. 13.

¹¹³ JdT 1960 III 122.

¹¹⁴ Loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD), RSV 173.36.

Dans le canton de Vaud, la surveillance des notaires est assurée par le département des institutions et de la sécurité¹¹⁵, qui peut déléguer cette surveillance à la Chambre des notaires¹¹⁶. Selon la jurisprudence, la procédure de levée du secret professionnel est de la compétence de la Chambre des notaires¹¹⁷. Selon l'art. 4 LPA-VD, « sont des autorités administratives les organes du canton, des communes, des associations ou fédérations de communes et des agglomérations, ainsi que les personnes physiques ou morales, qui sont légalement habilités à rendre des décisions. » La jurisprudence vaudoise a précisé que la Chambre des notaires était une autorité administrative au sens de l'art. 4 LPA-VD¹¹⁸.

La notion de décision est décrite à l'art. 3 LPA-VD. Selon cette disposition, « est une décision toute mesure prise par une autorité dans un cas d'espèce, en application du droit public, et ayant pour objet : de créer, de modifier ou d'annuler des droits et obligations ; de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits et obligations ; de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits et obligations¹¹⁹. » Pour commencer, nous avons vu que la Chambre des notaires est bien une autorité. Ensuite, l'autorisation de levée du secret est toujours donnée dans un cas concret. A notre sens, cet acte est pris en application du droit public, car il se fonde sur un ancien arrêt¹²⁰ rendu sur la base de la loi sur le notariat, qui s'inscrit dans le droit public vaudois. L'autorisation ayant pour but de supprimer la sanction disciplinaire ou pénale qu'engendrerait la révélation d'un secret, on peut dire qu'elle tend à modifier des droits et obligations. L'autorisation ou le refus de la Chambre des notaires de lever le secret professionnel constituent bien des décisions au sens de la LPA-VD. En conclusion, la levée du secret professionnel entre dans le champ d'application de la LPA-VD puisqu'il s'agit d'une décision prise par une autorité administrative.

bb. Genève

Le champ d'application de la loi genevoise sur la procédure administrative est décrit à l'art. 1 LPA-GE¹²¹. Il prévoit que la loi s'applique à la prise de décision par des autorités administratives et les juridictions administratives. Il faut donc se demander si la Commission de surveillance du notariat est une autorité administrative au sens de cet article, et si l'autorisation de levée du secret professionnel est une décision.

¹¹⁵ La LN-VD ne prend pas en compte la mise à jour de la dénomination des départements et désigne le « département des institutions et des relations extérieures ».

¹¹⁶ Art. 1 al. 3 et 89 al. 1 LN-VD.

¹¹⁷ JdT 1960 III 122.

¹¹⁸ GE.2011.0030, du 5 juillet 2011.

¹¹⁹ Art 3 al. 1 LPA-VD.

¹²⁰ JdT 1960 III 122.

¹²¹ Loi cantonale genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA-GE), RSG E 5 10.

A Genève, la surveillance des notaires est assurée par le département de la sécurité¹²². La levée du secret professionnel est confiée à la Commission de surveillance des notaires¹²³. Selon l'art. 5 LPA-GE, « sont réputées autorités administratives au sens de l'art. 1 : le Conseil d'État ; la chancellerie d'État ; les départements ; les services de l'administration cantonale ; les institutions, corporations et établissements de droit public ; les autorités communales, les services et les institutions qui en dépendent ; les personnes, institutions et organismes investis du pouvoir de décision par le droit fédéral ou cantonal. » La surveillance de l'activité de notaire est du ressort du département qui délègue son pouvoir de surveillance à la Commission de surveillance pour statuer sur les demandes de levée du secret professionnel. Selon nous, il faut adopter la même logique que dans le canton de Vaud où l'organisation de la surveillance est similaire. En effet, dans ces deux cantons, la surveillance est assurée par le département qui délègue la tâche de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel à une autre entité. La Chambre des notaires étant reconnue comme autorité administrative par la jurisprudence vaudoise, il nous paraît pertinent que la Commission de surveillance le soit également dans le canton de Genève.

En ce qui concerne la qualification de décision, l'art. 4 al. 1 LPA-GE a le même contenu que l'art. 3 al. 1 LPA-VD. Selon nous, l'admission ou le refus de libération du secret professionnel est bien une décision, prise sur la base de la loi genevoise sur le notariat qui fait partie du droit public cantonal. La conclusion est la même que pour la loi vaudoise, à savoir que la procédure de levée du secret professionnel relève du champ d'application de la LPA-GE.

cc. Fribourg

Dans le canton de Fribourg, la situation est un peu différente, car la surveillance des notaires n'est pas assurée par le département, comme dans les cantons de Vaud et Genève, mais par la Commission du notariat¹²⁴. Celle-ci est compétente pour statuer sur les demandes de levée du secret professionnel¹²⁵. Le champ d'application du Code de procédure et de juridiction administrative fribourgeois est décrit à l'art. 1 CPJA¹²⁶ de la même manière que les lois des cantons de Vaud et Genève, à savoir que ce code régit les décisions prises par les autorités administratives et par les autorités de la juridiction administrative.

Pour commencer, il faut se demander si la Commission du notariat est une autorité administrative au sens du CPJA. Selon l'art. 2 al. 1 let. a CPJA, « sont des autorités administratives : le Conseil d'État, les préfets et les organes de l'administration cantonale. » La jurisprudence ne précise pas si cette commission est une autorité administrative au sens de cet article. On remarque cependant à l'art. 35 al. 3 LN-FR que cette entité est rattachée administrativement à la Direction de la justice qui est un organe de l'administration cantonale. Selon nous, on peut donc considérer que la Commission du notariat est bien une autorité

¹²² Art. 51 al. 1 et 4 al. 1 LN-GE.

¹²³ Art. 7 al. 2 LN-GE.

¹²⁴ Art. 35a al. 1 LN-FR.

¹²⁵ Art. 35a al. 2 let. c LN-FR.

¹²⁶ Code de procédure et de juridiction administrative fribourgeois du 23 mai 1991 (CPJA), RSF 150.1.

administrative, bien que la surveillance du notariat ne soit pas directement assurée par un organe de l'administration, puisqu'elle est rattachée à un organe de l'administration. La notion de décision décrite à l'art. 4 CPJA est la même que celle des lois cantonales vaudoise et genevoise, on peut donc en conclure que le CPJA s'applique à la procédure de levée du secret professionnel.

dd. Argovie

En Argovie, la situation est similaire à celle du canton de Fribourg. La surveillance des notaires est assurée par la *Notariatskommission*¹²⁷ et non par le département comme dans les cantons de Vaud et Genève. La *Notariatskommission* est compétente pour autoriser la levée du secret professionnel¹²⁸. Selon l'art. 1 al. 1 de la loi de procédure administrative argovienne¹²⁹, cette loi s'applique aux procédures menées devant les autorités administratives et les juridictions administratives. Les autorités administratives sont les organes qui exécutent des tâches d'administration publique¹³⁰. La loi ne donne pas d'indication quant à la qualification d'autorité administrative de la *Notariatskommission*, mais selon nous, il faut suivre le même raisonnement que dans le canton de Fribourg et considérer que la loi de procédure administrative argovienne est aussi applicable à la procédure de levée du secret professionnel. En effet, ces deux cantons disposent d'une organisation comparable en ce qui concerne l'autorité de surveillance chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel, en ce sens qu'elle est assurée par une commission élue par l'exécutif cantonal¹³¹.

On constate donc que les lois de procédure administrative des différents cantons analysés sont applicables à la procédure de levée du secret professionnel. Il faut encore noter que les lois vaudoise, fribourgeoise, genevoise et argovienne prévoient toutes une surveillance par l'autorité administrative, mais ce n'est pas le cas de toutes les lois cantonales. En effet, la loi lucernoise, par exemple, confie la surveillance des notaires au pouvoir judiciaire¹³². Dans ce cas, on ne pourra pas forcément conclure à l'applicabilité d'une loi cantonale de procédure administrative en matière de levée du secret professionnel.

b. Autorité compétente

La première indication importante à connaître sur la procédure de levée du secret professionnel est l'autorité devant laquelle elle doit être menée. L'autorité compétente selon l'art. 321 ch. 2 CP en matière de levée du secret professionnel est désignée par le droit cantonal du lieu où le professionnel exerce. La requête ne doit par conséquent pas être adressée au tribunal devant lequel le détenteur du secret souhaite témoigner¹³³. L'autorité désignée par le droit cantonal est

¹²⁷ Art. 72 al. 1 BeurG-AG.

¹²⁸ Art. 31 al. 2 BeurG-AG.

¹²⁹ *Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege* (AG) du 4 décembre 2007 (VRPG), SAR 271.200.

¹³⁰ Art. 1 al. 2 VRPG.

¹³¹ Art. 35 al. 2 LN-FR, art. 71 al. 2 BeurG-AG.

¹³² *Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen* (LU) du 18 septembre 1973 (BeurkG), SRL 255, art. 56.

¹³³ BOHNET/MARTENET, n. 1917 ; CORBOZ, SJ, p. 94 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 393 *ad* art. 13 ; TECHSEL/VEST, n. 32 *ad* art. 321 ; VALTICOS/JACQUEMOUD-ROSSARI, pp. 288 s.

aussi compétente pour la levée du secret professionnel des auxiliaires¹³⁴. Comme nous l'avons vu, pour qu'une telle procédure soit possible, encore faut-il qu'une autorité de surveillance existe¹³⁵ et que celle-ci ait reçu comme attribution la levée du secret professionnel¹³⁶.

Pour résumer, si le notaire exerce dans le canton de Vaud, l'autorité compétente est la Chambre des notaires. Dans le canton de Genève, cette procédure est confiée à la Commission de surveillance des notaires. Dans le canton de Fribourg, la Commission du notariat est chargée de cette procédure. Dans le canton d'Argovie, la *Notariatskommission* est compétente pour statuer sur les demandes de levée du secret.

c. Dépôt de la requête

Un deuxième aspect important dans le déroulement de la procédure est la détermination des personnes habilitées à requérir la levée du secret professionnel. La doctrine et la jurisprudence suivent depuis des décennies la solution qui veut que seul le dépositaire du secret, à savoir le professionnel, soit fondé à requérir la levée du secret à l'autorité de surveillance, à l'exclusion de toute autre personne, même intéressée à la procédure¹³⁷. Ce principe découle du texte même de l'art. 321 ch. 2 CP qui dispose que l'autorisation de levée du secret peut intervenir « sur proposition du détenteur du secret¹³⁸. »

Le client n'a quant à lui pas de raison d'intenter une procédure de levée du secret professionnel, car il lui suffit de consentir à la révélation des faits confidentiels pour délier son mandataire du secret¹³⁹. La levée du secret professionnel par l'autorité de surveillance est d'ailleurs subsidiaire au consentement de l'intéressé¹⁴⁰.

Le fait que seul le notaire soit habilité à requérir la levée du secret professionnel est une exigence de droit fédéral, puisqu'elle est déduite de l'art. 321 ch. 2 CP. Certains cantons rappellent néanmoins cette règle dans leur loi sur le notariat. La loi genevoise, par exemple, dispose que le notaire peut révéler un secret « s'il a obtenu l'autorisation écrite de la Commission de surveillance¹⁴¹. » La loi argovienne a un contenu similaire, puisqu'elle prévoit que les notaires doivent garder leur secret sauf si l'autorité les en a délié, à leur demande¹⁴². D'autres cantons ne mentionnent pas dans leur loi la compétence pour requérir l'autorisation de l'autorité de surveillance. C'est le cas dans le canton de Vaud où la procédure de levée du

¹³⁴ BOHNET/MARTENET, n. 1918 ; VIELI, p. 50.

¹³⁵ CR CP II-CHAPPUIS, n. 147 *ad* art. 321 ; CORBOZ, n. 53 *ad* art. 321 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, p. 600 ; PIOTET, révélation, p. 334 s.

¹³⁶ RNRF 98/2017, p. 113 ; MOOSER, n. 252a ; PIOTET, secret professionnel, p. 11.

¹³⁷ BOHNET/MARTENET, n. 1918 ; CHAPPUIS, p. 234 s. ; CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 505 ; FELLMANN, n. 591 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 398 *ad* art. 13 ; MOOSER, n. 252a ; PIOTET, secret professionnel, p. 11 s. ; TRECHSEL/VEST ; n. 31 *ad* art. 321 ; SCHAFFNER, p. 51.

¹³⁸ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 505 ; CORBOZ, n. 52 *ad* art. 321 ; DONATSCH/WOHLERS, p. 600.

¹³⁹ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 505.

¹⁴⁰ CORBOZ, SJ, p. 94 ; FAESSELER, p. 117 ; PIOTET, le secret professionnel, p. 11 ; SCHAFFNER, p. 36 s.

¹⁴¹ Art. 7 al. 2 LN-GE.

¹⁴² Art. 31 al. 2 BeurG-AG.

secret professionnel n'est pas codifiée. Le canton de Fribourg se contente de prévoir cette procédure, sans préciser qui est légitimé à l'initier.

d. Participation à la procédure

La question centrale qui se pose dans la procédure de levée du secret professionnel est de déterminer qui est habilité à y participer. Le droit de participer à la procédure est octroyé aux personnes auxquelles on reconnaît la qualité de partie. Avant d'entrer dans les détails de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral concernant les parties à la procédure de levée du secret professionnel, il paraît nécessaire de définir la notion de qualité de partie en procédure administrative.

aa. Notion de qualité de partie

Il est important de définir la notion de qualité de partie, car il découle de cette qualité une série de droits de nature procédurale, déjà en procédure non-contentieuse, déduits de principes constitutionnels ou de certaines dispositions légales¹⁴³. Les parties ont notamment le droit d'être entendues. Le préalable nécessaire à l'exercice de ce droit est d'être averties de l'ouverture de la procédure. Les parties ont le droit de consulter le dossier, exigence découlant du droit d'être entendu. Elles ont également le droit de se voir notifier la décision¹⁴⁴.

La définition de la qualité de partie a aussi de l'importance au stade du recours, où la qualité de partie en première instance constitue une des conditions pour agir devant l'autorité de recours. On parle alors de qualité pour recourir. La qualité pour recourir ne peut être plus large que la qualité de partie dans la procédure de première instance. En effet, on ne peut envisager qu'il y ait plus de de personne devant le juge que devant l'administration¹⁴⁵.

Les définitions de qualité de partie sont données par les lois de procédure administrative. Si celles-ci sont muettes, une règle minimale qui découle de la garantie du droit d'être entendu (art. 29 Cst¹⁴⁶.) est appliquée. Selon cette définition, toutes les personnes physiques ou morales, dont la situation juridique pourrait être affectée par la décision, sont parties à la procédure. Il s'agit des personnes dont les droits et obligations sont touchés par la décision. Ces personnes sont les destinataires de la décision. Il faut y ajouter les personnes dont les intérêts juridiques sont lésés par la décision¹⁴⁷.

Au niveau de la procédure administrative fédérale, la loi fédérale sur la procédure administrative retient une conception plus large de la qualité de partie¹⁴⁸. L'art. 6 PA¹⁴⁹ prescrit qu'« ont qualité de partie les personnes dont les droits et obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent

¹⁴³ BOVAY, p. 166 ; MOOR/POLTIER, p. 282.

¹⁴⁴ MOOR/POLTIER, p. 282.

¹⁴⁵ MOOR/POLTIER, p. 282 s.

¹⁴⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

¹⁴⁷ GRISEL, p. 178 s. ; HÄNER, n. 262 ; MOOR/POLTIER, p. 283.

¹⁴⁸ MOOR/POLTIER, p. 284.

¹⁴⁹ Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA), RS 172.021.

d'un moyen de droit contre cette décision. » En se référant aux personnes disposant d'un moyen de droit contre cette décision, l'art. 6 PA renvoie à l'art. 48 PA qui reconnaît la qualité pour recourir à « quiconque [...] est spécialement atteint par la décision attaquée » et « a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. »

En ce qui concerne la procédure administrative cantonale, les législations sur la procédure administrative ont pour la plupart retenu cette notion plus large de qualité de partie. C'est le cas de la loi vaudoise qui accorde la qualité de partie non seulement aux personnes susceptibles d'être atteintes par la décision à rendre, mais aussi aux autorités ou personnes qui disposent d'un moyen de droit contre la décision attaquée¹⁵⁰. Cette disposition renvoie à la qualité pour recourir qui est conférée à « toute personne physique ou morale ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou ayant été privée de la possibilité de le faire, qui est atteinte par la décision attaquée et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée¹⁵¹. » On retrouve ici la notion d'intérêt digne de protection qui est décisive pour apprécier la qualité de partie, et ne se limite pas aux destinataires de la décision.

Dans le canton de Genève, la situation est similaire. L'art. 7 LPA-GE dispose qu'« ont qualité de partie les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision. » Cette disposition renvoie à la qualité pour recourir octroyée à « toute personne qui est touchée directement par une loi constitutionnelle, une loi, un règlement du Conseil d'État ou une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce que l'acte soit annulé ou modifié¹⁵². »

Le canton d'Argovie a aussi adopté une conception large de la qualité de partie, puisque sa loi prévoit qu'à côté des destinataires de la décision, sont aussi parties à la procédure les tiers qui ont leurs propres revendications à faire valoir dans la procédure¹⁵³.

Contrairement aux trois cantons précédents, le canton de Fribourg n'a pas adopté la conception large de la qualité de partie¹⁵⁴ qui prévoit qu'outre les personnes directement touchées par la décision, les personnes disposant d'un intérêt digne de protection à sa modification ou à son annulation sont parties à la procédure. Selon l'art. 11 al. 1 CPJA, « ont qualité de parties les personnes dont les droits ou obligations pourraient être atteints par la décision à prendre ; les autres sujets de droit, organisations et autorités auxquels la loi reconnaît la qualité de partie. » Cette disposition ne comprend pas les personnes disposant d'un intérêt digne de protection à la modification ou à l'annulation de la décision. Pourtant, cette conception est désormais imposée pour les décisions cantonales pouvant faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Art. 13 al. 1 let. a et c LPA-VD.

¹⁵¹ Art. 75 al. 1 let. a LPA-VD.

¹⁵² Art. 60 al. 1 let. b LPA-GE.

¹⁵³ Art. 13 VRPG.

¹⁵⁴ Art. 11 CPJA.

¹⁵⁵ MOOR/POLTIER, p. 284.

En effet, l'art. 111 al. 1 LTF¹⁵⁶, prévoit que la qualité de partie devant toute autorité cantonale doit être reconnue à celui qui a la qualité de partie devant le Tribunal fédéral. Selon l'art. 89 al. 1 LTF, a qualité pour former recours en matière de droit public quiconque a pris part à la procédure précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). L'art. 111 LTF oblige donc les autorités cantonales à reconnaître la qualité de partie, même en procédure non contentieuse, à toute personne susceptible d'avoir cette qualité devant le Tribunal fédéral en cas de recours de droit public¹⁵⁷.

bb. Qualité de partie du professionnel

Tout d'abord, le professionnel a la qualité de partie dans la procédure de levée du secret professionnel. Il a le droit d'être entendu par l'autorité de surveillance avant que celle-ci ne rende sa décision, car ses intérêts sont touchés¹⁵⁸. Pendant longtemps, vu le silence du droit fédéral à ce sujet, la procédure de levée du secret professionnel était unilatérale. Seul le professionnel détenteur du secret était entendu par l'autorité de surveillance et avait l'occasion de faire valoir ses arguments. Le client qui avait refusé de donner son consentement à la révélation des faits couverts par le secret n'était pas entendu par l'autorité de surveillance¹⁵⁹.

cc. Qualité de partie du client

La situation a évolué depuis un arrêt de 2012¹⁶⁰, qui a reconnu la qualité de parties aux clients d'un avocat dans la procédure de levée du secret professionnel. Désormais, bien que la procédure de levée du secret professionnel soit toujours réglée par les cantons¹⁶¹, ceux-ci ont l'obligation de prévoir une procédure respectant le droit d'être entendu du client de l'avocat tenu au secret, conformément à l'art. 29 Cst¹⁶². Dans ce chapitre, nous commencerons par retracer l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral jusqu'à l'arrêt de 2012. Nous expliquerons ensuite le raisonnement qui a mené le Tribunal fédéral à reconnaître la qualité de partie aux clients d'un avocat dans cette affaire.

i. Évolution de la jurisprudence

Avant que la question de la qualité de partie du client ne soit définitivement tranchée par le Tribunal fédéral, certains auteurs admettaient déjà qu'il fallait reconnaître au client le droit d'être entendu dans la procédure de levée du secret professionnel¹⁶³. Dans un arrêt vaudois de 1999 concernant le domaine médical, le Tribunal administratif avait d'ailleurs reconnu la

¹⁵⁶ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), RS 173.110.

¹⁵⁷ BOVAY, p. 174.

¹⁵⁸ ATF 91 I 200, consid. 2 ; CR CP II-CHAPPUIS, n. 152 *ad* art. 321 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 400 *ad* art. 13.

¹⁵⁹ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 505.

¹⁶⁰ TF, 2C_587/2012.

¹⁶¹ TF, 2C_661/2011, consid. 3.1 ; TF, 2C_157/2008, consid. 3.3.3 ; CHAPPUIS, p. 235 ; CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 506.

¹⁶² TF, 2C_587/2012, consid. 2.5 ; CHAPPUIS, p. 235.

¹⁶³ BOHNET/MARTENET, n. 1914 ; CORBOZ, SJ, p. 94 ; PIOTET, *secret professionnel*, p. 12 ; WOLFFERS, p. 140.

violation du droit d'être entendu du patient dans la procédure de levée du secret professionnel de son médecin par le Conseil de santé, autorité compétente en matière médicale¹⁶⁴. MAURER et GROSS étaient plus réservés quant à la participation du client à la procédure de levée du secret professionnel de l'avocat. Selon eux, le client n'était pas partie à la procédure. En conséquence, l'audition du client n'était pas forcément opportune, à moins qu'elle ne soit déjà prévue par la loi cantonale sur la profession d'avocat, ou que celle-ci renvoie à la procédure administrative¹⁶⁵.

Dans un considérant non publié de l'ATF 135 III 597¹⁶⁶, le Tribunal fédéral a émis ses premières incertitudes quant à la justification d'une procédure unilatérale en matière de levée du secret professionnel¹⁶⁷. Dans cet arrêt, une héritière avait actionné l'avocat mandataire de son défunt père en reddition de comptes selon l'art. 400 CO¹⁶⁸. L'avocat avait requis la levée de son secret professionnel auprès de l'autorité de surveillance afin d'être en mesure de renseigner l'héritière sur le mandat le liant à son père. L'autorité avait refusé la levée du secret professionnel. Devant le Tribunal fédéral, l'héritière se plaint qu'elle n'a pas été entendue dans la procédure de levée du secret professionnel, et qu'elle a été privée de la garantie d'accès à un juge de l'art. 29a Cst. La Haute Cour explique que si elle avait agi dans les délais, la demanderesse aurait pu invoquer les garanties des art. 29 al. 1 et 2 et 29a Cst. et soutenir que l'autorité de surveillance viole ces garanties en omettant de la citer en qualité de partie et en ne lui donnant pas l'occasion de s'exprimer dans cette procédure¹⁶⁹. La demanderesse n'étant que l'héritière du client de l'avocat, le Tribunal fédéral laisse supposer que non seulement le client, mais toute personne intéressée pourrait avoir la qualité de partie dans la procédure de levée du secret professionnel¹⁷⁰.

ii. L'arrêt 2C_587/2012

C'est dans l'arrêt 2C_587/2012 que le Tribunal fédéral a finalement tranché la question de la qualité de partie du client à la procédure de levée du secret professionnel. Dans cette affaire, un avocat avait été cité comme témoin dans un procès civil mettant en cause ses anciens clients. Saisie par l'avocat, la Commission du barreau du canton de Genève, autorité de surveillance des avocats chargée des requêtes de levée du secret professionnel, n'avait pas autorisé la révélation. La Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève a annulé cette décision et l'a renvoyée à la Commission du barreau. Les clients de l'avocat ont alors demandé à être reconnus comme parties dans la procédure de levée du secret professionnel, afin de pouvoir s'opposer à la levée du secret. Cette requête a été rejetée par la Commission du barreau, puis par la Chambre administrative au motif que l'avocat comme unique détenteur du secret professionnel, était le seul participant à la procédure à l'exclusion des clients, même bénéficiaires du secret.

¹⁶⁴ RDAF 2000 I 117.

¹⁶⁵ CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 400 *ad* art. 13.

¹⁶⁶ TF, 4A_15/2009, consid. 4.

¹⁶⁷ CHAPPUIS, p. 235 s. ; CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 505.

¹⁶⁸ Loi fédérale complétant le Code civil suisse, Livre cinquième : Droit des obligations du 30 mars 1911 (CO), RS 220.

¹⁶⁹ TF, 4A_15/2009, consid. 4 ; CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 505.

¹⁷⁰ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 505.

Les clients se plaignent au Tribunal fédéral d'une violation de l'art. 111 LTF, qui prévoit que quiconque a la qualité de partie devant le Tribunal fédéral devrait se la voir reconnaître à tous les stades de la procédure cantonale. Il convient alors de déterminer si les clients remplissent les conditions de la qualité pour recourir en matière de droit public devant le Tribunal fédéral selon l'art. 89 al. 1 LTF. Il faut en particulier vérifier si ceux-ci disposent d'un intérêt digne de protection à la modification ou à l'annulation de la décision¹⁷¹. L'intérêt digne de protection visé à l'art. 89 al. 1 let. c LTF doit être direct et concret. Le recourant doit se trouver dans une relation suffisamment étroite, spéciale et digne d'être prise en considération avec la décision entreprise. Le recourant doit être touché de manière particulièrement intense en comparaison avec l'ensemble des administrés¹⁷². Un intérêt de fait suffit. Il n'est donc pas nécessaire que le recourant soit directement affecté dans les intérêts que la norme cherche à protéger. Cependant, le lien avec la norme invoquée ne disparaît pas totalement. Le recourant ne peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection en invoquant des normes édictées dans l'intérêt général ou de tiers que dans la mesure où elles sont propres à influencer directement sa situation de fait ou de droit¹⁷³.

Pour déterminer si les clients disposent en l'espèce d'un intérêt digne de protection selon l'art. 89 al. 1 let. c LTF, le Tribunal fédéral cite d'autres procédures découlant de la LLCA. Dans la procédure disciplinaire, par exemple, on ne reconnaît pas la qualité de partie au client de l'avocat, même s'il agit comme dénonciateur. Cette procédure vise à assurer le bon fonctionnement de la profession et non à protéger les intérêts personnels des clients de l'avocat¹⁷⁴. La solution est différente dans la procédure d'interdiction de l'avocat de représenter une partie en raison de l'existence d'un conflit d'intérêt. Dans ce cas, le client perd la possibilité que son avocat poursuive la défense de ses intérêts et risque de voir son avocat défendre les intérêts de la partie adverse. Il dispose donc d'un intérêt digne de protection selon l'art. 89 al. 1 let. c LTF lui conférant le droit de participer à la procédure¹⁷⁵.

Le Tribunal fédéral s'appuie sur les fondements du secret professionnel pour justifier sa position. Il rappelle la dualité des intérêts protégés par l'art. 13 LLCA qui consacre le secret professionnel des avocats. Le secret professionnel sert d'abord à garantir la dignité de la profession et sert à l'administration de la justice, mais il est aussi justifié par l'intérêt du client à pouvoir compter sur la discrétion de son mandataire. Sur le plan du droit privé, le secret professionnel se fonde également sur la protection de la sphère privée du mandant. En conséquence, les clients ont un intérêt digne de protection à prendre part à la procédure devant l'autorité de surveillance, puisque l'art. 13 LLCA a pour but de protéger leurs intérêts¹⁷⁶.

¹⁷¹ TF, 2C_587/2012, consid. 2.1.

¹⁷² TF, 2C_587/2012, consid. 2.2 ; ATF 143 II 506, consid. 5.1 ; ATF 138 II 162, consid. 2.1.2.

¹⁷³ TF, 2C_587/2012, consid. 2.2 ; ATF 143 II 506 consid. 5.1 ; ATF 137 II 30 consid. 2.2.3.

¹⁷⁴ TF, 2C_587/2012, consid. 2.3 ; ATF 142 II 451, consid. 3.4.3 ; ATF 135 II 145, consid. 6.1 ; ATF 133 II 468, consid. 2 ; ATF 108 Ia 230, consid. 2b.

¹⁷⁵ TF, 2C_587/2012, consid. 2.3 ; ATF 138 II 162, consid. 2.5.2.

¹⁷⁶ TF, 2C_587/2012, consid. 2.4.

On découvre à la lecture du considérant 2.5 que ce n'est en réalité pas la première fois que le Tribunal fédéral est amené à trancher cette question puisqu'il avait déjà été chargé de juger d'un cas similaire, qui était passé inaperçu. Il s'agissait d'une affaire de secret médical, où le Tribunal fédéral était arrivé à la conclusion que le patient devait être reconnu comme partie à la procédure de levée du secret professionnel afin de pouvoir faire valoir les arguments contre la levée du secret professionnel de son médecin¹⁷⁷.

La conséquence de cet arrêt est que le client de l'avocat doit désormais se voir reconnaître la qualité de partie devant l'autorité de surveillance, par la suite devant l'autorité cantonale de recours, puis au TF, selon l'art. 89 al. 1 let. c LTF. Cette solution a ensuite été confirmée par le Tribunal fédéral¹⁷⁸.

iii. Dépôt de la requête

L'admission de la qualité pour agir du client est-elle problématique dans la mesure où le principe qui veut que seul le professionnel puisse demander la levée du secret professionnel demeure inchangé ? Il faut ici rappeler que le client a toujours la possibilité de consentir à la levée du secret professionnel. Le client n'a pas d'intérêt à engager une procédure de levée du secret professionnel devant l'autorité de surveillance, s'il peut lui-même délier son mandant en consentant à la révélation.

iv. Comportement de l'autorité

Nous allons ici nous demander si la reconnaissance du client comme partie à la procédure a une influence sur le comportement que doit adopter l'autorité de surveillance vis-à-vis du client.

La qualité de partie confère un certain nombre de droits déduits des principes constitutionnels ou de certaines dispositions légales, notamment le droit d'être entendu, qui doit être respecté dès le début de la procédure non contentieuse¹⁷⁹. Le droit d'être entendu est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., qui octroie notamment au justiciable le droit de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision touchant sa situation juridique ne soit prise¹⁸⁰. Les lois vaudoise, genevoise, fribourgeoise et argovienne prévoient toutes que les parties à la procédure doivent être entendues avant le prononcé de la décision¹⁸¹.

En conséquence, la qualité de partie doit être examinée d'office par l'autorité¹⁸², qui doit alors appeler en cause les personnes identifiées comme parties pour leur signaler l'ouverture d'une procédure et leur donner l'occasion de se déterminer¹⁸³. On peut en déduire que l'autorité de surveillance saisie par le notaire d'une requête de levée du secret professionnel devra avertir son client afin que celui-ci soit en mesure de participer à la procédure.

¹⁷⁷ TF, 2C_587/2012, consid. 2.5 ; CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 506.

¹⁷⁸ ATF 142 II 256, consid. 1.2.2 ; TF, 2C_1127/2013, consid. 1.

¹⁷⁹ BOVAY, p. 166.

¹⁸⁰ ATF 138 III 252, consid. 2.2 ; ATF 135 II 286, consid. 5.1, JdT 2010 I 720 ; ATF 135 V 465, consid. 4.3.2.

¹⁸¹ Art. 33 al. 1 LPA-VD, art. 41 LPA-GE, art. 57 al. 1 CPJA, art. 21 al. 1 VRPG.

¹⁸² BOVAY, p. 177 ; GRIESEL, n. 489.

¹⁸³ ATF 137 I 120, consid. 5, JdT 2012 I 35 ; BOVAY, p. 177 ; GRIESEL, n. 486 ss.

Une fois la décision prise, elle devra être notifiée au client du notaire, afin que celui-ci soit en mesure de recourir, le cas échéant. L'exigence de notification découle du droit d'être entendu¹⁸⁴. Les cantons rappellent cette obligation dans leurs lois cantonales de procédure administrative, en y apportant quelques précisions quant à la forme et au contenu de cette notification¹⁸⁵.

Ces deux exigences semblent pouvoir être facilement respectées par les autorités, les clients concernés par la procédure de levée du secret professionnel étant en principe identifiables.

v. Protection du secret contre les tiers

Dans ce chapitre, nous allons nous demander si l'accès au dossier garanti aux parties en procédure administrative pourrait être problématique dans le contexte de la levée du secret professionnel, du point de vue de la préservation du secret.

En tant que garantie générale de procédure, le droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 Cst. confère au justiciable le droit de consulter le dossier avant le prononcé de la décision. Cet aspect du droit d'être entendu est nécessaire, dans la mesure où le justiciable doit connaître les éléments dont l'autorité dispose, pour pouvoir faire valoir ses arguments. La garantie constitutionnelle de l'accès au dossier comprend le droit de prendre connaissance des pièces au siège de l'autorité, de prendre des notes et de faire des photocopies, pour autant qu'il n'en résulte pas un travail excessif pour l'autorité¹⁸⁶. Les lois cantonales de procédure administrative rappellent le droit de consulter le dossier, en précisant ses modalités d'exercice¹⁸⁷.

La participation à la procédure d'une personne autre que le professionnel n'est-elle dès lors pas propre à vider le secret professionnel de son contenu puisqu'une autre personne que le détenteur aura accès à des documents précisément couverts par le secret professionnel ? Selon le Tribunal fédéral, la substance du secret professionnel est conservée, car seul le client de l'avocat a accès au dossier, à l'exclusion de tiers. En effet, les informations confidentielles contenues dans le dossier sont en principe exclusivement liées au mandat entre le client et le professionnel et font partie du secret dont il est le bénéficiaire. Le risque que le client ait accès à des faits qu'il ne serait en principe pas autorisé à connaître est ainsi minime. L'avocat ne révélera des faits couverts par le secret professionnel qu'à l'autorité de surveillance et à son client, ce qui n'est pas constitutif d'une violation du secret professionnel¹⁸⁸.

vi. Le cas du notaire

Cette jurisprudence concerne les avocats et non les notaires. Il convient donc de se demander s'il est possible de la transposer à la profession de notaire sans autre adaptation. Pour justifier que les clients disposent d'un intérêt digne de protection à se prémunir contre la levée du secret

¹⁸⁴ ATF 124 II 124, consid. 2a ; BOVAY, p. 373.

¹⁸⁵ Art. 44 LPA-VD, art. 46 LPA-GE, art. 68 CPJA, art. 27 VRPG.

¹⁸⁶ ATF 126 I 7, consid. 2b ; ATF 122 I 109, consid. 2 ; ATF 116 Ia 325, consid. 3d/aa.

¹⁸⁷ Art. 35 LPA-VD, art. 44 LPA-GE, art. 63 CPJA, art. 22 VRPG.

¹⁸⁸ TF, 2C_587/2012, consid. 3.2.

professionnel de leur mandataire, le Tribunal fédéral s'appuie sur le fait que l'art. 13 LLCA a pour but de protéger les intérêts personnels des clients. On peut se demander si ce raisonnement vaut aussi en matière de notariat.

Bien que le Tribunal fédéral base son raisonnement sur l'art. 13 LLCA qui n'est pas applicable en droit notarial, cette jurisprudence devrait à notre sens s'appliquer également pour les notaires. En effet, dans son argumentation, le Tribunal fédéral ne fait que rappeler les deux fondements du secret professionnel, qui découlent non seulement des lois professionnelles, mais également de l'art. 321 CP, applicable à toutes les professions soumises au secret professionnel, y compris le notariat. De plus, la dualité des intérêts que le secret professionnel cherche à protéger transparaît dans les lois cantonales sur le notariat qui déterminent si le secret est absolu ou relatif. En résumé, quelle que soit la profession visée par l'art. 321 CP, l'institution du secret professionnel cherche, à côté de l'intérêt au bon exercice de la profession, à protéger l'intérêt personnel du client à la confidentialité. On peut donc affirmer que même si le Tribunal fédéral fonde son raisonnement sur l'art. 13 LLCA, cette jurisprudence est aussi applicable aux notaires.

Au niveau cantonal, les lois sur le notariat qui prévoient la procédure de levée du secret professionnel ne précisent pas que le client du professionnel est partie à cette procédure. Malgré le silence des lois cantonales, on peut affirmer que désormais les cantons doivent reconnaître la qualité de partie dans cette procédure au client du notaire, à tous les stades de la procédure. Le Tribunal fédéral impose que le client puisse faire valoir ses arguments, quel que soit le contenu des règles cantonales¹⁸⁹.

dd. Qualité de partie du tiers

En 2016, le Tribunal fédéral a franchi une étape supplémentaire concernant la participation à la procédure de levée du secret professionnel en reconnaissant la qualité de partie d'un tiers autre que le client pour soutenir la levée du secret professionnel¹⁹⁰.

Cet arrêt concernait le secret professionnel d'un médecin. D. B. avait été soignée par la doctresse A. dès le 4 septembre 2002. Le 15 mars 2003, un test du VIH qui s'était avéré positif avait été effectué. Le 23 mars 2003 D. B. avait donné naissance à un enfant par césarienne. La jeune mère était décédée quelques jours plus tard d'une pneumonie. Son mari C. B. et son enfant ont ensuite intenté action en responsabilité civile contre A. Dans le cadre de cette procédure, le Tribunal cantonal a autorisé A. à requérir l'audition comme témoin du professeur E., que C. B. avait consulté en 2003. Le professeur E. a ensuite demandé la levée de son secret professionnel au département de la santé, afin de pouvoir témoigner devant le tribunal cantonal. La libération du secret a été accordée au professeur E. L'affaire a ensuite été portée devant le Tribunal administratif du canton de Saint-Gall par C. B. qui concluait à l'annulation de la décision du département de la santé et au rejet de la demande de levée du secret professionnel. Le Tribunal administratif a admis le recours et a conclu au refus de la levée du secret professionnel. La

¹⁸⁹ CR CP II-CHAPPUIS, n. 151 *ad* art. 321.

¹⁹⁰ ATF 142 II 256, JdT 2017 I 135.

doctoresse A. a déposé un recours au Tribunal fédéral concluant à l'annulation de la décision du tribunal administratif et à l'autorisation du professeur E. de témoigner dans le procès en responsabilité qui opposait la doctoresse A. à C. B. et son enfant.

Le considérant 5, non publié au recueil papier¹⁹¹, qui traitait des motifs qui peuvent fonder une levée du secret professionnel a fait l'objet de plusieurs publications. Le considérant 1.2.2 publié au recueil officiel est passé assez inaperçu. Il traitait de la participation à la procédure de levée du secret d'une personne qui requiert le témoignage d'un professionnel astreint au secret, dans la mesure où cette personne n'est pas la cliente du témoin concerné¹⁹². C'est sur ce considérant que nous allons centrer l'analyse.

Tout d'abord le Tribunal fédéral confirme la règle de l'arrêt 2C_587/2012, qui prévoit que le maître du secret a la qualité pour recourir contre une décision de levée du secret professionnel. Dans ce cas, la situation est différente, puisque la personne qui entend recourir contre la décision n'est ni le maître du secret, ni le détenteur du secret. Il rappelle également que selon l'art. 321 ch. 2 CP, seul « l'auteur » de l'infraction, soit le détenteur du secret peut demander la levée du secret professionnel. C'est ce qui a été fait en l'espèce, puisque le professeur E. a saisi le département¹⁹³.

Ensuite, Le Tribunal fédéral indique que le témoignage n'est pas recueilli dans l'intérêt du détenteur du secret mais bien plus dans l'intérêt de celui qui requiert cette preuve. Cette personne est touchée de manière bien plus intense que celui qui dépose devant le tribunal. La personne qui offre le témoignage a un intérêt particulier et digne de protection à ce que le témoin puisse s'exprimer. En conséquence, il faut reconnaître la qualité pour recourir à la personne qui apporte une preuve par le témoignage d'une personne tenue au secret, même si le témoin potentiel ne recourt pas¹⁹⁴.

Sur le fond, le Tribunal fédéral procède à une pesée des intérêts et conclut qu'en l'espèce, la levée du secret professionnel du professeur E. est justifiée par un intérêt prépondérant¹⁹⁵, et déclare le recours de la doctoresse A. fondé¹⁹⁶. Il rappelle néanmoins que le secret professionnel ne doit être levé que dans la mesure nécessaire. Cela signifie que le secret n'est levé que dans la limite des éléments pertinents pour l'audition du témoin afin d'administrer les preuves du procès civil. Par conséquent, l'autorisation de révéler ne doit pas porter sur tous les antécédents médicaux de la patiente¹⁹⁷.

Cet arrêt constitue un grand changement par rapport à l'arrêt 2C_587/2012. Désormais, non seulement le maître du secret, mais tout tiers disposant d'un intérêt digne de protection suffisant

¹⁹¹ ATF 142 II 256 (TF, 2C_215/2015), consid. 5, JdT 2017 I 135.

¹⁹² CHAPPUIS, Revue de l'avocat, p. 504.

¹⁹³ ATF 142 II 256, consid. 1.2.2, JdT 2017 I 135.

¹⁹⁴ ATF 142 II 256, consid. 1.2.2, JdT 2017 I 135.

¹⁹⁵ ATF 142 II 256 (TF, 2C_215/2015), consid. 5, JdT 2017 I 135.

¹⁹⁶ ATF 142 II 256 (TF, 2C_215/2015), consid. 6, JdT 2017 I 135.

¹⁹⁷ ATF 142 II 256 (TF, 2C_215/2015), consid. 5.7, JdT 2017 I 135.

est autorisé à recourir contre une décision de l'autorité de surveillance relative à la levée du secret professionnel. Sa qualité de partie doit également lui être reconnue dans la procédure de première instance. Bien que cet arrêt ait été rendu dans le contexte d'une procédure civile, il faut aussi admettre la qualité de partie de quiconque dispose d'un intérêt digne de protection lorsque le témoignage du professionnel est requis dans le cadre d'une procédure pénale ou administrative. La qualité de partie devra être reconnue au tiers intéressé quelle que soit la nature de la procédure dans laquelle la preuve par le témoignage du professionnel est requise et à tous les stades de la procédure de levée du secret¹⁹⁸. Cet arrêt ouvre ainsi une brèche dans le système qui prévalait précédemment, ce qui pourrait causer des problèmes pratiques non négligeables, nous le verrons.

i. Dépôt de la requête

Si le tiers peut désormais être reconnu comme partie à la procédure, sa participation est toujours subordonnée au bon vouloir du détenteur du secret qui est le seul à pouvoir engager cette procédure. Si aucune requête n'est déposée par le détenteur du secret, le tiers disposant d'un intérêt digne de protection suffisant pour participer à la procédure de levée du secret ne pourra ni être entendu, ni recourir contre une quelconque décision. En l'état de la jurisprudence, un droit d'initier la procédure devant l'autorité de surveillance n'a pas été reconnu au tiers intéressé¹⁹⁹.

CHAPPUIS critique cette solution, en expliquant qu'il lui paraît illogique de reconnaître la qualité de partie à une personne qui ne peut pas initier la procédure, bien qu'elle dispose d'un intérêt digne de protection suffisant pour y participer. Il constate néanmoins que le texte non équivoque de l'art. 321 ch. 2 CP précisant que la décision de levée du secret professionnel est prise « sur proposition du détenteur » constitue un obstacle au développement futur de la jurisprudence dans le sens de la reconnaissance du droit d'un tiers à requérir la levée²⁰⁰.

Cependant, l'opinion de CHAPPUIS est discutable. Pour commencer, l'autorisation de l'autorité de surveillance est destinée à rendre la révélation du secret par le professionnel non punissable. Il est donc dans le seul intérêt du professionnel de pouvoir requérir la levée du secret, car la décision de l'autorité de surveillance déterminera s'il risque une sanction pénale en cas de révélation²⁰¹. Ensuite, nous verrons dans le chapitre sur les effets de l'autorisation que le professionnel conserve la faculté de se taire un fois délié du secret²⁰². En effet, l'autorisation de l'autorité de surveillance prévue à l'art. 321 ch. 2 CP se borne à supprimer la punissabilité de la révélation, sans imposer une obligation de témoigner pour le détenteur du secret. En conséquence, le tiers partie à la procédure n'a pas d'intérêt à initier la procédure, puisqu'il n'est pas à l'abri du risque que le professionnel décide finalement de rester silencieux une fois

¹⁹⁸ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 508.

¹⁹⁹ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 508.

²⁰⁰ CHAPPUIS *Revue de l'avocat*, p. 508.

²⁰¹ BSK StGB II-OBERHOLZER, n. 23 *ad art.* 321.

²⁰² BERTOSSA, p. 322 ; CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 508 ; CORBOZ, SJ, p. 95 ; CORBOZ, n. 57 *ad art.* 321 ; FAESSLER, p. 117 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 414 *ad art.* 13 ; BSK StGB II-OBERHOLZER, n. 23 *ad art.* 321 ; TRECHSEL/VEST, n. 35 *ad art.* 321 ; WOLFFERS, p. 137.

l'autorisation obtenue. Le tiers n'ayant aucun moyen certain d'obtenir la révélation à l'issue de la procédure, il ne bénéficierait pas d'un avantage à pouvoir requérir la levée du secret professionnel. Nous pensons donc qu'il est justifié que seul le professionnel soit légitimé à engager la procédure de levée du secret professionnel, et qu'il ne serait pas pertinent de reconnaître cette faculté à des tiers.

ii. Qualité de partie du tiers pour s'opposer à la levée du secret

L'ATF 142 II 256 a reconnu un intérêt digne de protection à un tiers qui demandait le témoignage d'un médecin astreint au secret professionnel dans le contexte d'un procès civil. Cette personne souhaitait recourir contre une décision de refus de levée du secret professionnel, afin que le médecin soit délié. On peut se demander si, à l'inverse, il est possible qu'un tiers qui demande le maintien du secret professionnel soit reconnu comme partie à la procédure. Autrement dit, peut-on reconnaître un intérêt digne de protection à un tiers qui souhaite recourir contre une décision d'octroi de la levée du secret professionnel en argumentant que le secret doit être maintenu ? Cela revient à se demander si les clients sont les seules personnes légitimées à s'opposer à la levée du secret professionnel dans cette procédure.

Pour tenter de répondre à cette question, nous pouvons nous inspirer de la doctrine qui s'est prononcée sur le cercle des personnes protégées par le secret professionnel. Outre le fait que le secret professionnel cherche à protéger les intérêts du client du professionnel qui lui confie des faits confidentiels²⁰³, la doctrine est partagée sur la question de savoir si des tiers pourraient également profiter de la protection du secret professionnel²⁰⁴.

Le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire estiment que le secret ne s'étend pas aux tiers. Selon eux, le professionnel n'est pas tenu de garder secret les faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession, si ces faits concernent des personnes autres que son client²⁰⁵. Cette conception se justifie par l'idée que seule la relation de confiance qui s'instaure entre le professionnel et son client est protégée par le secret professionnel, et que cette relation n'existe pas entre un tiers et le professionnel²⁰⁶. CHAPPUIS met en relation cette affirmation avec la qualité de partie à la procédure de levée du secret professionnel du tiers. Selon lui, le secret professionnel ne protège que le client, et ne s'étend pas aux tiers. En conséquence, ces derniers ne pourront jamais justifier d'un intérêt digne de protection suffisant pour s'opposer à la levée du secret professionnel devant l'autorité de surveillance, car le secret professionnel n'est pas destiné à protéger leurs intérêts²⁰⁷.

²⁰³ CR CP II-CHAPPUIS, n. 105 *ad art.* 321 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 115 *ad art.* 13.

²⁰⁴ CR CP II-CHAPPUIS, n. 110 *ad art.* 321.

²⁰⁵ TF, 1B_596/2012, consid. 2.4 ; BOHNET/MARTENET, n. 1858 ; CHAPPUIS, p. 172 ; CR CP II-CHAPPUIS, n. 110 *ss ad art.* 321 ; ERNI, n. 18 *ss* ; FAVRE/STOUDMANN, p. 304 *s.* ; FELLMANN, n. 552 ; STOCKER, p. 11 *ss* ; TESTA, p. 161 ; VIELI, p. 46 ; WEGMANN, p. 162.

²⁰⁶ CR CP II-CHAPPUIS, n. 111 *ad art.* 321 ; FELLMANN, n. 552 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 134 *ad art.* 13 ; SCHILLER, n. 444.

²⁰⁷ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 509.

Cependant, une partie de la doctrine est favorable à l'extension de la protection du secret professionnel aux tiers. Selon ces auteurs, le professionnel n'est pas seulement tenu au secret à l'égard de son client, mais également à l'égard des tiers qui lui auraient fait des révélations²⁰⁸. Pour PIOTET, ce n'est pas le lien individuel de confiance qui est protégé par l'art. 321 CP, mais bien la personnalité de chaque personne touchée par le secret²⁰⁹. Il affirme qu'un proche, confident ou non, d'un client décédé pourrait faire valoir ses droits de la personnalité, sous la forme de la protection de la mémoire qu'il entend conserver du disparu pour refuser la révélation du secret du défunt. En suivant la doctrine minoritaire qui considère que les tiers sont aussi protégés par le secret professionnel, on peut soutenir que ces mêmes tiers pourraient également disposer d'un intérêt digne de protection suffisant pour s'opposer à la révélation dans le contexte d'une procédure de levée du secret professionnel.

A notre sens, cette doctrine doit être suivie. Le secret professionnel n'est pas uniquement destiné à protéger les intérêts des clients du professionnel, mais vise également à préserver les intérêts des tiers dont la personnalité pourrait être atteinte par la révélation d'un secret. Nous considérons que le secret protège la personnalité de chaque personne touchée par le secret, et non le lien de confiance qui lie le client et le professionnel. Comme PIOTET, nous pensons que les proches d'un client décédé, qu'il ait confié des faits secrets au notaire ou non, peut se prévaloir de la protection du secret professionnel pour empêcher la révélation.

En conséquence, si des tiers sont touchés dans leur personnalité par le secret, nous considérons qu'ils pourraient se prévaloir d'un intérêt digne de protection suffisant pour être partie à la procédure de levée du secret professionnel. En effet, rappelons que le secret professionnel trouve un de ses fondements dans la protection de la sphère privée. La personnalité d'autres personnes que le client du professionnel peut aussi être atteinte par la révélation d'un secret. Dans ce cas, le tiers pourrait avoir un intérêt à s'opposer à la révélation devant l'autorité de surveillance. En 2012, le Tribunal fédéral avait d'ailleurs justifié la reconnaissance de la qualité de partie du client par le fait que la levée du secret professionnel touchait ses droits strictement personnels, sans évoquer le lien particulier de confiance qui liait le client à son avocat. En définitive, nous considérons que les tiers sont aussi protégés par le secret professionnel et que ceux-ci ont un intérêt digne de protection à recourir contre une décision octroyant la levée du secret professionnel, si la révélation est propre à les atteindre dans leurs droits de la personnalité.

iii. Comportement de l'autorité

Nous avons vu à propos de la qualité de partie du client dans la procédure de levée du secret professionnel que cette qualité engendre certaines obligations pour l'autorité. Celle-ci doit notamment vérifier d'office la qualité de partie, ainsi que signaler l'ouverture d'une procédure aux personnes identifiées comme parties afin de leur donner l'occasion de se déterminer²¹⁰. Ces exigences ne posent pas de problème lorsque la qualité de partie se limite au professionnel et à

²⁰⁸ BERTOSSA, p. 322 ; CORBOZ, SJ, p. 96 ; CORBOZ, n. 27 *ad art.* 321 ; PIOTET, révélation, p. 338 ; STOCKER, p. 11 ss ; TRECHSEL/VEST, n. 1 et 20 *ad art.* 321 ; WOLFFERS p. 135.

²⁰⁹ PIOTET, révélation, p. 338.

²¹⁰ BOVAY, p. 177.

son client, car le cercle des parties est facilement identifiable. Dès l'instant où tout tiers disposant d'un intérêt digne de protection est habilité à participer à cette procédure, il peut être difficile de délimiter précisément le cercle des parties et leur donner l'occasion de s'exprimer.

Néanmoins, l'autorité ne peut pas se contenter de s'adresser aux personnes dont elle sait que la situation sera affectée par la décision. Elle doit rechercher activement toutes les personnes qui pourraient être parties à la procédure²¹¹. Ce devoir lui incombe en premier lieu en vertu de la maxime inquisitoire qui régit la procédure administrative, qui prescrit que l'autorité doit établir les faits d'office et n'est pas liée par les allégués des parties²¹². Ce principe est consacré par les lois cantonales de procédure administrative²¹³. Deuxièmement, on peut déduire le devoir de chercher activement les parties de l'obligation pour l'autorité de vérifier d'office les conditions de validité de la procédure²¹⁴. En effet, la qualité de partie est une condition de recevabilité de la procédure, qui doit être vérifiée d'office²¹⁵.

Dans l'ATF 142 II 256, la qualité pour recourir a été reconnue à la personne qui avait requis le témoignage d'un médecin lié par le secret professionnel. La personne qui dans un procès demande le témoignage d'une personne liée par le secret professionnel a un intérêt digne de protection suffisant et doit être citée comme partie dans la procédure de levée du secret professionnel par l'autorité de surveillance. Cette personne étant en principe facilement identifiable, il n'est pas illusoire d'attendre de l'autorité de surveillance qu'elle la cite comme partie et lui donne l'occasion de s'exprimer.

On peut imaginer des situations où il sera bien plus difficile d'identifier précisément le cercle des personnes touchées par la procédure de levée du secret professionnel. Le notaire peut par exemple être confronté à une procédure de levée du secret professionnel dans le contexte d'un procès civil concernant la succession de son client. Si un héritier demande le témoignage du notaire, celui-ci devra ouvrir une procédure de levée du secret professionnel auprès de l'autorité de surveillance. Dans ce contexte, selon l'ATF 142 II 256, les héritiers qui ont demandé le témoignage du notaire, auront un intérêt digne de protection à participer à la procédure de levée du secret professionnel pour obtenir la levée.

Cependant, ces héritiers ne seront pas les seuls à pouvoir faire valoir un intérêt digne de protection. Comme nous l'avons relevé dans le chapitre précédent, les héritiers, et les proches du défunt pourraient également faire valoir un intérêt digne de protection pour s'opposer à cette révélation, en invoquant la protection de la mémoire du disparu. Les parties à la procédure de levée du secret professionnel risquent dans ce cas d'être nombreuses et difficiles à identifier.

On constate en définitive, avec l'exemple de la succession, qu'il peut être difficile de circonscrire le cercle des parties à une procédure de levée du secret professionnel. A notre sens,

²¹¹ ATF 106 Ib 65 consid. 2a ; GRISEL, n. 486 ; MANFRINI/PEREGRINA, p. 341.

²¹² GRISEL, n. 486 ; MANFRINI/PEREGRINA, p. 341.

²¹³ Art. 28 LPA-VD, art. 19 LPA-GE, art. 45 CPJA, art. 17 VRPG.

²¹⁴ GRISEL, n. 486.

²¹⁵ BOVAY, p. 177.

il serait illusoire d'exiger de l'autorité qu'elle recherche toutes ces personnes, car la tâche sera pratiquement impossible. Dès lors, comment parvenir à une solution qui respecte le droit d'être entendu ?

Une piste pour résoudre ce problème serait de s'inspirer de l'art. 30a PA. Cet article a été introduit dans la révision de 1991 de la PA dans un but de simplification²¹⁶. Il prévoit que « s'il est vraisemblable que de nombreuses personnes seront touchées par une décision ou si l'identification de toutes les parties exige des efforts disproportionnés et occasionne des frais excessifs, l'autorité, avant de prendre celle-ci, peut publier la requête ou le projet de décision, sans motivation, dans une feuille officielle et mettre simultanément à l'enquête publique la requête ou le projet de décision dûment motivés en indiquant le lieu où ils peuvent être consultés. » Cette disposition concerne la procédure administrative fédérale, mais certains cantons s'en sont inspirés en matière d'aménagement du territoire et de droit des constructions. En droit vaudois par exemple, les demandes de permis de construire sont mises à l'enquête publique pendant 30 jours (art. 109 LATC²¹⁷). Cette publication ne doit par contre pas dispenser l'autorité d'avertir les tiers les plus directement touchés par le projet de l'ouverture d'une enquête publique²¹⁸.

L'existence d'une disposition comparable à l'art. 30a PA dans la réglementation sur la levée du secret professionnel serait utile, car elle permettrait d'assurer la publicité de l'ouverture d'une procédure à toutes les personnes intéressées. Même dans l'hypothèse où une telle disposition existait, l'autorité devrait s'efforcer de faire part de l'ouverture d'une procédure à toutes les personnes identifiables comme parties à la procédure. Cependant un tel dispositif ne serait guère adapté à la procédure de levée du secret professionnel car il créerait une publicité néfaste au secret. En effet, la publication devrait certainement contenir une partie de l'état de fait afin que tous les intéressés soient en mesure de déterminer s'ils sont touchés par la procédure de levée. Cette description de l'état de fait pourrait nuire au secret professionnel. De plus, une telle publication risquerait d'allonger sensiblement la durée de la procédure.

Notons encore que le devoir de l'autorité d'identifier les parties à la procédure est tempéré par le principe de la bonne foi. Selon ce principe, celui qui a connaissance du fait qu'une procédure qui pourrait toucher ses intérêts est en cours, doit se manifester, sans attendre que l'autorité l'invite à y participer²¹⁹.

iv. Protection du secret contre les tiers et justification de la position du maître du secret

Dans ce chapitre, nous allons tenter de résoudre une difficulté procédurale qui se présente lorsque des tiers sont amenés à participer à la procédure de levée du secret professionnel. Dans le cadre de cette procédure, le maître et le détenteur du secret seront amenés à expliquer en quoi les éléments couverts par le secret doivent ou ne doivent pas être révélés. Dans ce processus, il

²¹⁶ Message du 29 mai 1985 concernant la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire (FF 1985 II 869).

²¹⁷ Loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions du 4 décembre 1985 (LATC), RSV 700.11.

²¹⁸ BOVAY, p. 178, remarque n°648 ; BOVAY, permis de construire, p. 81.

²¹⁹ GRISEL, n. 488.

est inévitable qu'une partie du contenu des éléments couverts par le secret soient révélés. Depuis qu'un tiers peut participer à ce débat, on se heurte à un problème. Le tiers veut obtenir le témoignage du professionnel soumis au secret, ce que le maître refuse. Lorsque le maître du secret justifiera son refus, il révélera une partie des faits que le tiers cherche précisément à connaître²²⁰.

Pour régler le problème de la menace que représente la justification de la position du maître du secret contre la protection du secret, il faut le mettre en relation avec le principe de l'abus de droit. Dans un considérant non publié de l'ATF 142 II 256, le Tribunal fédéral aborde brièvement la question de l'abus de droit en expliquant que le maître du secret ne fait valoir aucun argument justifiant le maintien du secret et que ce comportement ne mérite pas de protection²²¹. L'abus de droit consiste notamment à détourner un droit de sa finalité, c'est le cas lorsqu'une personne exerce un droit de manière contraire à son but²²². Le secret professionnel ne doit par exemple pas être utilisé dans un but criminel, ou pour dissimuler le produit d'infractions. La particularité de l'ATF 142 II 256 est que l'abus de droit est réalisé par le fait que le maître invoque le secret sans donner la moindre explication quant aux raisons qui le poussent à s'opposer à la révélation, et non pas parce qu'il utilise la protection du secret professionnel de manière contraire à son but²²³.

Est-il admissible de demander au maître du secret de justifier sa position lorsqu'il s'oppose à la levée du secret professionnel ? Selon CHAPPUIS, il faut répondre par l'affirmative. Les art. 166 al. 1 let. b CPC et 171 al. 3 CPP²²⁴ prévoient que même délié de son secret, le professionnel (à l'exception de l'avocat et de l'ecclésiastique) peut faire valoir que son secret doit être maintenu, s'il rend vraisemblable que le maintien du secret l'emporte sur la manifestation de la vérité²²⁵. Selon l'auteur, cette possibilité démontre qu'il n'est pas inadmissible d'exiger du maître du secret de se justifier quant à l'intérêt de maintenir le secret, dans la mesure où le CPC et le CPP prévoient une procédure contrôlant la pertinence du secret, alors que le détenteur est délié. Néanmoins, la jurisprudence est en principe très restrictive quant à l'admission de l'abus de droit. Considérer que le seul silence du maître du secret lorsqu'il s'oppose au témoignage d'un professeur de médecine constitue déjà un abus de droit est un allègement des conditions d'admission de l'abus de droit²²⁶.

Dans sa décision, le Tribunal fédéral souligne que le secret professionnel n'est levé que dans la mesure nécessaire au témoignage du professeur, soit uniquement pour éclaircir le fait que les époux aient ou non affirmé au professeur qu'un test VIH n'était pas nécessaire. Ainsi, le témoignage ne devait pas porter sur des aspects de la sphère intime des patients, mais sur le contenu d'un entretien dont le sujet était notamment un test VIH à effectuer, qui semblait jouer

²²⁰ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 511.

²²¹ ATF 142 II 256 (TF, 2C_215/2015), consid. 5.7, JdT 2017 I 135 ; CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 509.

²²² ATF 140 III 583, consid. 3.2.4 ; ATF 135 III 162, consid. 3.3.1 ; CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 510.

²²³ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 510.

²²⁴ Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP), RS 312.0.

²²⁵ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 510.

²²⁶ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 510.

un rôle déterminant pour mesurer l'étendue de la responsabilité civile de la doctoresse A. En s'opposant au témoignage du professeur sur cette question, on pouvait donc suspecter que le mari de la patiente invoquait le secret médical uniquement dans le but d'éviter l'apport d'une pièce à la procédure qui aurait risqué de démentir l'allégation d'erreur médicale sur laquelle il fondait ses prétentions civiles contre la doctoresse A.

En définitive, le maître du secret qui s'oppose à la levée du secret à propos de faits hautement personnels sans justifier sa position ne commet pas d'abus de droit, à moins qu'il existe des circonstances très particulières qui prouveraient qu'il détourne le secret professionnel de son but. Par contre, si les faits couverts par le secret professionnel ne relèvent pas spécialement de la sphère intime, le maître du secret devra justifier sa position s'il s'oppose à la révélation de ces faits²²⁷.

Si on applique le raisonnement développé au sujet de l'abus de droit au problème de la justification de l'opposition à la levée du secret professionnel par le maître, il s'agira de moduler les exigences de justification du maître du secret en fonction de la nature des faits concernés. Plus ces faits seront intimes, moins le maître n'aura besoin de détailler son argumentation pour refuser la levée du secret professionnel. A l'inverse, si les faits ne relèvent pas spécialement de la sphère privée, les exigences de justifications seront plus élevées, en particulier si elles sont en lien avec les prétentions en responsabilité contre le détenteur du secret²²⁸. Cette solution permet d'exiger du maître du secret qu'il justifie son refus de lever le secret, tout en conservant la protection du secret sur les faits qui relèvent de sa sphère intime.

v. Protection du secret contre les tiers et droit de consulter le dossier

Dans ce chapitre, nous allons voir que le droit de consulter le dossier engendre des difficultés procédurales lorsqu'un tiers participe à la procédure de levée du secret professionnel. Nous allons tenter de trouver des solutions pour résoudre ces problèmes.

Le droit de consulter le dossier est une composante du droit d'être entendu, qui est conféré à toute partie à une procédure, dès la première instance²²⁹. En effet si on reconnaît à un tiers la qualité de partie dans la procédure de levée du secret professionnel, il doit disposer de toutes les garanties découlant de ce statut, notamment le droit d'accès au dossier. Or, l'exercice de ce droit l'amènera à consulter des pièces couvertes par le secret professionnel. Dans l'arrêt 2C_587/2012, le Tribunal fédéral avait écarté le problème en précisant que le client partie à la procédure était lui-même bénéficiaire du secret et n'aurait en principe accès qu'à des faits le concernant puisqu'ils seraient en relation avec le mandat le liant au détenteur du secret professionnel²³⁰. Avec l'extension récente de la jurisprudence qui accorde la qualité de partie aux tiers intéressés, l'argument avancé par le Tribunal fédéral n'est plus justifiable, puisque des parties ni détentrices, ni bénéficiaires du secret peuvent consulter le dossier. Par le biais de

²²⁷ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 511.

²²⁸ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 512.

²²⁹ ATF 126 I 7, consid. 2b ; ATF 122 I 109, consid. 2 ; ATF 116 Ia 325, consid. 3d/aa ; BOVAY, p. 166.

²³⁰ TF, 2C_587/2012, consid. 3.2.

l'exercice de ce droit, les tiers risquent d'accéder aux faits secrets qu'ils cherchent précisément à connaître en soutenant la levée du secret devant l'autorité de surveillance. Dès lors, comment parvenir à une solution qui respecte les garanties constitutionnelles conférées aux parties sans pour autant vider la procédure de levée du secret professionnel de son sens ? Peut-on par exemple refuser l'accès aux pièces du dossier qui seraient couvertes par le secret professionnel ?

Selon le Tribunal fédéral, le droit d'accès au dossier peut être déduit de la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu codifiée à l'art. 29 al. 2 Cst. Cependant, cette garantie n'est pas absolue et peut être limitée pour la sauvegarde d'un intérêt public ou privé prépondérant²³¹. Les lois cantonales de procédure administrative prévoient la possibilité de restreindre l'accès au dossier si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie²³². L'autorité doit donc procéder à une pesée des intérêts soigneuse²³³.

Le Tribunal fédéral cite comme intérêts publics qui pourraient justifier la limitation de l'accès au dossier la nécessité de sauvegarder la sûreté de l'État, la défense nationale ou le bien-être économique du pays²³⁴. Selon le Tribunal fédéral, des intérêts de tiers peuvent être suffisants pour justifier une limitation de l'accès au dossier lorsque ces tiers sont menacés ou atteints dans leur sphère privée ou celle de leurs proches²³⁵. Il faut encore noter que cette limitation doit respecter le principe de la proportionnalité, et l'autorité doit préserver l'accès aux pièces qui ne compromettent pas les intérêts protégés²³⁶.

La problématique en ce qui concerne la procédure de levée du secret professionnel réside dans la tension entre l'art. 29 al. 2 Cst. qui implique que les parties doivent avoir accès à tous les éléments nécessaires à l'exercice de leur droit d'être entendues et l'objet du procès qui est précisément d'obtenir la levée du secret professionnel afin de prendre connaissance de ces éléments. Dès lors, dans quelle mesure limiter l'accès au dossier afin de préserver l'intérêt de la procédure de levée du secret professionnel, sans pour autant violer le principe de la proportionnalité et le droit d'être entendu du tiers ?

Un moyen de résoudre le problème relatif au droit d'accès au dossier serait d'adopter la logique proposée en relation avec les exigences de justification imposées au maître du secret. L'autorité pourrait ainsi restreindre le droit d'accès au dossier uniquement dans la mesure où les faits couverts par le secret professionnel relèvent de la sphère intime du maître du secret. Le tiers aurait accès aux faits certes couverts par le secret professionnel, mais qui ne relèvent pas spécialement de l'intimité des personnes concernées. Cette solution permet de préserver la sphère privée du maître du secret, tout en respectant le droit d'être entendu du tiers, ainsi que

²³¹ ATF 126 I 7, consid. 2b ; ATF 122 I 153, consid. 6a, JdT 1998 I 194.

²³² Art. 36 LPA-VD, art. 45 LPA-GE, art. 63 LPA-FR, art. 22 al. 2 VRPG.

²³³ ATF 122 I 153, consid. 6a, JdT 1998 I 194 ; ATF 113 Ia 1, consid. 4a, JdT 1987 IV 109 ; ATF 113 Ia 257, consid. 4a.

²³⁴ ATF 113 Ia 257, consid. 4a.

²³⁵ ATF 113 Ia 257, consid. 4a ; ATF 112 Ia 97, consid. 6, JdT 1988 I 35 ; ATF 110 Ia 83, consid. 4b ; ATF 103 Ia 490, consid. 8 ; ATF 100 Ia 97, consid. 5b ; ATF 95 I 103, consid. 2b.

²³⁶ ATF 126 I 7, consid. 2b ; ATF 122 I 153, consid. 6a, JdT 1998 I 194 ; ATF 125 I 257, consid. 3b.

le principe de la proportionnalité. Cependant, le résultat n'est pas entièrement satisfaisant, car il est inévitable que le tiers ait accès à certains faits auxquels il cherche à accéder en demandant le témoignage du détenteur du secret.

vi. Le cas du notaire

Bien qu'elle concerne le secret professionnel du médecin, la portée de cette jurisprudence s'étend à tous les professionnels soumis à l'art. 321 CP²³⁷, y compris le notaire. Pour reconnaître la qualité de partie en procédure de levée du secret professionnel à un tiers, le Tribunal fédéral s'est basé sur le fait que celui qui requiert le témoignage d'une personne soumise au secret professionnel a un intérêt particulier et digne de protection à ce que celle-ci soit déliée. Un même état de fait pourrait aussi se produire si une partie à une procédure demandait le témoignage d'un notaire. On devrait donc aussi appliquer cette jurisprudence dans un tel cas.

e. Motifs

Nous allons maintenant nous intéresser aux motifs qui justifient que l'autorité de surveillance autorise la levée du secret professionnel. Pour commencer, nous allons exposer les critères retenus par le Tribunal fédéral qui peuvent justifier la levée du secret professionnel. Ensuite nous nous demanderons si ces critères relèvent exclusivement du droit fédéral ou si les cantons conservent une marge d'appréciation pour les définir. Pour ce faire, nous commencerons par exposer l'évolution de la jurisprudence relative aux motifs de levée du secret professionnel de l'avocat, pour ensuite se demander s'il est possible de la transposer à la profession de notaire.

aa. Critères retenus par le Tribunal fédéral

L'art. 321 ch. 2 CP ne donnant pas d'indications quant aux conditions auxquelles le secret professionnel peut être levé, la jurisprudence s'est chargée de les définir. La levée du secret professionnel doit être autorisée lorsque l'intérêt à la divulgation prime sur l'intérêt au maintien du secret. L'autorité de surveillance doit apprécier sur la base d'une pesée de l'ensemble des intérêts en présence si elle doit accorder la levée du secret. L'autorité se prononce de manière restrictive, en fonction des particularités du cas qui lui est soumis. Au regard de l'importance du secret sous le double point de vue du bon fonctionnement des professions visées et de la protection des droits individuels, seuls des intérêts privés ou publics nettement prépondérants peuvent justifier la levée du secret professionnel. Ainsi, l'intérêt à la manifestation de la vérité n'est pas en soi supérieur. Il faut qu'un intérêt public ou privé clairement prépondérant s'oppose au maintien du secret pour que l'autorisation soit donnée par l'autorité de surveillance²³⁸.

bb. Jurisprudence concernant les avocats

Nous allons ici analyser comment, avec l'évolution de la réglementation sur la profession d'avocat, le Tribunal fédéral a tranché la question de savoir si les motifs de levée du secret professionnel relèvent du droit fédéral ou du droit cantonal.

²³⁷ CR CP II-CHAPPUIS, n. 149 *ad art.* 321.

²³⁸ TF, 2C_37/2018, consid. 6.4.2 ; ATF 142 II 256 (TF, 2C_215/2015), consid. 5.1, JdT 2017 I 135 ; ATF 142 II 307, consid. 4.3.3, JdT 2017 I 51 ; BOHNET/MARTENET, n. 1914 ; CHAPPUIS, p. 237 ; CR CP II-CHAPPUIS, n. 153 *ad art.* 321 ; CORBOZ, n. 55 *ad art.* 321 ; FAESSLER, p. 117 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 405 *ad art.* 13 ; MOOSER, n. 252a ; TRECHSEL/VEST, n. 34 *ad art.* 321.

Avant que l'obligation de respecter le secret professionnel ne soit uniformisée, les lois cantonales sur la profession d'avocat, devenues caduques après l'entrée en vigueur de la LLCA, prévoyaient généralement déjà la pesée des intérêts pour déterminer si la levée du secret se justifiait. La doctrine majoritaire l'admettait également et la pesée des intérêts était effectivement appliquée. C'est pour cela que cette méthode n'a pas été particulièrement discutée dans la jurisprudence relative aux avocats²³⁹. A l'époque, le Tribunal fédéral avait néanmoins abordé la question du fondement des critères de levée du secret professionnel, sans pour autant déterminer si ceux-ci relevaient du droit fédéral ou du droit cantonal²⁴⁰.

L'entrée en vigueur de l'art. 13 LLCA n'a pas apporté plus de précisions que l'art. 321 CP sur les motifs de levée du secret professionnel, cet article étant également muet sur ce point. Le Tribunal fédéral a alors affirmé que les conditions de la levée ne pouvaient pas être déduites de la LLCA et qu'il appartenait aux cantons de prévoir les motifs de la levée du secret²⁴¹. En 2016, le Tribunal fédéral a tranché la question d'une autre manière. Désormais, les critères de la levée du secret professionnel de l'avocat se déduisent exclusivement du droit fédéral²⁴². Pour fonder son argumentation, le Tribunal fédéral rappelle qu'avec l'entrée en vigueur de la LLCA, les devoirs professionnels de l'avocat relèvent à présent exclusivement du droit fédéral. Selon la Haute Cour, l'étendue du devoir de secret professionnel de l'art. 13 LLCA est régie par le droit fédéral et ne peut varier d'un canton à l'autre. La levée du secret professionnel doit en conséquence être accordée ou refusée selon les critères du droit fédéral²⁴³. Le Tribunal ajoute ensuite que les critères de la levée du secret professionnel de l'art. 13 LLCA ne peuvent différer par rapport à l'art. 321 ch. 2 CP. En effet, la loi sur la profession ne peut autoriser la transmission d'informations alors qu'elle serait interdite au regard du droit pénal. Pour que la révélation soit licite, il faut au minimum que les faits justificatifs du droit pénal soient remplis²⁴⁴.

On constate à la lecture de cette jurisprudence que si la procédure de levée du secret professionnel de l'avocat est toujours du ressort des cantons, les conditions auxquelles l'autorité de surveillance peut ordonner la levée du secret professionnel sont désormais exclusivement déduites du droit fédéral.

cc. Le cas du notaire

Nous avons vu que la procédure de levée du secret professionnel du notaire est du ressort des cantons qui doivent respecter certains principes, notamment en matière de participation à la procédure. Il convient maintenant de se demander si les motifs de levée du secret professionnel relèvent du droit fédéral ou du droit cantonal en matière de notariat.

²³⁹ ATF 142 II 307, consid. 4.3.3, JdT 2017 I 51 ; TF, 2C_661/2011, consid. 3.1 ; TF, 2C_1127/2013, consid. 3.1.

²⁴⁰ ATF 97 I 831, consid. 2b, JdT 1973 I 200 ; TF 2P.65/2003, consid. 2.1.

²⁴¹ TF, 2C_878/2011, consid. 6.1 ; TF, 2C_157/2008, consid. 2.3.3 ; BOHNET/MARTENET, n. 1912.

²⁴² ATF 142 II 307, consid. 4.3, JdT 2017 I 51.

²⁴³ ATF 142 II 307, consid. 4.3.1, JdT 2017 I 51.

²⁴⁴ ATF 142 II 307, consid. 4.3.2, JdT 2017 I 51.

Certaines lois cantonales sur le notariat sont muettes quant aux motifs justifiant la levée du secret professionnel. C'est le cas du canton de Vaud, qui, comme nous l'avons vu, n'a pas codifié la procédure de levée du secret professionnel. La loi argovienne prévoit à son article 31 al. 2 que l'autorité de surveillance peut autoriser la levée du secret professionnel, mais ne précise pas les motifs qui peuvent fonder la levée. Certains cantons ont codifié les critères qui peuvent justifier la levée du secret professionnel. C'est le cas du canton de Fribourg dont la loi sur le notariat prévoit que l'autorité de surveillance peut délier le notaire « lorsqu'un intérêt privé ou public prépondérant l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret²⁴⁵. » La loi genevoise prévoit quant à elle que l'autorisation de la Commission de surveillance est donnée « que si la révélation est indispensable à la protection d'intérêts supérieurs publics ou privés²⁴⁶. »

On constate ici que les lois cantonales qui s'expriment sur les motifs de la levée du secret reprennent ceux de la jurisprudence du Tribunal fédéral avec le principe que seuls des intérêts publics ou privés prépondérants peuvent justifier l'autorisation de levée du secret. Ces motifs doivent-ils être uniformes au niveau fédéral, ou les cantons pourraient-ils selon leurs spécificités cantonales accorder un poids différent à certains éléments dans la pesée des intérêts ?

On pourrait considérer que les motifs de levée du secret professionnel du notaire sont exclusivement déduits du droit fédéral. Cette solution revient à appliquer la jurisprudence relative aux avocats. En effet, comme nous l'avons vu, depuis l'ATF 142 II 307, le Tribunal fédéral considère que les critères de levée du secret professionnel sont exclusivement déduits du droit fédéral, bien que ni l'art. 321 CP, ni l'art. 13 LLCA n'apportent de précisions quant aux motifs qui peuvent fonder la levée du secret. Pour justifier la position qui voudrait que la levée du secret professionnel soit accordée selon des conditions exclusivement fédérales, on peut s'appuyer sur la place que le Tribunal fédéral donne à l'art. 321 CP dans la détermination des motifs de levée du secret. La Haute Cour considère que, bien que le droit de la profession d'avocat et le droit pénal aient des champs d'application différents, le droit de la profession ne peut pas déroger aux motifs de l'art. 321 CP, en prévoyant la transmission d'informations à des tiers, alors que celle-ci serait interdite selon le droit pénal. Ainsi, selon cette jurisprudence, les motifs de levée du secret professionnel ne peuvent différer entre la loi sur la profession d'avocat et 321 CP²⁴⁷. Si on applique cette logique à la profession de notaire, la pesée des intérêts ne pourrait pas varier d'un canton à l'autre.

Cependant, cette conclusion ne prend pas en compte la différence qui existe entre les avocats et les notaires, à savoir que la profession de notaire, contrairement à la profession d'avocat, est réglée par le droit cantonal. Le régime juridique applicable aux notaires est en réalité plus proche de celui qui prévalait pour les avocats avant l'entrée en vigueur de la LLCA, lorsque les cantons étaient encore compétents pour déterminer les obligations professionnelles des avocats.

²⁴⁵ Art. 26 al. 3 LN-FR.

²⁴⁶ Art. 7 al. 2 LN-GE.

²⁴⁷ ATF 142 II 307, consid. 4.3.2, JdT 2017 I 51 ; CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 507.

Or, à l'époque, le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question de savoir si les motifs de levée du secret professionnel découlaient du droit cantonal ou fédéral.

A notre sens, il faut déduire les motifs de levée du secret professionnel des lois cantonales sur le notariat, et non de l'art. 321 CP. Les cantons peuvent donc procéder à une pesée des intérêts qui leur est propre en fonction de leurs spécificités, sans être tenus d'adopter une vision unifiée des intérêts qui doivent être particulièrement pris en compte dans la pesée des intérêts. Ainsi, les particularités de chaque canton pourront transparaître dans les intérêts que l'autorité de surveillance mettra en avant dans sa décision. La conception absolue ou relative adoptée par le canton en matière de secret professionnel est une spécificité qui pourrait avoir de l'importance dans la manière d'apprécier tous les intérêts en présence. Les cantons qui nous occupent ont privilégié la vision française du secret professionnel, qui prescrit que le secret sert avant tout à assurer le bon fonctionnement de la profession visée, en prévoyant un secret absolu pour le notaire. Ces cantons pourraient par exemple, en raison de cette conception, accorder plus d'importance à l'intérêt d'assurer la bonne marche de la profession pour justifier le maintien du secret. Les cantons ayant adopté la conception germanique du secret, pour justifier le refus de l'autorisation, seront peut-être plus sensibles à des intérêts tels que la protection de la sphère privée du maître du secret.

f. Effet de l'autorisation

L'autorisation de levée du secret professionnel a pour effet de supprimer le caractère punissable de la révélation d'un secret par le notaire sur le plan pénal et disciplinaire. Par contre, cette décision n'empêche pas l'intéressé d'invoquer ses droits de la personnalité pour faire valoir des prétentions devant le juge civil²⁴⁸.

La doctrine admet que le professionnel libéré de son obligation par l'autorité de surveillance est autorisé à témoigner, mais n'est pas obligé de le faire²⁴⁹. Cette solution semble logique dans la mesure où le professionnel est libre dès le début de présenter ou non une telle requête. En effet, nous avons vu que le professionnel est le seul à pouvoir déposer une requête de levée du secret professionnel. Cependant, il serait quelque peu contradictoire que celui-ci demande à être délié du secret sans utiliser cette possibilité, une fois l'autorisation obtenue²⁵⁰. Par ailleurs, le professionnel délié du secret ne peut pas choisir dans un complexe de faits donné de répondre à certaines questions et non à d'autres, de manière à fausser la réalité. La vérité est un concept indivisible. Ainsi, s'il choisit de parler, le professionnel doit exposer toute la vérité. Une réponse partielle qui dissimule une partie des faits peut constituer un faux témoignage²⁵¹.

CHAPPUIS, en opposition à la doctrine majoritaire, considère que la liberté de choix pour le professionnel de s'exprimer ou de taire une fois délié de son secret n'est valable que pour

²⁴⁸ FAESSLER, p. 117 ; PIOTET, révélation, p. 336 ; PIOTET, secret professionnel, p. 12 s.

²⁴⁹ BERTOSSA, p. 322 ; CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 508 ; CORBOZ, SJ, p. 95 ; CORBOZ, n. 57 *ad art.* 321 ; FAESSLER, p. 117 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 414 *ad art.* 13 ; BSK StGB II-OBERHOLZER, n. 23 *ad art.* 321 ; TRECHSEL/VEST, n. 35 *ad art.* 321 ; WOLFFERS, p. 137.

²⁵⁰ CORBOZ, SJ, p. 95 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, n. 415 *ad art.* 13.

²⁵¹ CORBOZ, SJ, p. 95 ; CORBOZ, n. 57 *ad art.* 321.

l'avocat. Selon lui, le médecin, contrairement à l'avocat, est tenu de témoigner lorsqu'il est délié par l'autorité compétente. Pour lui, cette possibilité de choisir de rester silencieux pour l'avocat délié par l'autorité de surveillance découle de l'art. 13 LLCA, qui n'est applicable qu'aux avocats, et non aux autres professions visées par l'art. 321 CP, notamment le notaire²⁵².

Selon cet auteur, cette différence entre l'avocat et les autres professions de l'art. 321 CP est d'ailleurs propre à réduire la portée de l'ATF 142 II 256, lorsque le professionnel est un avocat. En effet, si comme dans cet arrêt, un tiers recourt contre le refus de libération du secret, et que celle-ci est finalement octroyée, l'avocat restera libre de se taire. Dans la mesure où seul l'avocat est habilité à requérir la levée de son secret professionnel, il a déjà montré sa volonté de témoigner et n'utilisera en principe pas sa faculté de rester silencieux. En définitive, le tiers a l'avantage de pouvoir recourir contre la décision de refus de levée du secret professionnel si l'avocat renonce à le faire, mais il court également le risque que l'avocat refuse de parler au cas où la levée du secret est finalement octroyée, ce qui tempère l'avancée que représente l'ATF 142 II 256, pour les tiers intéressés à la procédure²⁵³.

Nous nous rallions à la doctrine majoritaire qui considère que tous les professionnels visés par l'art. 321 CP libérés du secret professionnel par l'autorité de surveillance conservent le droit de se taire lorsqu'ils sont libérés du secret professionnel par l'autorité. En effet, l'art. 321 ch. 2 CP prévoit la levée du secret professionnel par l'autorité compétente, mais n'impose pas d'obligation de collaborer pour le notaire délié. Cette disposition se borne à écarter le caractère punissable de la révélation, sans instaurer une obligation de témoigner pour le professionnel délié du secret. Ainsi, il ne faut pas confondre l'art. 321 ch. 2 CP qui permet au professionnel de révéler des faits secrets sans risque de sanction, et l'art. 321 ch. 3 CP qui réserve les obligations de témoigner prévues par la loi, par exemple à l'art. 166 al. 1 let. b CPC.

En conséquence, la remarque de CHAPPUIS sur la portée de l'ATF 142 II 256 est selon nous valable non seulement pour l'avocat, mais également pour les autres professionnels visés par l'art. 321 CP, dont le notaire. Le tiers qui a désormais la qualité pour recourir contre une décision de refus de levée du secret professionnel du notaire prend le risque que celui-ci choisisse de se taire, même si l'autorité de recours conclut à la libération du secret.

En conclusion, bien que la qualité de partie ait été reconnue à des tiers dans la procédure de levée du secret professionnel, ceux-ci ne jouissent pas d'une position forte dans le procès. En effet, lorsque la procédure aboutit à la levée du secret professionnel, on ne peut pas exclure que le notaire décide finalement de se taire. L'avancée de l'ATF 142 II 256 réside essentiellement dans la reconnaissance du droit d'être entendu des tiers à tous les stades de la procédure.

²⁵² CR CP II-CHAPPUIS, n. 149 *ad* art. 321 ; CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 508 s.

²⁵³ CHAPPUIS, *Revue de l'avocat*, p. 509.

g. Recours

Nous allons maintenant nous demander si le recours contre la décision de l'autorité de surveillance en matière de levée du secret professionnel est possible et, le cas échéant, qui a la qualité pour recourir contre cette décision.

Le recours contre cette décision est en principe ouvert. Certaines lois sur le notariat prévoient expressément la possibilité de recourir contre les décisions de l'autorité de surveillance. C'est le cas de la loi fribourgeoise qui prévoit que les décisions prises en application de la loi sont sujettes à recours, conformément au CPJA²⁵⁴. Nous avons vu que l'autorisation de levée du secret professionnel constitue bien une décision. La décision de l'autorité de surveillance est donc sujette à recours selon la loi de procédure fribourgeoise, devant le Tribunal cantonal²⁵⁵. La loi argovienne sur le notariat prévoit également que les décisions de la *Notariatskommission* peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif²⁵⁶.

La loi vaudoise sur le notariat ne prévoit pas expressément que les décisions de la Chambre des notaires en matière de levée du secret puissent faire l'objet d'un recours. Cependant, nous avons vu que la loi de procédure administrative vaudoise s'appliquait à la procédure de levée du secret professionnel. Cette décision peut probablement faire l'objet d'un recours de droit administratif devant la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal en application de l'art. 92 al. 1 LPA-VD.

Dans le canton de Genève, la situation est différente, puisque la loi sur le notariat prévoit que la décision de la Commission de surveillance sur la levée du secret professionnel n'est pas susceptible de recours²⁵⁷. Cette disposition est probablement contraire à l'art. 86 al. 2 LTF qui impose aux cantons de constituer des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorité précédant immédiatement le Tribunal fédéral.

Les décisions de deuxième instance cantonale pourront ensuite faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, selon les art. 82 ss LTF.

La qualité pour recourir devant les tribunaux cantonaux, puis au Tribunal fédéral devrait être identique à la qualité de partie en première instance cantonale. En effet, nous avons vu que l'art. 111 al. 1 LTF impose que la qualité de partie devant toute autorité cantonale précédente doit être reconnue à quiconque a la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. La qualité pour recourir en matière de droit public est décrite à l'art. 89 LTF et prévoit notamment que celui qui dispose d'un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification d'une décision a la qualité pour recourir.

²⁵⁴ Art. 44a al. 1 LN-FR.

²⁵⁵ Art. 114 CPJA.

²⁵⁶ Art. 80 al. 2 BeurG-AG.

²⁵⁷ Art. 7 al. 2 LN-GE.

4. Secret de fonction de l'autorité de surveillance

Dans le cadre de la procédure de levée du secret professionnel, les membres de l'autorité de surveillance chargée de statuer sur la levée du secret sont inévitablement amenés à prendre connaissance de faits couverts par le secret professionnel. La position de l'autorité de surveillance est particulière, car dans le cadre de la procédure de levée du secret, elle a accès à des fait dont même le juge civil n'a pas nécessairement connaissance. En effet, comme nous l'avons vu, même délié de son secret professionnel par l'autorité de surveillance, le notaire reste libre de déposer. L'autorité civile ne peut le contraindre à collaborer selon l'art. 166 al. 1 let. b CPC uniquement si celui-ci a préalablement été délié du secret par son client.

Du fait que l'autorité de surveillance ait accès à des faits secrets, on peut se demander dans quelle mesure les membres de l'autorité de surveillance des notaires sont tenus à un devoir de discrétion par rapport à ce qu'ils apprennent dans le cadre de la procédure de levée du secret professionnel. On pense ici au secret de fonction prévu à l'art. 320 CP. Cet article punit celui qui révèle un secret confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il a eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi. Il prévoit que la révélation n'est pas punissable si elle est faite avec le consentement de l'autorité supérieure. La question centrale est de savoir si les autorités de surveillance des notaires sont astreintes au secret de fonction.

L'art. 320 CP est un délit propre pur qui ne peut être réalisé que par un membre d'une autorité ou un fonctionnaire²⁵⁸. La notion de membre d'une autorité est la même que celle des art. 312 et 314 CP²⁵⁹. Le concept de membre d'une autorité n'est pas décrit dans le code pénal et doit être interprété de manière large, par renvoi aux règles de droit administratif²⁶⁰. Premièrement, est considérée comme un membre d'une autorité la personne qui exerce individuellement ou au sein d'un collège, l'un des trois pouvoirs de l'État (pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire). Le membre d'une autorité peut être chargé uniquement d'une parcelle du pouvoir, pour autant qu'il l'exerce de manière indépendante, c'est-à-dire dans une position non subordonnée²⁶¹. Deuxièmement, sont aussi considérées comme des membres d'une autorité « les personnes extérieures à l'administration chargées de tâches de droit public et dotées d'une compétence décisionnelle relevant de la puissance publique²⁶². »

Nous avons vu, dans le chapitre sur le champ d'application des lois cantonales de procédure administrative, que les autorités de surveillance chargées de statuer sur les autorisations de levée du secret professionnel étaient bien des autorités administratives au sens de ces lois. Nous avons également constaté que ces autorités exerçaient un pouvoir décisionnel quand elles statuaient sur des demandes de levée du secret professionnel. En conséquence, les membres des autorités

²⁵⁸ ATF 142 IV 65, consid. 5.1, JdT 2016 IV 362 ; CORBOZ, n. 6 *ad* art. 320 ; CR CP II-VERNIORY, n. 8 *ad* art. 320 .

²⁵⁹ CR CP II-VERNIORY, n. 8 *ad* art. 320.

²⁶⁰ ATF 114 IV 34, consid 2a, JdT 1989 IV 15 ; CR CP II-POSTIZZI, n. 19 *ad* art. 312.

²⁶¹ CORBOZ, n. 7 *ad* art. 320 ; CR CP II-POSTIZZI, n. 19 *ad* art. 312.

²⁶² ATF 121 II 454, consid. 2, JdT 1997 I 174 ; CR CP II-POSTIZZI, n. 19 *ad* art. 312.

de surveillance en matière de notariat doivent être considérées comme des membres d'autorités au sens de l'art. 320 CP, et sont donc astreints au secret de fonction²⁶³.

L'obligation de garder le secret pour tout fonctionnaire ou membre d'une autorité est contenue dans l'art. 320 CP, sans qu'elle n'ait besoin d'être concrétisée par une loi formelle²⁶⁴. Cependant, il arrive souvent que le droit public cantonal mentionne expressément une catégorie de personnes qui doivent respecter le secret de fonction. Ces rappels n'ont pas d'influence sur le régime juridique applicable aux personnes concernées, mais permettent dans certains cas de clarifier la situation²⁶⁵. En matière de notariat, certaines lois cantonales ont prévu ces précisions pour les membres des autorités de surveillance. C'est le cas dans le canton de Vaud où l'art. 90 al. 1 LN-VD prévoit que « les autorités de surveillance et disciplinaire, ainsi que leurs auxiliaires, sont astreintes au secret de fonction. » La loi argovienne prévoit également que les membres de l'autorité de surveillance sont liés par le secret de fonction²⁶⁶. Les lois des cantons de Genève et Fribourg ne rappellent pas l'obligation de respecter le secret de fonction.

5. Obligation de dénoncer de l'autorité de surveillance

Dans le cadre de la procédure de levée du secret professionnel, les autorités de surveillance des notaires seront peut-être amenées à prendre connaissance d'infractions pénales qui pourront s'avérer d'une certaine gravité. On peut se demander si les autorités de surveillance, bien qu'elles soient soumises au secret de fonction, ont dans ce cas une obligation de dénoncer ces faits à l'autorité de poursuite pénale.

L'obligation de dénoncer des infractions est consacrée à l'art. 302 CPP. L'art. 302 al. 1 CPP oblige les autorités pénales à dénoncer toutes les infractions pénales qu'elles ont constatées dans l'exercice de leurs fonctions ou qui leur ont été annoncées si elles ne sont pas elles-mêmes compétentes pour les poursuivre. Cette disposition ne s'applique qu'aux autorités pénales, et non aux autorités administratives. Les autorités de surveillances des notaires n'entrent donc pas dans le champ d'application de cette disposition.

L'art. 302 al. 2 CPP permet aux cantons de prévoir une obligation de dénoncer pour les membres d'autorités non pénales. Le canton de Genève a utilisé cette possibilité. Ainsi, l'art. 33 al. 1 LaCP²⁶⁷ prévoit que « toute autorité, tout membre d'une autorité, tout fonctionnaire au sens de l'article 110, alinéa 3, du code pénal et tout officier public acquérant, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit poursuivi d'office est tenu d'en aviser sur-le-champ la police ou le Ministère public (art. 302, al. 2, CPP). » Contrairement à l'obligation de dénoncer des autorités pénales prévue à l'art. 302 al. 1 CPP, la loi genevoise limite le devoir de dénoncer des autres autorités à des infraction d'une certaine gravité. Vu la qualification de membre d'une autorité des membres des autorités de surveillance des notaires,

²⁶³ MOOSER, n. 125 et 250.

²⁶⁴ ATF 142 IV 65, consid 5.2, JdT 2016 IV 362 ; CR CP II-VERNIORY, n. 4 *ad* art. 320.

²⁶⁵ CR CP II-VERNIORY, n. 4 *ad* art. 320.

²⁶⁶ Art. 81 al. 1 BeurG-AG.

²⁶⁷ Loi cantonale genevoise d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale du 27 août 2009 (LaCP), RSG E 4 10.

les membres de la Commission de surveillance du canton de Genève sont tenus à l'obligation de dénoncer de l'art. 33 al. 1 LaCP.

Le canton d'Argovie a aussi instauré une obligation de dénoncer dans sa loi d'application du code de procédure pénale²⁶⁸. Ainsi, selon l'art. 34 al. 1 de cette loi, les employés des cantons et des communes sont tenus de dénoncer les crimes et les délits graves dont ils prennent connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. A notre sens, cette obligation vise également, comme dans le canton de Genève, les membres de l'autorité de surveillance des notaires. Les cantons de Vaud et Fribourg n'ont pas fait usage de la possibilité prévue par l'art. 302 al. 2 CPP.

Le code de procédure pénale et ses lois d'application cantonales ne sont pas les seules dispositions légales qui prévoient une obligation de dénoncer pour les personnes soumises au secret de fonction. En effet, il existe une disposition de même nature dans le code civil. L'art. 314d CC prévoit notamment que les personnes qui constatent dans l'exercice d'une fonction officielle que des indices concrets existent que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de l'enfant est menacée et qu'elles ne peuvent pas remédier à la situation dans le cadre de leur activité, sont tenues d'aviser l'autorité de protection de l'enfant. La notion de fonction officielle doit être appréciée de manière large, l'élément déterminant étant que la personne exerce des compétences de droit public²⁶⁹. Les autorités de surveillance en matière de notariat entrent probablement dans cette définition, et sont tenues à cette obligation d'aviser. Il faut encore noter que le destinataire de l'avis n'est pas l'autorité de poursuite pénale, comme dans le cadre des obligations de dénoncer prévues à l'art. 302 CPP, mais exclusivement l'autorité de protection de l'enfant.

Ces obligations de dénoncer sont cependant difficilement conciliables avec la protection que confère le secret professionnel. Dans le cadre de la procédure de levée du secret professionnel prévue à l'art. 321 ch. 2 CP, les autorités de surveillance soumises au secret de fonction prennent connaissance de faits qui ne parviendront pas toujours à la connaissance du public, même si l'autorisation est délivrée. En effet, rappelons que la procédure prévue à l'art. 321 ch. 2 CP a pour objectif de supprimer la punissabilité de la révélation d'un secret par le notaire. L'autorisation de l'autorité de surveillance n'impose pas d'obligation de témoigner au notaire qui conserve sa faculté de refuser de déposer une fois libéré du secret.

A notre sens, il n'est pas pertinent d'imposer une obligation pour les autorités de surveillance de dénoncer des infractions qui, dans le cas où le notaire déciderait finalement de se taire, resteraient confidentielles, même à l'issue de la procédure. En effet, cela reviendrait à rendre publiques des infractions qui n'auraient pas forcément pu l'être, même en cas de libération du secret professionnel. Le résultat serait alors le même que si l'art. 321 ch. 2 CP imposait une obligation de témoigner au notaire, ce qui n'est précisément pas le cas. Selon nous, l'obligation

²⁶⁸ *Einführungsgesetz zur Schweizerischen Strafprozessordnung* (AG) du 16 mars 2010 (EG StPO), SAR 251.200.

²⁶⁹ Message du 15 avril 2015 concernant la modification du code civil (Protection de l'enfant) (FF 2015 p. 3135).

de dénoncer ne doit donc pas être utilisée lorsque le professionnel est en droit de ne pas révéler les faits secrets. En définitive, les obligations de dénoncer exposées ci-dessus ne sont pas applicables dans le cadre de la procédure de levée du secret professionnel, puisque le notaire reste libre de préserver la confidentialité des faits secrets, même si la procédure aboutit à une autorisation de révéler.

IV. Conclusion

Pour conclure, la levée du secret professionnel est prévue par le droit fédéral, mais sa mise en œuvre est confiée aux cantons qui n'ont pas tous prévu une telle procédure dans leur loi sur le notariat. Les lois cantonales de procédure administrative sont applicables à la levée du secret. Outre le professionnel, les clients ont aussi la qualité de partie dans la procédure de levée du secret professionnel. Les tiers qui requièrent le témoignage d'une personne soumise au secret disposent d'un intérêt digne de protection suffisant pour qu'il leur soit reconnu la qualité de partie à la procédure. C'est également le cas des tiers touchés dans leur personnalité par le secret qui souhaitent s'opposer à sa révélation devant l'autorité de surveillance. Malgré le fait que les tiers soient reconnus comme parties à la procédure de levée du secret professionnel, ceux-ci jouissent d'une position moins favorable que le professionnel dans la procédure, étant donné qu'ils courent le risque que le professionnel choisisse finalement de se taire une fois l'autorisation obtenue. En définitive, l'avancée principale que représente la reconnaissance des tiers comme parties à la procédure de levée du secret réside dans le fait que ceux-ci jouissent désormais du droit d'être entendu à tous les stades de la procédure.

Afin de préserver le secret face aux tiers parties à la procédure, le maître qui s'oppose à la révélation du secret n'a pas besoin de détailler son argumentation lorsque les faits concernés relèvent de sa sphère intime. Les exigences de justification sont en revanche plus élevées lorsque les faits concernés ne relèvent pas spécialement de la sphère intime du maître. Dans le même objectif de protection du secret, l'accès au dossier des tiers parties à la procédure peut être restreint concernant les faits qui touchent la sphère intime du maître du secret.

Avant de prendre sa décision, l'autorité doit procéder à une balance entre l'intérêt à la manifestation de la vérité et l'intérêt au maintien du secret. Seuls des intérêts privés ou publics nettement prépondérants peuvent justifier la levée du secret professionnel. Cette pesée des intérêts peut varier en fonction des spécificités des cantons, puisque les motifs de l'autorisation découlent du droit cantonal. La décision de l'autorité de surveillance est en principe susceptible de recours en deuxième instance cantonale puis au Tribunal fédéral, sauf dans le canton de Genève où le recours en deuxième instance cantonale est fermé.

Les membres des autorités de surveillance sont tenus au secret de fonction. Il existe dans la législation fédérale et cantonale des obligations pour les autorités de dénoncer certaines infractions. Celles-ci ne sont néanmoins pas applicables aux autorités de surveillance lorsqu'elles statuent sur des demandes de levée du secret professionnel.

V. Table des abréviations

al.	alinéa
art.	article
AG	Canton d'Argovie
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BE	Canton de Berne
BeurG	Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz (AG) du 30 août 2011, SAR 295.200
BSK	Basler Kommentar
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
ch.	chiffre
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse, Livre cinquième : Droit des obligations du 30 mars 1911, RS 220
consid.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CPJA	Code de procédure et de juridiction administrative fribourgeois du 23 mai 1991, RSF 150.
CPP	Code de procédure pénale du 5 octobre 2007, RS 312.0
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
FF	Feuille fédérale suisse
FR	Canton de Fribourg
GE	République et Canton de Genève
JdT	Journal des tribunaux
LaCP	Loi genevoise d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale du 27 août 2009, RS E 4 10
LATC	Loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions du 4 décembre 1985, RSV 700.11
let.	lettre
LLCA	Loi sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000, RS 935.61
LN-BE	Loi cantonale bernoise du 22 novembre 2005 sur le notariat, RSB 169.11
LN-FR	Loi cantonale fribourgeoise du 20 septembre 1967 sur le notariat, RSF 261.1
LN-GE	Loi cantonale genevoise du 21 janvier 1989 sur le notariat, RSG E 6 05
LN-VD	Loi cantonale vaudoise du 29 juin 2004 sur le notariat, RSV 178.11
LPA-GE	Loi cantonale genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative, RSG E 5 10
LPA-VD	Loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), RS 173.110
n.	numéro(s) marginal(aux)
n°	numéro(s)

p.	page(s)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSG	Recueil systématique genevois
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
s.	suivant(e)
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SJ	La Semaine judiciaire
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
ss	suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral suisse
VD	Canton de Vaud
vol.	Volume
VRPG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (AG) du 4 décembre 2007, SAR 271.200.
ZPO	CPC

VI. Bibliographie

BERTOSSA Bernard, Le secret professionnel de l'avocat, Note sur la jurisprudence de la Commission de surveillance, SJ 1981, p. 321 s.

BIANCHI François, Demandes de renseignements dans le cadre d'une succession : l'avocat et le notaire peuvent-ils opposer leur secret professionnel ?, Not@lex 2012, p. 85 ss.

BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/SCHWEIZER Philippe/TAPPY Denis (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (cité « CPC-AUTEUR »).

BOHNET François/MARTENET Vincent, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009.

BOLL Jürg, Die Entbindung von Arzt- und Anwaltsgeheimnis, thèse, Zurich 1983.

BOVAY Benoît, Le permis de construire en droit vaudois, 2^{ème} éd., Lausanne 1988 (cité « BOVAY, permis de construire »).

BOVAY Benoît, Procédure administrative, 2^{ème} éd., Berne 2015.

BRÜCKNER Christian, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich 1993.

CARLEN Louis, Notariatsrecht der Schweiz, Zurich 1976.

CHAPPUIS Benoît, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2016.

CHAPPUIS Benoît, Le droit des tiers dans la procédure de levée du secret : l'ATF 142 II 256, Revue de l'avocat 2018, p. 504 ss (cité « CHAPPUIS, Revue de l'avocat »).

CORBOZ Bernard, Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP, SJ 1993, p. 77 ss (cité « CORBOZ, SJ »).

CORBOZ Bernard, Les infractions de droit suisse, vol. 2, 3^{ème} éd., Berne 2010.

D'AUMERIES Sylvie, La responsabilité civile du notaire et son assurance : étude de droit vaudois, thèse, Lausanne 1980.

DONATSCH Andreas/ THOMMEN Marc/WOHLERS Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève, 2017.

EIGENMANN Antoine, Succession et secrets, in : Journée de droit successoral 2019, Berne 2019.

ERNI Lorenz, Anwaltsgeheimnis und Strafverfahren, Das Anwaltsgeheimnis, vol. 4, Zurich 1997, p. 5 ss.

FAESSLER Cécile, Le secret professionnel du notaire et le droit aux renseignements des héritiers, Not@lex 2012, p. 108 ss.

FAVRE Christian/STOUDMANN Patrick, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites, in : CHAUDET François/RODONDI Olivier (édit.), L'avocat moderne, Regards sur une profession dans un monde qui change, Bâle 1998, p. 301 ss.

FELLMANN Walter, Anwaltsrecht, 2^{ème} éd., Berne 2017.

GRISEL Clémence, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2008.

HÄNER Isabelle, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, thèse, Zurich 2000.

JEANDIN Etienne, La profession de notaire, Genève/Zurich/Bâle, 2017.

MACALUSO Alain/MOREILLON Laurent/QUELOZ Nicolas (édit.), CR Code pénal II, Bâle 2017 (cité : « CR CP II-AUTEUR »).

MANFRINI Pierre-Louis/PEREGRINA Daniel, La qualité de partie dans les procédures cantonales non contentieuses, RDAF 1985, p. 337 ss.

MICHEL Jean-Tristan, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (1^{ère} partie), Revue de l'avocat 2009, p. 499 ss (cité « MICHEL, 1^{ère} partie »).

MICHEL Jean-Tristan, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (2^{ème} partie), Revue de l'avocat 2009, p. 546 ss (cité « MICHEL, 2^{ème} partie »).

MOOR Pierre/POLTIER Etienne, Droit administratif, vol. 2, Les actes administratifs et leur contrôle, 3^{ème} éd., Berne 2011.

MOOSER Michel, Le droit notarial en Suisse, 2^{ème} éd., Berne 2014.

NIGGLI Marcel Alexander/WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), BSK Strafrecht II, 4^{ème} éd, Bâle 2019 (cité : « BSK StGB II-AUTEUR »).

PIOTET Denis, De certains aspects civils de la révélation du secret privé pénalement protégé, in : Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges J. Gauthier 1996, p. 333 ss (cité « PIOTET, révélation »).

PIOTET Denis, Le secret professionnel du notaire, Conférence ICONE 2000 (cité « PIOTET, secret professionnel »).

PIOTET Denis, Le secret professionnel du notaire et le nouveau code de procédure civile, Not@lex 2009, p. 78 ss (cité « PIOTET, procédure civile »).

RUF Peter, Notariatsrecht, Lagenthal 1995.

SCHAFFNER Marc-Antoine, L'autorisation de révéler un secret professionnel, thèse, Lausanne 1952.

SCHLAEPPI Julien, La rémunération du notaire de tradition latine, Étude de droit suisse et de droit comparé, thèse, Genève/Bâle/Zurich 2009.

SCHILLER Kaspar, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Zurich 2009.

SCHWAAB Jean Jacques, Devoirs de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces, thèse, Lausanne 1976.

SPÜHLER Karl/TENCHIO Luca/INFANGER Dominik (édit.), BSK Schweizerische Zivilprozessordnung, 3^{ème} éd., Bâle 2017 (cité : « BSK ZPO-AUTEUR »).

STOCKER Werner, Das Anwaltsgeheimnis, RPS 1953, p. 1 ss.

TESTA Giovanni Andrea, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, thèse, Zurich 2001.

TRECHSEL Hans/PIETH Mark (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3^{ème} éd., Zurich 2018 (cité « TRECHSEL/AUTEUR »).

VALTICOS Michel/JACQUEMOUD-ROSSARI Laura, La jurisprudence de la Commission du barreau 2002-2006, SJ 2007 II p. 255 ss.

VALTICOS Michel/REISER Christian M./CHAPPUIS Benoît (édit.), CR Loi sur les avocats, Bâle 2010 (cité : « CR LLCA-AUTEUR »).

VIELI Lelio, Der Anwalt als Partei im Zivilrecht, Das Anwaltsgeheimnis, vol. 2, Zurich 1994, p. 33 ss.

WALDER Hans, Strafrecht und Notariatswesen, RNRF 43/1962, p. 129 ss.

WEGMANN Paul, Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, thèse, Zurich 1969.

WOLF Stephan (édit.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Berne 2009 (cité : « WOLF/AUTEUR »).

WOLFFERS Felix, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, thèse, Zurich 1986.