

*Prof. Laurent Moreillon, Doyen de la Faculté
Université de Lausanne
Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique
Ecole de droit
Centre de droit pénal*

AVIS DE DROIT

I. Présentation de l'expert

1. Je soussigné, Laurent Moreillon, indique résider à Lausanne, en Suisse. Je suis titulaire d'une licence et d'un doctorat en droit décernés par la Faculté de droit, de sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne et d'un brevet d'avocat.
2. Membre notamment de l'Ordre des avocats vaudois, je pratique en droit pénal, droit commercial, droit bancaire, droit des contrats et entraide internationale en matière pénale. J'enseigne à l'Université de Lausanne le droit pénal, la procédure pénale et l'entraide internationale en matière pénale et dirige et enseigne le Master en Procédures judiciaires. J'assume en outre la fonction de Doyen de la Faculté.

II. Documentation consultée

3. Aux fins de cet avis de droit, j'ai pris connaissance du courrier adressé par la Direction du Registre foncier à l'Ordre des avocats vaudois, du 17 juillet 2018, ainsi que du Tarif annuel concernant la consultation par les avocats, membres de l'OAV ou par les membres de l'Association des agents d'affaires brevetés et de la Convention d'utilisation des données du Registre foncier sur le site internet www.rf.vd.ch, du 19 septembre 2018.
4. J'ai également consulté l'ordonnance pénale du 4 septembre 2012, rendue par le Ministère public de l'Etat de Fribourg, ainsi que le jugement du 6 juin 2016, rendu par le Tribunal cantonal du Valais.

III. Mission

5. Le mandat confié au soussigné consiste à examiner si le fait, pour un avocat, membre de l'Ordre des avocats vaudois (ci-après : les avocats vaudois), de produire des extraits complets

du Registre foncier (sur la base de l'accès en ligne, sans caviarder la mention des gages immobiliers) pourrait constituer une infraction pénale.

6. Je précise d'emblée que cet avis de droit n'a pas vocation à traiter des conditions d'éventuelles actions en responsabilité fondées sur l'art. 41 du Code des obligations, en lien notamment avec une possible violation de l'art. 28 du Code civil ou de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale, dont la possibilité demeure réservée.

IV. Droit et application à la problématique soumise à l'expert

7. Compte tenu du complexe de faits et des infractions mentionnées dans la documentation consultée, il y a lieu d'examiner la réalisation des éléments constitutifs des art. 320 et 321 du Code pénal suisse (ci-après : CP), à savoir la violation du secret de fonction et la violation du secret professionnel (*sections B et C*), après avoir dans un premier temps rappelé la notion de secret, commune à ces deux infractions (*section A*).
8. A titre liminaire, il est précisé que l'art. 147 CP, réprimant l'utilisation frauduleuse d'un ordinateur, a été exclu de l'examen dès lors que cette infraction requiert une utilisation de données de manière indue, respectivement une utilisation non-autorisée, ayant une influence sur un processus électronique ou similaire de traitement ou de transmission de données. Or, dans le cas particulier, c'est de manière parfaitement autorisée que les avocats vaudois accèdent au site internet www.rf.vd.ch, en application de la Convention d'utilisation des données du Registre foncier, et en utilisant les accès qui leur ont été donnés justement dans le but de permettre la consultation, ce qui exclut toute possibilité d'application de la disposition précitée.

A. La notion de secret dans le cadre des art. 320 et 321 CP

9. Avant toute chose, il convient de rappeler que, de manière générale, la notion de secret s'interprète de la même manière dans le cadre des art. 320 et 321 CP (PC CP, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017, n. 24 ad art. 321).

i) Notion

10. La notion de secret est une notion matérielle et non formelle. Il n'est ainsi pas déterminant que le fait soit déclaré secret en vertu d'une loi fédérale ou cantonale. Il faut uniquement que le fait remplisse les conditions d'un véritable secret, tel que défini par la jurisprudence (PC CP, *op. cit.*, n. 14 ad art. 320 et les références citées).
11. Un secret est ainsi, selon la définition du Tribunal fédéral, un fait qui ne soit connu ou accessible qu'à un cercle restreint de personnes, et que son détenteur veuille garder ce fait

secret, et y ait un intérêt légitime (ATF 142 IV 65, c. 5.1, cité *in* Jean-Marc Verniory, CR CP II, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017, n. 14 ad art. 320).

12. En ce qui concerne la restriction à un cercle limité de personnes, il ne peut donc pas s'agir d'un fait notoire ou facile à connaître (PC CP, *op. cit.*, n. 17 ad art. 320 et les références citées). Le fait ne devant pour être protégé pénalement être connu de/ou accessible qu'à un petit nombre de personnes, il suffit que cette information soit largement accessible pour que le comportement soit impunissable. On peut considérer comme non notoires les informations contenues dans des sites payants ou d'accès limité, à l'inverse de données que l'on peut trouver directement sur Internet (Jean-Marc Verniory, *op. cit.*, n. 19 ad art. 320).
13. Il faut encore que le maître du secret ait la volonté de garder le fait confidentiel, cette volonté pouvant se manifester expressément ou tacitement et résultant généralement des circonstances (PC CP, *op. cit.*, n. 18 ad art. 320 et les références citées ; TF, arrêt 6B_532/2017, du 28 février 2018). Il s'agit de la conception subjective du secret (Jean-Marc Verniory, *op. cit.*, n. 31 ad art. 321).
14. Enfin, il est nécessaire qu'il existe un intérêt légitime au maintien du secret. Cet intérêt peut être celui de la collectivité ou celui de particuliers. Pour décider s'il est digne de protection, il faut examiner le contenu des actes soumis au secret. L'intérêt privé existe lorsque la révélation des faits risque de porter préjudice à la personne en cause (PC CP, *op. cit.*, n. 20 ad art. 320 et les références citées).

ii) En lien avec les données du Registre foncier

15. Aux termes de l'art. 970 al. 1 du Code civil (ci-après : CC), dans sa version actuelle, celui qui fait valoir un intérêt a le droit de consulter le registre foncier ou de s'en faire délivrer des extraits. L'al. 2 prévoit un accès libre à certaines informations du grand livre, à savoir la désignation de l'immeuble et son descriptif (ch. 1), le nom et l'identité du propriétaire (ch. 2) ainsi que le type de propriété et la date d'acquisition (ch. 3). Enfin, l'al. 3 dispose que le Conseil fédéral détermine quelles autres indications, en matière de servitudes, de charges foncières et de mentions, peuvent être mises à la disposition du public sans justification d'un intérêt particulier ; ce faisant, il tient compte de la protection de la personnalité.
16. L'art. 970 al. 2 CC et l'art. 26 de l'Ordonnance sur le registre foncier (ci-après : ORF) déterminent donc les données du grand livre auxquelles toute personne a accès sans qu'elle ne soit tenue de rendre vraisemblable un intérêt (Pascal Pichonnaz/Franz Werro, La jurisprudence récente en droit privé/VII. Les droits réels, Journées suisses du droit de la construction 2017, p. 300 et les références citées). En effet, à l'art. 26 ORF – qui a remplacé l'ancien art. 106 ORF – le Conseil fédéral a fait usage de la possibilité, qui lui a été conférée à l'art. 970 al. 3 CC, de déterminer les autres indications pouvant être mises à disposition du public sans justification d'un intérêt particulier : hormis les données prévues à l'art. 970 al. 2 CC (let. a), peuvent ainsi être consultées librement les servitudes et les charges foncières

(let. b), les mentions, à l'exception des blocages du registre foncier de l'art. 80 al. 6 et du droit cantonal, des restrictions du droit d'aliéner et à la propriété en matière d'encouragement à la propriété du logement, ainsi que certaines restrictions à la propriété fondées sur le droit cantonal et ayant un caractère de droit de gage (let. c) (ATF 132 III 603, c. 4.2). Les cantons sont habilités à rendre publiques sur Internet les données du grand livre que toute personne peut consulter sans être tenue de rendre vraisemblable un intérêt et qui sont prévues à l'art. 26 al. 1 let. a ORF (art. 27 al. 1 ORF).

17. En revanche, les données relatives aux gages immobiliers et les annotations sont exclues du champ des données accessibles sans condition, afin de respecter la protection des droits de la personnalité (Jürg Schmid, BK, Zivilgesetzbuch II, 5^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2015, n. 9d ad art. 970 (en traduction libre)).
18. En vertu de l'art. 28 al. 1 ORF, sur la base de conventions particulières, un accès aux données du grand livre, du journal et des registres accessoires peut être donné aux personnes et autorités suivantes sans qu'elles ne soient tenues de rendre vraisemblable un intérêt en l'espèce, à savoir notamment les avocats inscrits au registre des avocats, s'agissant des données nécessaires à l'exercice de leur profession (let. c).
19. Dans le Canton de Vaud, une telle convention existe entre les avocats vaudois et le Registre foncier. La convention d'utilisation des données du registre foncier indique ce qui suit :

« Le registre foncier autorise les personnes soussignées à se connecter sur son serveur et à en consulter les données.

Les personnes autorisées reconnaissent que ces données restent propriété du registre foncier et sont en partie confidentielles (art. 970 CC). Pour la consultation, elles s'engagent à consulter uniquement les données dont elles ont besoin pour accomplir leurs activités dans le domaine immobilier ou hypothécaire. La rediffusion des données est soumise à autorisation et leur utilisation à des fins de démarchage est interdite, Le registre foncier opérera des vérifications et des comptages. Les abus seront poursuivis. ».
20. Au vu de ce qui précède, seules les données librement accessibles, sans que la vraisemblance d'un intérêt particulier ne soit nécessaire, sortent du cadre de protection pénalement reconnu, dès lors qu'elles ne sont pas réservées à un cercle restreint de personnes. Il y a donc lieu d'admettre que la production d'extraits sur lesquels figurent uniquement de telles données ne tombe sous le coup d'aucune disposition pénale, ces données ne répondant pas à la notion de secret.
21. Il en va différemment des données qui ne sont pas librement accessibles au public, telles que les gages immobiliers et annotations, dont l'accès est réservé aux personnes et autorités mentionnées à l'art. 28 al. 1 ORF, conditionné au paiement d'un abonnement annuel. Ces données devraient en effet être considérées comme secrètes, pour autant qu'elles répondent

aux autres conditions posées par la jurisprudence (*supra* : ch. 13 et 14), ce qui devra faire l'objet d'un examen au cas par cas.

22. En définitive, c'est donc la problématique de la production d'extraits comprenant de telles données (gages immobiliers et annotations) qui sera examinées ci-après.

B. La violation du secret de fonction (art. 320 CP)

23. Aux termes de l'art. 320 CP, celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure. Sur le plan subjectif, l'infraction réprimée par l'art. 320 CP est intentionnelle. Le dol éventuel suffit (ATF 127 IV 122, c. 1).
24. L'infraction de violation du secret de fonction est un délit propre pur. Elle ne peut être commise que par un fonctionnaire ou par un membre d'une autorité. Revêtent la qualité de fonctionnaires au sens de l'art. 110 al. 3 CP, notamment les fonctionnaires et les employés d'une administration publique (TF, arrêt 6B_532/2017, du 28 février 2018 et la référence citée, ATF 142 IV 65, c. 5.1). Par conséquent, une personne qui ne revêt pas les qualités précitées ne peut se rendre coupable de violation du secret de fonction, sauf en tant qu'instigateur ou complice, selon les art. 24 et 25 CP (PC CP, *op. cit.*, n. 43 ad art. 320 et les références citées).
25. L'instigation implique une influence psychique ou intellectuelle directe sur la formation de la **volonté d'autrui** (PC CP, *op. cit.*, n. 2 ad art. 24 et les références citées). L'instigation consiste à susciter chez autrui la décision de commettre un acte déterminé. La décision de l'instigué de commettre l'acte doit résulter du comportement incitatif de l'instigateur; il faut donc qu'il existe un rapport de causalité entre ces deux éléments. Il n'est pas nécessaire que l'instigateur ait dû vaincre la résistance de l'instigué; la volonté d'agir peut être déterminée même chez celui qui est disposé à agir ou chez celui qui s'offre à accomplir un acte réprimé par le droit pénal et cela aussi longtemps que l'auteur ne s'est pas encore décidé à passer à l'action concrètement. L'instigation n'entre en revanche pas en considération si l'auteur de l'acte était déjà décidé à le commettre (ATF 128 IV 11, c. 2a).
26. Compte tenu de l'accès privilégié dont bénéficient les avocats vaudois au site Internet du Registre foncier (*supra* : ch. 18 et 19), force est de constater qu'aucun fonctionnaire n'intervient dans le processus d'obtention des extraits complets du Registre foncier, les informations étant obtenues par le biais d'un support informatique. Cet état de fait exclut d'emblée toute éventuelle instigation ou complicité à une violation du secret de fonction.
27. Dans tous les cas, l'expert relève que, même si la demande était faite par un avocat vaudois à un employé du Registre foncier, sans passer par le site Internet, l'infraction de violation du

secret de fonction ne serait pas plus réalisée, dans la mesure où l'art. 28 ORF autorise les avocats vaudois à se voir remettre des extraits complets.

C. La violation du secret professionnel (art. 321 CP)

28. Selon l'art. 321ch. 1 CP, les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, conseils en brevet, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit (ch. 2). Sur le plan subjectif, l'infraction est intentionnelle, le dol éventuel étant suffisant. L'intention doit porter sur la connaissance des circonstances qui fondent tant le caractère secret de l'information, la qualité professionnelle du détenteur du secret et la révélation (PC CP, *op. cit.*, n. 35 ad art. 321 et les références citées). L'infraction peut également être commise par omission, les professionnels étant dans une position de garant en raison de leur devoir de garder le secret (Benoît Chappuis, CR CP II, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2017, n. 70 ad art. 321).
29. L'art. 321 CP décrit un délit propre pur que seule une catégorie de professionnels peut enfreindre (PC CP, *op. cit.*, n. 6 ad art. 321). Sont des avocats au sens de cette disposition les titulaires du brevet d'avocat cantonal ou étranger, qui exercent leur profession à titre indépendant ou comme employés dans une étude d'avocats (PC CP, *op. cit.*, n. 13 ad art. 321 et les références citées).
30. Au plan objectif, l'art. 321 CP suppose – outre que l'auteur ait qualité d'une des professions énumérées, dont les avocats font partie – un secret à lui confié en vertu de sa profession ou dont il avait eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, un comportement typique, soit la révélation du secret, une prise de connaissance par un tiers non autorisé et un lien de causalité entre les deux éléments précités (PC CP, *op. cit.*, n. 9 ad art. 321).
31. Pour être considérée comme secrète, l'information confidentielle doit avoir été soit confiée à un professionnel soit apprise par ce dernier d'une autre source dans l'exécution du mandat, pour autant que cela ait été le cas dans le contexte de l'activité déployée pour le compte du titulaire du secret. S'agissant du second cas, les informations peuvent être données par des tiers (proches, employeur, banques, administrations, assurances, etc.), soit que l'intéressé ait instruit son mandataire de recueillir de telles informations, soit que ce dernier le fasse de sa propre initiative, sans même en informer préalablement l'intéressé (Benoît Chappuis, *op. cit.*, nn. 57 et 59 ad art. 321).
32. La délimitation des activités pour lesquelles une information peut être considérée comme ayant été apprise dans l'exercice de la profession est nécessaire pour les avocats, tant il est

vrai que cette profession englobe des activités variées, certaines dites typiques étant protégées par le secret, alors que d'autres, dites atypiques, ne le sont pas (Benoît Chappuis, *op. cit.*, n. 61 ad art. 321 et les références citées).

33. Le secret professionnel des avocats ne couvre que leur activité professionnelle spécifique et ne s'étend pas à une activité - notamment commerciale - sortant de ce cadre. Entrent dans la notion d'activité typique de l'avocat, couverte par le secret professionnel, la rédaction de projets d'actes juridiques, l'assistance et la représentation d'une personne devant des autorités administratives ou judiciaires, ainsi que les conseils juridiques (TF, arrêt 1B_486/2017, du 10 avril 2018, c. 3.2 et les références citées).
34. S'agissant des personnes protégées par l'art. 321 CP, c'est avant tout la personne consultant un professionnel et lui confiant à ce titre des faits confidentiels, qui est le bénéficiaire du secret (TF, arrêt 1B_596/2012, du 14 février 2013, c. 2.4).
35. La question de savoir si la protection du secret professionnel profite directement aux tiers, autrement dit si ces derniers sont personnellement protégés par la norme et peuvent l'invoquer à leur profit, est délicate (Benoît Chappuis, *op. cit.*, n. 110 ad art. 321). Si certains auteurs autorisés, tel que Chappuis, qui se considère toutefois comme minoritaire, admettent que le tiers peut faire l'objet de la protection du secret – estimant cette opinion serait cohérente avec l'idée que l'obligation du secret ne nécessite pas l'existence d'un mandat et qu'elle naît, selon le texte même de l'art. 321 CP, pour ce que les professionnels apprennent en vertu de leur profession – (Benoît Chappuis, *op. cit.*, n. 113 ad art. 321 et les références doctrinales citées ; en particulier Stefan Trechsel/Mark Pieth, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxislcommentar*, 3^e éd., Dike, Zürich 2017, nn. 20 et 22 ad art. 321, qui admettent une protection, à tout le moins dans certains cas spécifiques, notamment dans le domaine médical), en l'état actuel du droit, le Tribunal fédéral considère que seul le rapport de confiance entre l'avocat et son client fonde l'existence du secret, la partie adverse ne pouvant en particulier pas s'en prévaloir, ses droits étant protégés par les droits de la protection de la personnalité, en particulier l'art. 28 CC (TF, arrêt 1B_596/2012, du 14 février 2013, c. 2.4).
36. L'expert relève que si l'arrêt du Tribunal fédéral précité n'a pas été publié et n'est pas un arrêt de principe, ayant été rendu à trois juges uniquement, il constitue toutefois le droit existant de sorte qu'il ne se justifie pas de s'écarter de la solution clairement retenue par notre Haute Cour. Il relève au demeurant qu'un des trois juges fédéraux était Nicolas Oberholzer, qui a commenté dans le Basler Kommentar l'article 321 CP et qui n'a pas soutenu une position contraire (Niklaus Oberholzer, BK, *Strafrecht II*, 3^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2013, nn. 6 à 34 ad art. 321).
37. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que, pour autant que le client de l'avocat vaudois consente à la production d'un extrait complet du Registre foncier en procédure, les éléments constitutifs de l'infraction réprimée par l'art. 321 CP ne sont pas réalisés, la partie adverse ne

pouvant pas se prévaloir d'être personnellement protégée par la norme précitée et, partant, en invoquer la violation.

V. Synthèse : conclusions et recommandations

38. En définitive, de l'avis de l'expert, il apparaît que la production d'extraits complets du Registre foncier en procédure ne remplit les éléments constitutifs d'aucune infraction pénale et ne constitue en particulier pas une violation du secret professionnel de l'avocat vaudois.
39. Le comportement précité ne tombe en particulier pas sous le coup de l'art. 35 de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD), qui prévoit une peine d'amende, dans la mesure où cette disposition s'applique uniquement à la révélation de données personnelles secrètes et sensibles, qui sont exhaustivement listées à l'art. 3 let. c LPD (SJ 2017 II 193), dont ne font pas parties les gages immobiliers. La non-application de cette disposition est en outre confirmée par l'exclusion prévue à l'art. 2 al. 2 let. c LPD, qui prévoit que la LPD ne s'applique pas aux procédures civiles pendantes. Selon le Tribunal fédéral, lors d'un procès pendant, les personnes impliquées ne peuvent se référer à la LPD, parce que leur position juridique est réglée par les dispositions de procédure. Le but de l'art. 2 al. 2 let. c LPD est d'éviter une collision de normes. L'objectif du législateur est d'établir une coordination entre les différentes lois (Alexandre Flückiger, Stéphanie Dahmen, *La révision de la protection des données en Europe et la Suisse*, Forum droit européen Band/Nr. 38, 2016, p. 34-35 et la référence citée TF, arrêt 4A_188/2015, du 31 août 2015). Les règles spéciales de la procédure assurent déjà suffisamment la protection de la personnalité et il s'agit d'éviter un conflit de normes (TF, arrêt 4A_63/2016, du 10 octobre 2016, c. 5.2.2).
40. Force est toutefois de préciser que la prudence commande de caviarder les mentions des gages immobiliers et annotations, lorsque ces dernières ne sont pas déterminantes pour la procédure dans le cadre de laquelle les extraits du Registre foncier sont produits par l'avocat vaudois. Sont en effet réservées les prétentions dérivant d'actes illicites au sens des articles 41ss CO et 28ss CC dans l'hypothèse où la révélation de telles données serait susceptible de causer un dommage aux tiers lésés.
41. Il est également rappelé que les présentes conclusions et recommandations sont valables uniquement s'agissant de l'obtention, par des avocats vaudois, d'extraits du Registre foncier vaudois.

* * *

Ainsi fait à Lausanne, le 11 janvier 2019

Prof. Laurent Moreillon

