

[Traduction libre du texte original allemand]

Morat, le 13 mai 2022

Sanctions selon la Loi sur les embargos, Ordonnance Ukraine et secret professionnel de l'avocat

Les avocats soumis à la LLCA sont-ils tenus de renseigner au sens de l'art. 16 de l'Ordonnance Ukraine ?

Le présent texte se réfère à l'Ordonnance Ukraine (RS 946.231.176.72) dans son état au 4 mai 2022

1.

L'art. 1 al. 3 let. b de la Loi du 22 mars 2002 sur les embargos¹ (LEmb) dispose que les mesures de coercition au sens de ladite loi peuvent notamment prendre la forme d'interdictions, d'obligations de demander une autorisation ou de déclarer ou d'autres limitations de droits. L'art. 2 LEmb dispose que le Conseil fédéral a la compétence d'édicter les mesures de coercition. Celles-ci prennent la forme d'ordonnances en vertu de l'al. 3.

Sur cette base, le Conseil fédéral a édicté le 4 mars 2022 l'Ordonnance instituant des mesures en lien avec la situation en Ukraine (Ordonnance Ukraine).² Son art. 16 oblige « [l]es personnes et institutions qui détiennent ou gèrent des avoirs ou qui ont connaissance de ressources économiques dont il faut admettre qu'ils tombent sous le coup du gel des avoirs prévu à l'art. 15, al. 1 » de les déclarer sans délai au SECO (al. 1), cette déclaration devant mentionner « le nom du bénéficiaire ainsi que la nature et la valeur des avoirs et des ressources économiques concernés » (al. 2).

¹ LF sur l'application de sanctions internationales (Loi sur les embargos, LEmb) du 22 mars 2002, RS 946.231.

² RO 2022 151.

Ces dispositions contreviennent, d'une part, à l'art. 13 de la Loi sur les avocats³ aux termes duquel « [l']avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession ; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers », la loi précisant expressément que la levée du secret professionnel de l'avocat ne l'oblige pas à divulguer des faits qui lui ont été confiés. D'autre part, ces obligations d'annonce se heurtent à l'art. 321 CP (secret professionnel) qui punit la violation du secret professionnel d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. Cette norme s'adresse non seulement aux avocats, mais aussi aux « 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 [...] ». Le ch. 3 de cette disposition a été modifié en 2019 de manière à réserver « les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice ».⁴

L'ordre chronologique est donc le suivant :

- 1942 : art. 321 CP,
- 2000 : art. 13 LLCA,
- 2002 : Loi sur les embargos,
- 2019 : Modification de l'art. 321 ch. 3 CP,
- 2022 : Ordonnance Ukraine.

2.

S'agissant du secret de l'avocat et du secret professionnel, il convient de préciser d'emblée qu'il ne s'agit *pas de droits, mais d'obligations imposées au détenteur du secret*. L'« ayant droit », s'il en existe un, est donc le maître du secret, c'est-à-dire habituellement le client, et non son détenteur. Le maître du secret peut légitimement s'attendre à ce que les secrets qu'il révèle ne soient pas divulgués. L'affirmation courante selon laquelle il existerait un intérêt commun au secret de l'avocat et au secret professionnel est exacte mais signifie uniquement qu'il existe un intérêt commun à la *possibilité même* de confier ses secrets à quelqu'un sans craindre qu'ils ne soient divulgués (p. ex. dans les domaines de la santé ou du droit). Sans engagement de confidentialité, il n'y aurait pas de confidentialité possible. La possibilité même d'une confidentialité est dans l'intérêt commun. En revanche, l'intérêt concret protégé par le secret professionnel n'est pas un intérêt collectif ou commun mais un intérêt strictement privé, à savoir l'intérêt du maître du secret au maintien du secret. Cela est illustré à l'art. 321 CP par le fait que la norme est conçue comme une infraction poursuivie sur plainte. Un droit de plainte du maître du secret concernant un intérêt collectif serait tout simplement illogique.

Les obligations d'annonce ou de communication des détenteurs de secrets ne les concernent donc que dans la mesure où ils peuvent justifier leur divulgation et exclure ainsi leur punissabilité. Or, les obligations de déclarer portent atteinte ou violent principalement les intérêts des *maîtres du*

³ Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA) du 23 juin 2000, RS 935.61.

⁴ Nouvelle teneur selon l'annexe ch. 1 de la LF du 15 déc. 2017 (Protection de l'enfant), en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2019 (RO 2018 2947 ; FF 2015 3111).

secret, c'est-à-dire des clients. Cela montre déjà qu'une obligation de divulgation ou d'annonce postérieure (c'est-à-dire ultérieure à la communication du secret au détenteur) serait inadmissible car elle violerait les droits des maîtres du secret qui ne les auraient pas confiés s'ils avaient su qu'ils ne seraient pas protégés par le secret.

Dans le pire des cas, une telle obligation postérieure de déclarer violerait directement le *droit de ne pas s'auto-incriminer* et, partant, la *CEDH*.

Une telle conséquence ne peut être évitée que si les obligations imposées au détenteur du secret (obligations d'annonce, de communiquer et de renseigner) portent tout au plus sur les secrets futurs et que le détenteur du secret informe préalablement les maîtres du secret de ses obligations. S'il ne veut pas violer le droit de la profession d'avocat, le détenteur du secret a donc, à tout le moins, un devoir d'information.

3.

Le secret professionnel au sens de l'art. 321 CP et le secret de l'avocat au sens de l'art. 13 LLCA ne sont pas identiques, ils ne coïncident pas parfaitement. Le secret professionnel s'applique aux avocats, aux notaires et aux conseils en brevet mais également, au-delà du domaine juridique, aux professions médicales, aux psychologues, aux réviseurs et aux ecclésiastiques. Le cercle des détenteurs du secret est donc différent. Les secrets protégés sont également différents : contrairement au secret de l'avocat qui ne vise que les secrets confiés à l'avocat par son client, le secret professionnel couvre non seulement tout ce qui a été confié mais encore tout ce qui a été appris dans l'exercice de la profession. Le secret professionnel est donc plus large que le secret de l'avocat tant s'agissant de ses destinataires que des secrets protégés, le secret de l'avocat ne protégeant pas toute activité juridique mais seulement celle relevant du monopole de l'avocat. Les éventuelles restrictions au secret professionnel (plus large) de l'art. 321 CP ne sauraient donc s'étendre au secret (plus étroit) de l'avocat. Le fait que l'activité exercée dans le cadre d'un monopole accordé par l'État soit soumise à conditions indique déjà que, s'agissant de *cette* activité, les règles et restrictions générales ne sauraient primer l'obligation correspondante de garder le secret, une base légale spéciale et expresse étant au contraire nécessaire.

4.

En ce qui concerne la restriction du secret professionnel de l'art. 321 CP par son ch. 3, il convient de relever que lors de la modification de la loi en 2015, seul le bien de l'enfant a été invoqué pour justifier le droit, respectivement l'obligation de communiquer.⁵ Cette modification ne saurait dès lors fonder d'autres droits ou obligations de communiquer, étant précisé que la loi sur les embargos existait déjà à ce moment-là et qu'il aurait donc pu y être fait référence.

En ce qui concerne les restrictions de l'art. 321 ch. 3 CP, il est tout à fait étrange qu'il puisse être dérogé à une disposition pénale fédérale qui concerne le détenteur de secret et ses obligations et protège directement les intérêts du maître du secret – qui est d'ailleurs le seul habilité à porter plainte pénale – par la voie de dispositions *cantonales* relatives à un droit d'aviser et de collaborer ou à une obligation de renseigner et que sa portée soit ainsi déterminée par le droit cantonal. Si

⁵ Cf. Message du 15 avril 2015 concernant la modification du code civil (Protection de l'enfant), FF 2015 3111.

tant est que l'on considère ce mécanisme comme admissible dans un État de droit, il doit en tous les cas être limité au domaine de la protection de l'enfant évoqué lors de la procédure législative et ne saurait fonder une compétence s'étendant à *tous* les secrets de *tous* les détenteurs de secrets visés à l'art. 321 CP.

Dans un État de droit, l'art. 321 ch. 3 CP peut donc tout au plus porter, selon le principe de précision ayant cours en droit pénal, sur des obligations clairement définies par la loi antérieurement à l'entrée en vigueur dudit ch. 3.

5.

Enfin, il reste à déterminer si le cercle des personnes soumises aux obligations de renseigner de l'art. 16 Ordonnance Ukraine et les informations devant être communiquées sont définies de manière suffisamment précise pour satisfaire aux exigences du droit pénal. À cet égard, il convient de noter ce qui suit :

La disposition en question (art. 16 Ordonnance Ukraine) se réfère, d'une part, aux personnes qui « détiennent ou gèrent des avoirs », c'est-à-dire qui n'exercent en principe pas une activité typique entrant dans le cadre du monopole de l'avocat, et, d'autre part, aux personnes « qui ont connaissance de ressources économiques dont il faut admettre qu'ils tombent sous le coup du gel des avoirs prévu à l'art. 15, al. 1 ».

Le terme « ressources économiques » « dont il faut admettre » apparaît en tous les cas insuffisamment précis du point de vue pénal, car aucun critère n'existe à ce sujet ni ne peut être identifié. En outre, la formulation « connaissance de ressources économiques » semble manifestement s'inspirer du secret professionnel de l'art. 321 CP (« secret [...] dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci »). Or, le secret de l'avocat au sens de l'art. 13 LLCA est plus étroit et ne vise que ce qui a été « confié » à l'avocat par son client. Cela démontre que l'art. 16 Ordonnance Ukraine se réfère au secret professionnel de l'art. 321 CP et non au secret (plus étroit) de l'avocat selon l'art. 13 LLCA qui ne connaît d'ailleurs pas d'« exception », soit de restriction ou réserve semblable à l'art. 321 ch. 3 CP, de sorte que de telles restrictions ne sauraient lui être transposées.⁶

Enfin, il convient de relever que la disposition pénale de l'art. 321 CP doit elle aussi apparaître comme insuffisamment précise si la liste des personnes auxquelles la restriction du ch. 3 s'applique, doit certes être précisée par l'art. 16 Ordonnance Ukraine mais que cette disposition se réfère à l'art. 15 de l'Ordonnance, lequel mentionne à son tour les personnes physiques, entreprises et entités visées à l'annexe 8, alors que cette annexe elle-même mentionne ce qui suit : « L'annexe n'est publiée ni au RO ni au RS. Le texte de l'annexe peut être commandé au SECO, secteur Sanctions, Holzikofenweg 36, 3003 Berne, ou consulté sur www.seco.admin.ch > Economie extérieure et Coopération économique > Contrôles à l'exportation et sanctions > Sanctions / Embargos. » Cela apparaît, en toute hypothèse, contraire au principe de précision du droit pénal consacré à l'art. 1 CP (qui, je le rappelle, a rang constitutionnel).

⁶ B. CHAPPUIS, art. 321 N 17 s., in: A. Macaluso, L. Moreillon, N. Queloz (édit.), Commentaire romand, Code pénal II, Bâle 2017.

Ainsi, même si l'on considérait admissible, sur le principe, une restriction du secret professionnel de l'art. 321 CP par l'Ordonnance Ukraine, cette restriction pourrait tout au plus porter sur l'art. 321 CP et uniquement sur les secrets futurs et devrait, en l'espèce, être rejetée en raison de l'imprécision des dispositions qui la consacrent. Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 13 LLCA n'est en tous les cas pas concerné.

6.

Il résulte de ce qui précède qu'une limitation du secret professionnel de l'art. 321 CP par voie d'ordonnance est illicite et insuffisamment précise sur le plan pénal. Cela vaut a fortiori pour une éventuelle restriction du secret professionnel de l'avocat au sens de l'art. 13 LLCA. Pour justifier une restriction valable, il faudrait une base légale claire et explicite.

Au vu de ce qui précède, deux questions restent à éclaircir :

7.

Question 1 : Qu'en est-il si un avocat est approché par une personne inscrite sur la liste du SECO après l'entrée en vigueur de l'Ordonnance et qu'il apprend incidemment l'existence de valeurs patrimoniales ?

Ce que l'avocat n'apprend pas de son client mais d'un tiers à l'occasion de l'exercice de son activité n'est certes pas couvert par le secret de l'avocat au sens de l'art. 13 LLCA mais par le secret professionnel de l'art. 321 CP. Ce n'est que dans ces cas-là, et non lorsque le secret de l'avocat [art. 13 LLCA] est concerné, que des restrictions au sens de l'art. 321 ch. 3 CP sont possibles et envisageables. Cependant, une telle restriction au secret professionnel nécessiterait une base légale expresse qui n'existe pas actuellement. En outre, le secret professionnel protège en premier lieu les intérêts du maître du secret (cf. son droit de porter plainte). En revanche, si l'avocat apprend l'existence de valeurs patrimoniales directement de son client, cette information lui est confiée et est soumise au secret de l'avocat selon l'art. 13 LLCA. Des restrictions ne sont alors ni prévues ni admissibles.

Dans les deux cas, le client doit être informé de la situation. En guise d'alternative, il est bien entendu également possible de refuser le mandat mais cela ne serait indiqué que si le mandat impliquait de détenir ou de gérer des valeurs patrimoniales du client visé. En effet, il paraît très douteux qu'un avocat qui accepterait un mandat d'une personne mentionnée en annexe de l'Ordonnance Ukraine (ou plus exactement sur une liste publiée par le SECO sur son site Internet) ait des obligations de renseigner sans égard au secret de l'avocat et au secret professionnel lorsque les fonds en question ne sont ni détenus ni gérés. La formulation de l'art. 16 Ordonnance Ukraine, qui entend soumettre à l'obligation d'informer, outre les cas de détention et de gestion de tels avoirs, toutes les personnes qui « ont connaissance de ressources économiques dont il faut admettre qu'[elles] tombent sous le coup du gel des avoirs prévu à l'art. 15, al. 1 » ne saurait en effet fonder d'obligation *générale* de renseigner, applicable à *tout un chacun* et dont la violation serait pénalement répréhensible puisque cela supposerait une base légale suffisante, c'est-à-dire une règle de droit expresse. Or, même si l'on admettait à tort que l'Ordonnance Ukraine créait une obligation générale de renseigner, aucune sanction pénale ne pourrait sanctionner sa violation puisque la disposition se réfère à des « ressources [...] dont il faut admettre » ... et qu'il n'existe aucun critère objectif précisant cette notion. Dès lors que chacun aura sa propre conception de la notion, on ne saurait y attacher de responsabilité pénale car le reproche de ne pas avoir respecté la disposition est invérifiable voire, au contraire, toujours vrai. En bref : La formulation

« ressources [...] dont il faut admettre » viole le principe de précision de l'art. 1 CP et ne saurait fonder de sanction disciplinaire ou pénale en cas de non-respect éventuel. Il ne peut incomber aux justiciables de déterminer eux-mêmes ce qui est ou non punissable. Si cela leur incombait néanmoins, il faudrait alors retenir la conception la moins favorable à la répression.

Ces mêmes considérations doivent s'appliquer à plus forte raison aux personnes qui sont non seulement soumises à une obligation de renseigner mais encore à une obligation contraire de confidentialité.

Un avocat n'est pas tenu d'annoncer tant qu'il ne détient ni ne gère des valeurs patrimoniales visées. Il ne doit pas non plus refuser un mandat tant qu'il n'implique pas de détenir ou de gérer des valeurs patrimoniales concernées. Toutefois, en raison de ses obligations professionnelles, l'avocat doit attirer l'attention de ses clients existants ou futurs sur les prescriptions correspondantes de l'Ordonnance Ukraine.

8.

Question 2 : En cas de représentation d'un client qui entend s'opposer aux sanctions, l'avocat peut-il faire acquitter ses honoraires sur des valeurs patrimoniales visées ou doit-il, le cas échéant, déposer une requête d'assistance judiciaire ?

Il convient tout d'abord de relever qu'une comparaison avec le blanchiment d'argent n'est ni admissible ni opportune. Les valeurs patrimoniales concernées ne sont pas issues, en totalité ou en partie, d'une infraction mais uniquement bloquées ou séquestrées. Le fait que des clarifications complémentaires en rapport avec une transaction particulière soient, le cas échéant, nécessaires (selon la LFINMA et les ordonnances y relatives) n'y change rien. Il faut en tous les cas rejeter la position selon laquelle la seule mention du nom d'une personne sur une liste correspondante exigerait des clarifications complémentaires.

On ne saurait pas non plus se référer à A. V. JULEN BERTHOD/A. LECOUTURIER⁷ puisque ces auteurs justifient une obligation de clarification par la Loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger⁸ dont l'art. 1^{er} dispose expressément qu'il « y a lieu de supposer que ces valeurs ont été acquises par des actes de corruption ou de gestion déloyale ou par d'autres crimes ». Or, tel n'est précisément pas le cas pour l'Ordonnance Ukraine. L'Ordonnance se réfère à la Loi sur les embargos dont l'article 1^{er} dispose que les mesures de coercition visent à faire respecter le droit international public et ne s'imposent donc pas en raison de l'origine des valeurs patrimoniales concernées.

L'Ordonnance Ukraine et les sanctions et listes y afférentes ont donc un caractère *politique* et non pénal. Le fait que le nom d'une personne figure sur une telle liste ne saurait donc, à lui seul, créer d'autres obligations de clarification. Cela ressort clairement de l'art. 6 al. 2 let. b LBA qui se réfère expressément à l'origine criminelle des valeurs patrimoniales, respectivement leur utilisation à des fins de financement du terrorisme. L'inscription sur une liste en lien avec l'Ordonnance Ukraine ne préjuge en rien de cela, pas plus qu'elle ne le laisse supposer.

⁷ A. V. JULEN BERTHOD/A. LECOUTURIER, Droits et obligations des intermédiaires financiers, in: Giroud/Rordorf-Braun [édit.], Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationale, Bâle 2020, N 894.

⁸ LVP, RS 196.1.

Cela signifie aussi que ce n'est pas la nature ou la provenance des valeurs patrimoniales en cause qui font obstacle à leur utilisation mais le fait qu'elles sont bloquées en vertu de l'art. 15 Ordonnance Ukraine. C'est ainsi que l'art. 15 al. 5 Ordonnance Ukraine prévoit des exceptions auxquelles le SECO peut autoriser l'emploi des valeurs patrimoniales, ce qui ne serait évidemment pas le cas si les valeurs patrimoniales provenaient d'un crime. Le seul obstacle à l'utilisation des valeurs en question par l'avocat est donc, comme pour toute autre personne, le fait qu'elles sont bloquées.

L'art. 15 al. 5 let. b Ordonnance Ukraine réserve expressément comme exception au blocage l'utilisation pour honorer des contrats existants et sa let. c l'utilisation pour honorer des créances en application d'une décision judiciaire, administrative ou arbitrale. L'Ordonnance Ukraine reconnaît donc en principe que des prétentions de tiers puissent justifier une autorisation exceptionnelle.

S'agissant de la représentation d'un client qui s'oppose aux sanctions, ce ne sont pas des prétentions de tiers qui sont en cause mais celles des personnes visées. Dès lors que l'art. 15 al. 2 de l'Ordonnance Ukraine interdit de fournir des avoirs aux personnes concernées ou d'en mettre, directement ou indirectement, à leur disposition, le financement d'un recours ne saurait être assuré par des tiers. Refuser l'acquittement des *frais de défense contre les sanctions prononcées* au moyen des valeurs patrimoniales bloquées signifierait que les personnes concernées ne pourraient *tout simplement pas* se défendre contre lesdites sanctions. Tel serait toutefois inadmissible dans un État de droit. Un renvoi à l'assistance judiciaire gratuite n'est d'aucun secours car celle-ci doit, elle aussi, être accordée et peut donc être refusée (par exemple en l'absence de chance de succès). Si l'on refusait que les frais de défense contre les sanctions prononcées ne soient acquittés au moyen des valeurs patrimoniales bloquées, les organes de l'État auraient alors le pouvoir, d'une part, de bloquer les valeurs patrimoniales d'un individu et, d'autre part, d'exclure *de facto* tout recours contre ce blocage ou du moins de se réserver le droit de décider si un recours est possible ou peut être financé. Cela serait illogique et inadmissible dans un État de droit.

Par conséquent, il y a lieu de répondre par l'affirmative à la question de savoir si les honoraires de l'avocat mandaté dans le cadre d'une procédure tendant au contrôle judiciaire d'un blocage d'avoirs peuvent être acquittés au moyen des fonds bloqués.

[Signature]

M. A. Niggli