



Schweizerischer Anwaltsverband
Fédération Suisse des Avocats
Federazione Svizzera degli Avvocati
Swiss Bar Association

L'accès à la justice et les procédures judiciaires équitables pour tous doivent être garantis

Toujours le blanchiment d'argent, toujours les "paradis fiscaux", puis les "Panama Papers" ou les "Pandora Papers", maintenant les "sanctions contre l'Ukraine" : avec de tels titres, le secret professionnel de l'avocat est régulièrement mis sous pression, tantôt par les médias, tantôt par la politique, le plus souvent dans une combinaison imbriquée.

Dans une frénésie liée à des cas particuliers, la suppression du secret professionnel de l'avocat est alors périodiquement demandée. Ou du moins, il s'agit de transformer véritablement une profession bien établie dans la société en séparant la représentation en justice des avocats du conseil juridique, et même d'un entretien préalable de conseil juridique. La question consiste finalement à savoir si les connaissances acquises dans le cadre du conseil juridique doivent être divulguées même sans l'accord du/de la client·e ou si le secret professionnel et le secret de l'avocat·e s'appliquent, comme cela a toujours été le cas dans les cas classiques de conseil, par exemple lors d'un conseil pour la succession d'une entreprise familiale, lors du traitement de la récupération d'un dépôt de loyer ou en vue de la conclusion d'un contrat et de l'exécution extrajudiciaire d'accords contractuels.

Les demandes d'abolition ou de limitation méconnaissent l'importance du secret professionnel de l'avocat pour les justiciables. Elles sont dangereuses parce qu'elles commencent à remettre fondamentalement en question un système traditionnel et bien équilibré d'application du droit et de la paix juridique dans l'État de droit. Elles sont également inutiles, car l'invocation abusive du secret professionnel de l'avocat·e est exclu en tout état de cause grâce aux obligations strictes auxquelles les avocats sont soumis dans le cadre de l'exercice de leur profession et aux sanctions sévères qu'ils encourent s'ils ne le font pas.

Avec ce Vadémécum, la FSA souhaite faire comprendre aux politiciens, aux autorités, aux médias et aux habitants de la Suisse que le secret professionnel de l'avocat·e ne vaut que pour la protection des justiciables et donc, en fin de compte, pour l'État de droit, et qu'il ne doit donc pas être mis en danger.

La FSA continuera à se battre pour garantir à tous un accès non perturbé à la justice et des procès équitables, afin de démontrer l'importance de la défense du secret professionnel de l'avocat·e en tant qu'instrument de notre système de valeurs. Elle se défendra contre le soupçon fondamental, injuste et douloureux, selon lequel les avocat·es pourraient ou voudraient agir en dehors du cadre juridique.

Le secret professionnel de l'avocat·e dans le système juridique suisse

I. Le secret professionnel en général

A. Légitimité dans un État de droit

La FSA ne s'engage pas en faveur d'une garantie globale du secret professionnel juste pour rendre service à ses membres en leur procurant un avantage concurrentiel. Notre fédération considère au contraire que le secret professionnel de l'avocat·e indépendant·e est nécessaire au bon fonctionnement de l'État de droit. Le secret professionnel ne protège pas l'avocat·e, mais le/la client·e, au profit d'un État de droit digne de ce nom, qui garantit l'accès à la justice par le biais de l'assistance d'un avocat.

B. Quelques repères historiques

L'advocatus romain devait déjà, à son époque, s'attendre à des sanctions particulièrement lourdes s'il violait son secret professionnel. Il en allait sans doute différemment pour le jurisconsulte du début et du haut Moyen-Âge, de même que pour l'avoué du Moyen-Âge tardif, dès lors que ces personnages servaient davantage la collectivité en assurant la sécurité par la force. En Suisse, la formation de l'avocat·e qui intervient dans le seul intérêt du client ne s'est développée qu'à la fin de l'Ancien Régime, période à partir de laquelle on a commencé à considérer le droit comme une science à part entière. Ce phénomène a été accompagné par la reconnaissance de l'avocat·e, personne qui a reçu un enseignement juridique et qui a pour obligation d'agir en toute indépendance face aux autorités. Le secret professionnel était une composante majeure de la fonction qui lui était dévolue dans l'État de droit. Le mouvement des Lumières a accéléré le développement de l'avocat·e indépendant·e et juridiquement formé·e, à qui le citoyen pouvait se confier sans réserve en raison de son indépendance et son secret professionnel.

Le secret professionnel de l'avocat·e a donc toujours été étroitement lié à l'indépendance de l'avocat·e. Selon le Tribunal fédéral, cette indépendance doit « garantir la plus grande liberté et objectivité possible dans la défense d'intérêts, tant vis-à-vis du client que du juge. Elle constitue la condition de la confiance en l'avocat·e et en la justice. Celui qui s'adresse à un·e avocat·e doit avoir la certitude que celui-ci n'est aucunement rattaché à un tiers dont les intérêts pourraient s'opposer aux siens » (cf. arrêt 2P.187/2000 du 8 janvier 2000, consid. 4a).

C. Devoir éthique érigé en obligation juridique (art. 321 CP)

Le fait de ne pas divulguer ce que quelqu'un vous confie sous le sceau du secret répond d'abord à une question d'éthique élémentaire. Mais tout devoir moral ne doit pas nécessairement être conçu comme une obligation juridique, du moins pas dans un État de droit conçu de manière libérale. Chacun assume une responsabilité personnelle pour choisir des individus en mesure de garder le secret qui leur aura été confié. Le législateur a toutefois élevé le secret professionnel au rang d'obligation légale punissable en cas de violation. L'art. 321 CP définit un cercle choisi de professionnels, dont les avocat·es qui défendent les intérêts de leurs clients. Le législateur a donc volontairement ajouté à cette règle morale de confidentialité des conséquences pénales pour un nombre limité de professions tenues au secret. Seules les personnes à qui « sont confiés des secrets en raison de leur profession » sont également astreintes au secret. Nous reviendrons sur ce point.

Le secret professionnel de l'avocat·e indépendant·e constitue dès lors une obligation aussi bien morale (« Je consulte cet·te avocat·e en qui j'ai pleinement confiance ») que juridique (« Je consulte cet·te avocat·e parce que je sais qu'il ou elle doit se taire »). La doctrine parle ici de « morale cristallisée dans la loi » (W. Härle/B. Vogel [édit.], Vom Rechte, das mit uns geboren ist: aktuelle Probleme des Naturrechts, Fribourg-en-Brisgau 2007, p. 146). En cas de violation du secret professionnel, l'article 321 du Code pénal prévoit une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans ou une peine pécuniaire.

D. Intégration du secret professionnel dans la législation et portée absolue

Le secret professionnel de l'avocat·e indépendant·e a été confirmé à plusieurs reprises par le législateur. Il est solidement ancré non seulement dans le droit pénal (CP, CPP et PPMin), mais aussi dans d'autres lois (CO, CPC, LLCA, etc.). Même examiné sous des angles différents, il est toujours compris dans un sens absolu. L'avocat·e ne doit pas seulement garder le silence jusqu'à ce qu'il en soit délié par son client ou par l'autorité de surveillance. Il doit même, y compris en cas de levée du secret, garder le silence s'il en va de l'intérêt du client.

Selon les codes de procédure civile et pénale en vigueur, le secret s'étend à tous les documents rédigés par l'avocat·e ainsi qu'aux conseils qu'il a fournis, quel que soit le lieu ou le moment de l'intervention de l'avocat·e.

E. Droit individuel et portée sociale du secret professionnel

En raison de ses aspects de droit fondamental, le secret professionnel a d'abord la portée d'un droit individuel. Ce n'est pas l'avocat·e qui est concerné·e, mais bien le client ou le justiciable (Bernhard Ehrenzeller/Reto Patrick Müller, in : Hommage à Walter Straumann, Soleure 2013, p. 27). Autrement dit, le secret professionnel protège le/la client·e, et non pas l'avocat·e. Le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence constante, a retenu et confirmé à multiples reprises que chaque individu pouvait se prévaloir du secret professionnel (cf. en particulier l'arrêt 2C_586/2015 du 9 mai 2016, consid. 2.2 et 2.3). L'ayant droit, s'il en existe un, est le maître du secret, c'est-à-dire habituellement le client, et non le détenteur du secret. Le maître du secret peut compter sur le fait que les secrets qu'il révèle ne seront pas divulgués. Mais le secret professionnel a également un **caractère institutionnel**. C'est une **spécificité unique** par rapport à d'autres secrets professionnels qui ne font que protéger individuellement l'ayant droit (maître du secret). Le Tribunal fédéral souligne ce rôle institutionnel comme suit : « Le secret professionnel de l'avocat·e, en tant qu'institution créée dans l'intérêt public et nécessaire au bon fonctionnement d'un État de droit, assure l'accès à la justice [...], garantit la confidentialité à laquelle le client peut s'attendre dans le cadre d'une activité professionnelle spécifique à l'avocat·e [...]. Seule la confidentialité [permet] au client de révéler sans réserve à l'avocat·e l'ensemble des informations nécessaires à un conseil pertinent et une représentation juridique efficace, ce qui constitue la base indispensable à l'exercice de la profession et donc à une justice conforme aux exigences de l'État de droit » (arrêt 2C_586/2015 du 9 mai 2016, consid. 2.2 et 2.3 ; voir aussi arrêt 1B_333/2020 du 22 juin 2021, consid. 2,2). Cette description est parfaitement claire.

Dans un État de droit, tout justiciable concerné par un conflit avec l'État ou d'autres personnes doit pouvoir communiquer avec son avocat·e en toute transparence, **sans craindre que ces communications ou une partie d'entre elles soient ultérieurement divulguées ou utilisées à des fins étrangères à l'affaire**. Cette confidentialité est absolument nécessaire pour permettre un **accès sans entraves au droit**.

F. Délimitation entre le secret professionnel (art. 321 CP) et le secret de l'avocat-e (13 LLCA)

Le secret protégé pénalement par l'art. 321 CP et le secret requis professionnellement par l'art. 13 LLCA ne sont pas identiques et ne se recoupent donc pas. Le secret professionnel de l'art. 321 CP ne se limite pas aux avocat-es, mais s'étend aux défenseurs en justice, notaires et conseils en brevet, ainsi que – au-delà des professions juridiques – à tout le personnel médical, aux psychologues, réviseurs et ecclésiastiques.

Les secrets à protéger sont différents : contrairement au secret de l'art. 13 LLCA qui ne couvre que les secrets spécifiques révélés par le client à son avocat-e, le secret professionnel du CP couvre non seulement tout ce qui a été confié au professionnel, mais aussi tout ce qu'il a appris dans l'exercice de sa profession.

G. Le secret professionnel s'applique tant à la représentation en justice qu'aux activités de conseil

Le secret professionnel du CP et le secret de l'avocat-e de la LLCA partagent toutefois un dénominateur commun : le secret ne peut pas être invoqué pour protéger une activité qui n'est pas typiquement exécutée par un-e avocat-e. Dans ce cas-là, les informations fournies par le client et le conseil juridique fournis par l'avocat-e ne sont pas protégés, de sorte que l'avocat-e ne peut se prévaloir de son secret devant les autorités pénales ou les organismes de régulation. Ce point est crucial. Le Tribunal fédéral a qualifié de tâches accessoires ou commerciales les activités de l'avocat-e qui ne sont pas protégées par le secret, c'est-à-dire les activités qui pourraient très bien être fournies par des non-avocat-es. Autrement dit, le secret professionnel de l'avocat-e ne s'applique pas aux informations confiées dans le cadre d'une activité accessoire (pour une jurisprudence récente, voir les arrêts non publiés 1B_453/2018 du 6 février 2019, consid. 2 ; 1B_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4 et 1B_85/2016 du 20 septembre 2016, consid. 6, avec des renvois à la jurisprudence publiée antérieurement et à la doctrine quasi unanime à ce sujet).

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a toujours retenu que ce qui a été confié dans les activités de conseil de l'avocat-e, et donc pas seulement dans la représentation en justice (avec le monopole des avocat-es inscrit-es au registre), est en principe également soumis au secret professionnel. Eu égard à ce qui précède, il faut analyser au cas par cas pour savoir si l'avocat-e a exercé une activité typique d'avocat-e à l'égard de son client ou si les tâches effectuées ne sont qu'accessoires ou purement commerciales. Dans les affaires qui comprennent des activités de nature différente, le secret professionnel ne peut être invoqué pour l'ensemble de ces activités. Une répartition entre ce qui tombe et ne tombe pas sous le coup du secret professionnel doit être opérée. Le secret ne protège que ce qui a été confié à l'avocat-e par suite d'une activité typique d'avocat-e (cf. arrêt 1B_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4,3 ; pour les activités de conseil, voir également l'arrêt 1B_85/2016 du 20 septembre 2016, consid. 6,1).

Cette pratique peut conduire, dans certains cas, à des difficultés de délimitation, par exemple lorsque l'avocat-e exécute pour une banque des tâches de « compliance » (voir à nouveau l'arrêt 1B_85/2016 du 20 septembre 2016). En revanche, les cas où l'avocat-e assume pour son client des tâches d'intermédiaire financier, de conseiller patrimonial ou de gestion d'entreprise sont clairs. De telles activités, même si elles sont accomplies par un-e avocat-e, ne bénéficient pas de la protection du secret professionnel (arrêt 1B_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4.2 et 4.3).

H. Pas de dichotomie dans l'exercice de la profession d'avocat

Dans le cadre de la distinction entre les activités typiques et accessoires, on a vu surgir des tentatives politiques et administratives de ne soumettre au secret professionnel de l'avocat-e que les informations fournies lors d'une procédure judiciaire (p. ex. pénale) ou d'une représentation de clients devant les autorités, en d'autres termes de limiter le secret professionnel aux mandats judiciaires. Cette approche, toujours combattue par la FSA, est extrêmement dangereuse et s'écarte de la jurisprudence du TF. Une telle démarche témoigne d'une incompréhension totale des activités de l'avocat-e et consiste finalement à considérer tous-tes les avocat-es qui fournissent des conseils comme de simples auxiliaires lors de l'établissement des faits par les autorités pénales, les organismes de régulation et les parties adverses dans les procédures de droit civil, pénal et administratif. Dans un État de droit, ce raisonnement est incompatible avec le secret professionnel de l'avocat-e qui garantit à tout justiciable le droit d'être assisté dans l'accès à la justice et de pouvoir (on devrait même dire devoir) tout confier à son avocat-e, à qui il appartient d'agir en toute indépendance, à l'exclusion de tout conflit d'intérêts.

Un coup d'œil sur la pratique des avocat-es montre à quel point il est absurde de délimiter l'activité judiciaire (qui serait seule protégée) de l'activité de conseil (prétendument non protégée). Force est de constater que la quasi-totalité des mandats judiciaires débute avant même le dépôt d'une demande ou d'une plainte. L'avocat-e établit les faits et le client est informé de ses droits et des risques encourus. Si son avocat-e lui recommande d'introduire une procédure, tout commence par une tentative de règlement extrajudiciaire (étape obligatoire selon les règles déontologiques). Une action judiciaire n'est engagée que si les tribunaux doivent être saisis pour rétablir la paix juridique. Les mandats de conseil, tels que la négociation et la rédaction de contrats, les clarifications pour savoir si un comportement est illicite à la lumière du droit, la fondation d'une société et la préparation des documents y relatifs, etc., visent toujours à protéger au mieux les intérêts du client conseillé, même dans le cas où des litiges à trancher en procédure surviendraient ultérieurement si les parties n'aboutissent pas à un accord raisonnable. Comment expliquer que tout ce qui a été fait et confié au cours de la phase de conseil ne soit pas protégé par le secret professionnel et que celui-ci ne s'applique finalement qu'en cas de litige porté devant les tribunaux ou autorités, alors qu'une procédure devrait dans la mesure du possible toujours être évitée ?

Toutes les tentatives politiques visant à circonscrire le secret professionnel de l'avocat-e à l'activité judiciaire, avec la volonté de soumettre les activités de conseil de l'avocat-e à d'autres normes, ont échoué par le passé. De telles démarches ont été entreprises en particulier lors de la révision de la LBA (et encore aujourd'hui), essentiellement en réponse à la pression internationale qui s'est développée après les révélations des Panama Papers. Plus récemment, le débat a été relancé dans les sanctions érigées contre la Russie et l'obligation de fournir des informations sur des valeurs patrimoniales. Pour en revenir à la LBA, les interventions sont parties de l'idée que les avocat-es qui fournissent des conseils en matière de trusts ne sont pas soumis à une surveillance suffisante en Suisse. Ce point de vue est totalement erroné :

- L'idée même que l'avocat-e puisse évoluer en toute liberté dans les activités de conseil est fautive. Tout comme l'avocat-e qui pratique une activité judiciaire, l'avocat-e qui fournit des conseils juridiques est tenu de respecter la loi. Si, au mépris de ses obligations professionnelles, il/elle conseille à son/sa client-e de contourner la loi, l'avocat-e se verra sanctionné-e sans pouvoir invoquer son secret professionnel ;
- Contrairement aux autres conseillers, tous-tes les avocat-es sont soumis-es à un droit professionnel strict. Le respect des règles professionnelles est dûment contrôlé par des autorités de surveillance étatiques. Ce droit professionnel oblige l'avocat-e à

exercer ses activités conformément au droit en vigueur. Si l'avocat·e ne respecte pas ses obligations professionnelles, il ou elle est sanctionné·e par les autorités de surveillance étatiques. Les sanctions peuvent aller jusqu'à l'interdiction d'exercer la profession d'avocat·e ;

- Outre le droit professionnel et les sanctions déjà mentionnées, l'art. 305bis CP s'applique également à l'avocat·e, au même titre qu'à toute personne soumise à la loi. Cette disposition couvre la complicité et le domaine réglementé par la let. d de la recommandation 22 du GAFI. Le fait que le législateur suisse n'ait pas prévu une surabondance de précisions dans la réglementation du CP, correspond à une tradition législative bien ancrée en Suisse ;
- L'avocat·e, dans la mesure où il ou elle conseille ses client·es à titre professionnel en tant qu'intermédiaire financier (donc en dehors de ses activités habituelles d'avocat·e), est alors soumis, sur la base de l'article 305ter CP, à l'obligation générale d'établir l'identité de l'ayant droit économique. Cette règle s'applique même si indûment, il n'est pas affilié à un organisme d'autorégulation LBA (OAR), de sorte que l'obligation d'identification est automatiquement applicable ;
- Enfin, il convient de noter que depuis le 1er janvier 2016, les délits fiscaux qualifiés sont également considérés comme des infractions préalables au blanchiment de valeurs patrimoniales dites « interdites ».

I. Un mandat de conseil exige autant de discrétion qu'un mandat de procédure

La solution suisse, si elle est mise en œuvre de manière conséquente, n'offre donc guère d'échappatoire. C'est sans doute ce qui a incité notre législateur à suivre résolument sa voie, sans créer de scission, et à renoncer à soumettre à la LBA toutes les activités de conseil. En d'autres termes, **l'ensemble des activités d'avocat·e doit reposer sur le secret professionnel**. Notre profession doit être considérée et réglementée comme un tout. Cette approche contribue par ailleurs à la sécurité juridique. De surcroît, le Tribunal fédéral retient lui aussi que les activités d'un·e avocat·e ne sont pas limitées à la représentation des parties devant les tribunaux, mais qu'elles concernent aussi le conseil juridique (voir p. ex., en sus de la jurisprudence déjà citée, l'arrêt 1A.182/2001 du 26 mars 2002, l'ATF 114 III 105 consid. 3, ainsi que l'ATF 132 II 103). Le conseil juridique et la représentation en justice sont deux activités « vénérables » d'un·e avocat·e. Comme mentionné, les avocat·es qui ne plaident pas jouent un rôle tout aussi important dans la prévention de futurs conflits juridiques et la recherche d'une paix juridique extrajudiciaire.

Il en découle qu'un **mandat de conseil exige autant de confidentialité** qu'un mandat judiciaire. Le client qui sollicite des conseils cherche lui aussi à accéder au droit, tout en étant protégé de la divulgation des informations qu'il aura confiées à son avocat·e. Par « *informations confiées* », le Tribunal fédéral inclut tout ce que le client ou la cliente communique directement ou indirectement à l'avocat·e au cours du mandat et lui remet sous forme de documents imprimés ou numériques. Ces informations doivent cependant toujours avoir un lien direct avec le mandat de l'avocat·e. Par « *en raison de sa profession* », le Tribunal fédéral entend la remise d'informations à l'avocat·e en tant que professionnel. Ne tombent donc pas sous le coup du **secret professionnel l'ensemble des informations** reçues par l'avocat·e, mais uniquement celles **qui peuvent se rattacher à son activité typique**. Selon le Tribunal fédéral, les activités typiques d'un·e avocat·e sont par exemple la représentation et la défense de clients devant les autorités judiciaires, le conseil à des clients sur des questions juridiques, la négociation et la conclusion d'actes juridiques, la rédaction de

documents juridiques ou l'établissement d'avis de droit. Le critère décisif pour distinguer entre les conseils fournis par un·e avocat·e et une activité accessoire réside finalement dans la question de savoir si l'avocat·e y joue un rôle *prépondérant* de professionnel du droit (dans ce sens, cf. l'arrêt 1B_85/2017 du 20 septembre 2016 consid. 4,2). Pour faciliter la distinction, on peut aussi examiner si l'activité garantit ou favorise l'accès du client à la justice. En revanche, une fois que l'activité typique d'avocat·e a été établie, celle-ci doit impérativement être soumise au devoir de confidentialité le plus absolu. Autrement dit, la personne qui s'adresse à l'avocat·e pour accéder au droit doit avoir la garantie que les informations recueillies ne seront utilisées que dans un objectif précis et jamais transmises à des tiers sans son consentement.

Au vu des explications qui précèdent, il ne peut et ne doit **pas y avoir de ligne de démarcation, ni entre les activités de conseil et de représentation en justice, ni entre l'avocat·e qui se limite aux activités de conseil et celle ou celui qui représente également ses client·es en justice**. Une scission entre les deux activités nuirait à une vue d'ensemble, voire empêcherait de décider de manière appropriée quelles règles professionnelles s'appliquent (dans quel contexte, à quel moment, déjà avant ou seulement après l'ouverture d'un procès, etc.) et si les informations confiées par le/la client·e bénéficient ou non de la protection du secret professionnel.

Le secret professionnel, qui figure parmi les vecteurs qui contribuent à l'accès à la justice, ne souffre **aucune relativisation ni segmentation sur l'ensemble des activités typiques de l'avocat·e**.

J. Seule l'activité typique de l'avocat·e est couverte par le secret professionnel

Comme mentionné dans le chapitre précédent, le secret professionnel ne s'applique qu'aux activités directement liées à la profession d'avocat·e, de sorte que les activités atypiques ne seront pas couvertes. Corollairement, si l'avocat·e n'effectue que de la gestion de fortune ou qu'il procure, remet ou place de l'argent, le secret professionnel ne s'appliquera pas à ces activités. Dans ces domaines, il n'y a pas de nécessité de légiférer, dès lors que le secret professionnel, *de lege lata*, est déjà protégé contre une utilisation abusive de celui-ci. Les avocat·es peuvent également exercer des activités qui n'ont qu'un rapport lointain ou inexistant avec une prestation juridique (l'exercice d'un mandat d'administrateur, de gestionnaire de fortune, etc.). Le droit professionnel et la surveillance étatique ne s'étendent pas à de telles activités. Celles-ci ne sont pas non plus soumises au secret professionnel. Pour qualifier une activité *typique* d'avocat·e, doctrine et jurisprudence utilisent souvent des synonymes (activités spécifiques, classiques, proprement dites, de base ou authentiques). Inversement, pour les activités qui ne sont pas soumises au droit professionnel, on trouve des désignations telles que non spécifiques, atypiques, autres, périphériques, accessoires, etc.

On notera que la doctrine (voir p. ex. Kaspar Schiller, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Zurich 2009, N 326 ss) a développé un critère de délimitation plutôt efficace : les règles professionnelles de l'avocat·e, y compris le secret professionnel, trouvent leur légitimité dans **l'accès au droit**. Le/la client·e qui souhaite accéder au droit doit pouvoir faire appel à un·e avocat·e lié par des règles professionnelles. Celles-ci ne sont pas nécessaires pour d'autres services. Or le/la client·e qui sollicite un conseil juridique recherche en réalité l'accès au droit. Ce critère permet de distinguer, sans grande difficulté dans la plupart des cas, entre l'activité typique de l'avocat·e de celle qui ne l'est pas (simple gestionnaire de fortune, administrateur, trustee, etc.).

K. Pas d'invocation du secret en cas de violation de la loi

L'avocat-e, comme tout un chacun, est tenu de respecter les lois. Ce principe s'étend, dans la même mesure, à la représentation d'un client devant un tribunal, mais aussi aux activités de conseil ou des services fiduciaires. Ce respect vise non seulement le CP, mais aussi toutes les dispositions fiscales. Pour en revenir aux Panama Papers, on oublie souvent que l'art. 305bis CP, parmi d'autres dispositions, s'applique également à l'avocat-e, indépendamment du fait qu'il soit ou non intermédiaire financier ou qu'il n'exerce que des activités de conseil. La norme précitée interdit de commettre un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont l'avocat-e savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié. Comme déjà mentionné plus haut, il convient de rappeler que, depuis le 1er janvier 2016, le délit fiscal qualifié constitue également une infraction préalable au blanchiment de valeurs patrimoniales « interdites ». Ceci montre là aussi que les interventions parlementaires évoquées plus haut, qui visent à faire peser une suspicion générale sur notre profession, sont dénuées de toute utilité pratique.

L. Surveillance disciplinaire, un moyen tout aussi efficace contre les avocat-es contrevenant-es

L'avocat-e inscrit-e au registre est soumis-e à des règles professionnelles particulièrement rigoureuses. En cas de violation, l'avocat-e risque – indépendamment de la présence ou non d'une infraction pénale et d'un jugement constatant celle-ci – de se voir infliger une sanction disciplinaire qui peut aller jusqu'à l'interdiction permanente de pratiquer. L'art. 12 LLCA exige de l'avocat-e qu'il exerce sa profession avec soin et diligence. Cette disposition a une portée particulièrement importante : « *L'avocat-e ne doit pas chercher à contourner ou déjouer l'ordre juridique établi, mais doit le respecter scrupuleusement, s'en tenir au droit et à la loi. Il ne doit pas défendre les intérêts de son client ou de sa cliente par le mensonge et la tromperie, mais selon le droit et l'équité. [...] L'avocat-e ne doit pas sciemment favoriser l'injustice [...]. Il ne doit pas non plus soutenir des demandes répréhensibles, inconvenantes, interdites, immorales ou illégales* », in : Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich, 2011, art. 12 N 37, avec référence au Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zurich 1988). Il n'est dès lors pas pertinent d'opérer une distinction entre les avocat-es judiciaires et les avocat-es d'affaires en ce qui concerne le secret professionnel, comme l'ont proposé sans succès les initiatives parlementaires allant dans ce sens. Les avocat-es d'affaires inscrit-es au registre sont soumi-es à des règles professionnelles identiques. En promouvant intentionnellement des actes illicites, ils ou elles contreviennent aux mêmes règles et sont sanctionnés au même titre que les avocat-es de procédure qui favorisent en toute connaissance de cause des infractions. Que l'on puisse attribuer le secret professionnel en fonction du distinguo entre « avocat-es de procédure » et « avocat-es d'affaires » constitue de toute façon, comme nous l'avons vu plus haut, une illusion. D'une part, ces appellations échappent à une définition claire et compréhensible et ne permettent donc pas d'opérer une délimitation. D'autre part, l'avocat-e de procédure (quel que soit le sens que l'on donne à ce terme) devrait lui aussi être animé par la volonté de prévenir les procès, et ce en fournissant des conseils judicieux à son client. Le conseil fourni en vue de prévenir des procès devrait-il ainsi être exclu de la protection du secret professionnel ?

M. Droit comparé avec l'attorney-client privilege

En Suisse, le secret professionnel de l'avocat-e indépendant-e est prévu par plusieurs lois (CP, LLCA, CPC, CPP). Dans la mesure où il concerne les droits de la défense en procédure pénale, le secret professionnel jouit du rang de droit constitutionnel protégé indirectement (art. 32 al. 2 Cst.). Le secret professionnel de l'avocat-e est un secret absolu : même si le/la client-e

délie du secret son avocat·e, ce·tte dernier·ère peut décider de garder le silence. Même dans l'hypothèse où la divulgation du secret permettrait de déjouer une infraction, l'avocat·e ne peut pas non plus révéler un fait qui lui a été confié. Il ne lui restera plus qu'à déposer son mandat. En raison de l'intérêt public que représente l'activité de l'avocat·e indépendant·e et par le rôle qu'il occupe dans l'État de droit, on reconnaît à son secret professionnel une véritable fonction institutionnelle. Selon une partie de la doctrine, uniquement lorsqu'il s'agit d'écarter un danger immédiat pour des tiers et qu'il n'existe pas de possibilité moins contraignante qu'un état de nécessité peut s'appliquer à titre subsidiaire (Kaspar Schiller, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Zurich 2009, N 566 ss). Le cas échéant, l'intérêt du tiers devrait être supérieur à celui du client au maintien du secret. La divulgation n'est donc admise que si elle permet la prévention d'un crime grave et imminent contre la vie et l'intégrité corporelle. Il convient de tenir compte de la valeur constitutionnelle élevée du secret professionnel de l'avocat. Dans une telle situation, la divulgation d'informations confidentielles pourrait tout au plus être fondée sur l'état de nécessité si, pour des raisons de temps, il n'est pas possible d'obtenir la levée du secret par l'autorité de surveillance.

Comparé à l'*attorney-client privilege*, ce dernier est nettement moins étendu et complet. Il trouve sa source dans la common law. Il n'est donc pas ancré dans un décret et encore moins dans la Constitution. En outre, l'*attorney-client privilege* est loin d'avoir une validité globale. Il est limité au simple legal advice. À partir du moment où la relation avec le client contient également des informations commerciales, l'*attorney-client privilege* ne s'applique plus. Enfin, les tribunaux américains retiennent rapidement des waivers qui n'autorisent plus l'avocat·e de se prévaloir du privilège. Ainsi, lorsque l'avocat·e intègre un tiers en « cc » dans une communication destinée à son client, on présume que celui-ci a renoncé au privilège. La protection offerte par l'*attorney-client privilege* est donc plutôt faible si on le compare à notre secret professionnel. Ceci est encore plus perceptible dans le contexte de la crime-fraud exception : dès qu'il existe des indices permettant de conclure que le client n'a consulté son avocat·e que dans le but d'explorer la meilleure façon de contourner la loi, l'avocat·e doit divulguer cette information (Sergio Giacomini, *Le point de mire du Conseil de la FSA*, in : *Revue de l'avocat* 1/2017, p. 3 ss).

N. Synthèse

1. Le secret professionnel est depuis toujours un élément central et indispensable des activités de l'avocat·e indépendant·e, puisqu'il lui permet d'exercer en toute indépendance à l'égard des autorités. On attribue un caractère institutionnel à ce secret : sans lui, il n'y a pas d'État de droit qui puisse fonctionner correctement et garantir l'accès à la justice. Tant la représentation en justice que les conseils juridiques fournis à un nombre indéterminé de clients relèvent de l'intérêt public.
2. L'*attorney-client privilege* ne confère pas au client la même protection que notre secret professionnel en Europe continentale, là où il a une portée absolue et complète.
3. Le secret professionnel de l'avocat·e protège le/la client·e et non l'avocat·e.
4. Notre profession ne peut être scindée en « deux classes sociétales », avec d'une part celle des avocat·es judiciaires et d'autre part celle des avocat·es d'affaires. Par ailleurs, le secret professionnel couvre aussi bien la représentation devant les tribunaux que les activités de conseil juridique.
5. Notre ordre juridique offre une protection suffisamment élevée contre une utilisation abusive du secret professionnel : seules les activités typiques sont couvertes par son champ d'application. Si il ou elle enfreint la loi, l'avocat·e ne peut se prévaloir du secret

pour échapper à des poursuites. En cas de violation des règles professionnelles, celles-ci entraînent des sanctions disciplinaires. Le cadre juridique ne permet donc pas à un·e avocat·e de bafouer la loi impunément. L'activisme parlementaire qui s'est développé à la suite des révélations des *Panama Papers* ne tient pas compte de ces considérations. Il n'est pas nécessaire de prévoir des dispositions légales supplémentaires pour faire face à d'éventuels abus liés au secret professionnel de l'avocat·e. Les instruments existants sont finement équilibrés et tiennent compte de l'importance exceptionnelle du secret professionnel de l'avocat·e pour le bon fonctionnement de l'État de droit.

II. Le secret professionnel et la lutte contre le blanchiment d'argent

A. Remarques liminaires

La profession d'avocat et la FSA s'engagent fermement dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Avec la LBA en vigueur, les mécanismes de contrôle et l'obligation d'informer les autorités, de même que les dispositions topiques qui figurent dans le CP, la Suisse a joué **un rôle de pionnière pour lutter efficacement et exhaustivement** contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. En termes de volume et de densité de la réglementation, il n'existe pas d'équivalent dans le reste de l'Europe.

De plus, en renforçant **ses règles de transparence** et **en supprimant les actions au porteur**, la Suisse a désormais comblé la dernière lacune qui subsistait dans le domaine des sociétés.

Le système suisse se distingue d'autres systèmes qui sont moins axés sur l'activité concrète (relevant du blanchiment d'argent) que sur l'appartenance à une profession. Tel est notamment le cas des Directives CE puis UE. L'accent mis sur l'intermédiaire financier dans la LBA en vigueur permet toutefois de « ratisser très large », puisque ce n'est pas la profession qui compte, mais bien l'activité concrète déployée.

Le catalogue de critères pour les transactions financières établi par la LBA correspond à celui du GAFI. La réglementation helvétique est exemplaire si on la compare à d'autres pays.

L'abandon d'un système qui a fait ses preuves ne doit pas se faire **au détriment de principes** ancrés dans le droit suisse, tels que celui de la clarté et la sécurité du droit ainsi que l'interdiction du renversement du fardeau de la preuve. Ceci ne devrait pas non plus entraîner la **suppression du secret professionnel de l'avocat·e**, qui a rang constitutionnel dans notre État de droit. Ce secret est l'un des principes fondamentaux qui régissent notre État de droit.

La Suisse peut s'en tenir à sa réglementation actuelle et ne doit pas se laisser imposer un système externe qui vise exactement les mêmes résultats, mais qui adopte une approche différente.

Lors de la dernière révision de la LBA, il était juste de s'opposer à ce que l'activité de conseil des avocat·es indépendant·es soit soumise à la LBA de manière générale. Il doit en rester ainsi. Les avocat·es qui exercent des activités d'intermédiaire financier sont pleinement

soumis à la LBA. S'ils soutiennent activement le blanchiment d'argent ou se rendent complices d'autres délits dans leurs activités de conseil, ils s'exposent à de lourdes sanctions.

B. Système des trois piliers en droit suisse

La LBA en vigueur pose le principe d'un **contact avec des valeurs patrimoniales**. On porte ainsi l'accent sur le déroulement de certaines activités, sans se limiter à des catégories professionnelles. Sont assujettis à la loi tous les avocat-es qui effectuent des transactions financières pour leurs client-es. Comme il s'agit d'une activité *atypique* d'avocat-e, celle-ci n'est pas soumise à la protection du secret professionnel (cf. les explications du chapitre précédent). **Le champ d'application de la LBA est clair et les conséquences pour l'intermédiaire financier sont cohérentes**, car il doit non seulement respecter les principes de la LBA, mais aussi les prescriptions détaillées de la FINMA et de l'organisme d'autorégulation OAR (lui-même placé sous la surveillance de la FINMA). Un système comparable n'existe nulle part ailleurs dans le monde. En guise de synthèse, **les avocat-es-intermédiaires financiers sont pleinement subordonné-es à la réglementation que nous venons d'évoquer**, sans être aucunement légitimés à se prévaloir du secret professionnel, et donc sans bénéficier d'un statut d'exception

Il est évidemment important que les avocat-es dissocient strictement leur activité *typique* (soumise au secret professionnel) de leur activité *atypique* d'intermédiaire financier (exorbitante du secret professionnel). Pour ce faire, la ligne de démarcation doit être parfaitement tracée, ce qui est aujourd'hui le cas, puisque nous pouvons capitaliser sur une vingtaine d'années d'expérience pratique. Si un-e avocat-e agit p. ex. en tant que d'administrateur d'une société de domicile – dont le seul objectif est de détenir des valeurs patrimoniales – ou possède un droit de signature sur un compte que la société de domicile détient auprès d'une banque en Suisse ou à l'étranger, il agit en tant qu'intermédiaire financier, en étant pleinement assujetti à la LBA. Il en va de même si l'avocat-e agit en tant que *trustee*.

En outre, dans son activité professionnelle typique, **l'avocat-e est également soumis-e, comme chaque individu, aux dispositions du CP**, que ce soit en tant qu'auteur (art. 305^{bis} CP) ou complice (art. 25 CP). Son activité de conseil est donc aussi couverte pénalement. L'art. 305^{bis} CP offre une protection efficace puisque toutes les personnes, y compris les avocat-es, sont concernées. Le concept de base selon lequel les fonds d'origine délictueuse doivent être contrôlés lors de leur entrée dans le circuit patrimonial est suffisant si ce travail est effectué correctement par tous les *gatekeepers* du monde entier. Il va de soi que l'obligation de diligence est ici bien plus élevée pour les avocat-es (selon le principe *you have to know your client*) que pour d'autres professions. En raison de sa formation professionnelle et des règles qui l'appellent à faire preuve d'une diligence particulière, cette obligation s'applique très tôt et d'une manière plus stricte à l'avocat-e, car il ou elle doit être en mesure d'identifier relativement rapidement les structures et les transactions suspectes. Il convient de clarifier l'origine des fonds, l'identité du cocontractant et de l'ayant droit économique ainsi que les transactions qui y sont liées. Le cas échéant, il y a lieu de bloquer les avoirs et d'informer l'autorité compétente. En revanche, on ne saurait demander à la législation suisse de combler des lacunes d'États étrangers dans la lutte contre le blanchiment d'argent, p. ex. le Panama.

C. Approches helvétique et européenne

Un examen plus approfondi au-delà de nos frontières montre de manière évidente que **très peu de pays européens disposent d'une réglementation aussi efficace que la Suisse**. On comprend dès lors mal pourquoi notre modèle de régulation, qui a fait ses preuves, devrait être abandonné ou modifié au détriment de nos principes d'État de droit.

Il ressort expressément des motifs d'adoption de la **directive européenne** que les membres des **professions juridiques ne doivent être assujettis à la loi que lorsqu'ils « participent à une transaction financière ou à une transaction d'entreprise », et non lorsqu'ils examinent la situation juridique de leur client.** C'est ce que prévoit l'art. 2 de la directive européenne. En réalité, aucun État de l'UE ne soumet à sa loi sur le blanchiment d'argent le conseil juridique sans lien avec une transaction financière ou d'entreprise. L'abandon du concept éprouvé de la LBA, dont l'assujettissement se fonde précisément sur la participation directe ou indirecte à une transaction financière, ne se justifie donc pas au regard du droit européen.

Le GAFI a également admis la valeur du dispositif suisse, puisque les rapports d'évaluation – dont le dernier date de décembre 2016 – reconnaissent la bonne qualité d'ensemble du système suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. En effet, le **degré d'efficacité** est considéré comme « significatif » dans 11 domaines et « modéré » pour 4 d'entre eux. Pour que l'État concerné soit placé en suivi renforcé, le degré d'efficacité doit être jugé « faible ou modéré » dans au moins 7 domaines ou « faible » dans au moins 4 domaines. En ce qui concerne le **degré de conformité technique** à chacune des 40 recommandations, la Suisse a été jugée « conforme ou essentiellement conforme » dans 31 cas et « partiellement conforme » dans 9 cas. Aucun cas de « non-conformité » n'a été relevé.

Pour qu'un État soit placé ou maintenu en suivi renforcé, il doit y avoir au moins 8 recommandations pour lesquelles la qualification est « partiellement remplie » ou « non remplie ».

Les mesures déjà prises par la Suisse – *notamment en ce qui concerne les règles applicables aux organisations à but non lucratif (R.8), l'abaissement du seuil pour les transactions en espèces à 15 000 CHF, l'obligation de vérifier l'identité de l'ayant droit économique et l'obligation d'examiner périodiquement le profil du client (R.10), les États à haut risque (R.19), les statistiques (R.34) et les sanctions (R.35)* – permettent d'ores et déjà à notre pays d'exclure le risque d'un suivi renforcé ou de sanctions par le GAFI. Par ailleurs, les actions au porteur ont été supprimées et les sociétés ont l'obligation d'identifier l'ayant droit économique qui détient les parts sociales et d'en tenir une liste. En outre, l'infraction de blanchiment d'argent a été introduite dans le domaine fiscal. Par conséquent, la qualification de « partiellement conforme » pour les recommandations R.22 (Entreprises et professions non financières désignées – Diligence requise concernant l'identification des clients) et R.23 (Entreprises et professions en dehors du milieu financier – Autres mesures) ne devrait pas conduire à une divergence par rapport au concept suisse éprouvé d'intermédiation financière et la manière de gérer les valeurs patrimoniales. Un changement n'est pas nécessaire pour maintenir la position internationale de la Suisse ou écarter des sanctions. La violation des principes qui régissent notre État de droit serait disproportionnée par rapport au résultat escompté et peut très bien être évitée par la mise en œuvre d'autres recommandations. Il convient également de noter que la recommandation R.40 (Autres formes de coopération internationale) – avec un résultat qualifié de « partiellement atteint » par le GAFI – soulève des problèmes différents, identifiés par la FSA lors de l'audition de la Commission de la politique de sécurité du Conseil des États le 10 janvier 2019.

D. Pleine conformité aux attentes de l'UE

On pourrait nous objecter que certains pays de l'UE ont introduit, ou sont sur le point d'introduire un système de contrôle dans les études d'avocat-es, dont l'objectif partiel ou exclusif est de lutter contre le blanchiment d'argent, et que rien ne peut ainsi justifier le fait que la Suisse ne s'engage pas dans le même mouvement.

Les informations recueillies par la FSA auprès de ses homologues européens montrent toutefois une grande disparité. Sans parler de la réalisation effective des vérifications, qui sont le plus souvent minimalistes et aléatoires, à savoir par simple tirage au sort. Il faut donc en déduire **que les contrôles au sein de l'UE iront moins loin et seront moins efficaces que les suivis réguliers effectués dans notre mécanisme**, lequel implique que tous les avocat-es agissant comme intermédiaires financiers soient soumis à des contrôles stricts chaque année, tous les deux ans ou au moins tous les trois ans (selon une approche basée sur le risque), et pas seulement ceux qui ont été sélectionnés au hasard.

En résumé, le système actuel de la LBA fonctionne plutôt bien et il est reconnu comme tel par le GAFI. Les principales lacunes mentionnées dans le rapport du GAFI en 2016 ont été comblées dans l'intervalle. S'agissant de la dernière révision de la LBA, le législateur a heureusement renoncé à étendre le champ d'application à l'ensemble des « conseillers » (intitulés comme tels dans le projet de loi). Dans le cas contraire, la LBA en serait ressortie très affaiblie.

Le concept éprouvé de la LBA n'a donc pas été abandonné lors de la révision : seules les personnes exerçant à titre professionnel une activité d'intermédiaire financier ou acceptant de l'argent liquide en tant que négociants (comme *gatekeepers* qui disposent de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers) entrent dans le champ d'application de la loi. En effet, le rapport relatif à la recommandation n° 22 du rapport du GAFI en 2016 précise que : « *Lawyers, notaries other legal professionals and accountants, and also trust and company service providers are not subject to the LBA when their work is limited to preparing or executing non-financial aspects of the transactions concerned, even though these situations are expressly included in the criterion. This means in particular that acts related to the creation of companies, legal persons and legal arrangements, in which they may be involved without being parties to transactions such as transfers, are outside the scope of the LBA.* »

Il en ressort que le GAFI n'exige nullement de la Suisse qu'elle soumette à la LBA les services de conseil qui n'ont aucun lien avec une transaction financière ou une transaction d'entreprise.

L'élément central de l'assujettissement demeure le lien entre le service fourni et la transaction financière (« *aspects of the transactions concerned* »), ce qui n'est de loin pas le cas pour tous les services de conseil des avocat-es. On peut même parler d'une infime minorité si l'on examine attentivement la situation. L'inclusion générale des services de conseil dans la LBA aurait conduit à ce que tous les services fournis par les avocat-es-conseils en relation avec des sociétés de domicile seraient tombés sous le coup de la LBA, y compris si aucune transaction financière n'y est liée ou si l'avocat-e n'est pas impliqué dans une telle transaction. Tel aurait été le cas pour ces quelques exemples : remise d'une check-list pour la création d'une société ; rédaction/examen de contrats de bail ou de contrats de travail ; renseignements juridiques sur des questions de droit du travail, de location de services ou de sécurité sociale ; conseils sur des questions de droit matrimonial ou successoral pour une société de domicile dans le régime matrimonial ; examen de statuts et de conventions d'actionnaires ; conseils lors de la préparation de réunions du conseil d'administration et d'assemblées générales ; recommandations au conseil d'administration en cas de litiges au sein de la société ou avec des tiers ; renseignements sur le droit de la propriété intellectuelle ; aide à la planification successorale ; réalisation d'une *due diligence* ; rédaction ou examen de contrats de vente ; renseignements sur les questions de garantie et les délais de prescription ; *rulings* fiscaux et bien plus encore.

Ces remarques s'appliquent également aux fiduciaires, conseillers fiscaux, consultants, banques ou assurances, etc. lorsqu'ils fournissent de telles prestations. Chacun des services susmentionnés aurait déclenché toute la **cascade des obligations de diligence** prévue par la LBA, même si l'information juridique est réglée en peu de temps et qu'aucune transaction

financière n'y est rattachée. Dans la pratique, les charges internes et les coûts externes (contrôle par un organe de révision indépendant) auraient souvent été plus élevés que le produit des heures de travail facturables. Rappelons à ce sujet que, pour se mettre en conformité avec la LBA, les études d'avocat-es de petite et moyenne taille disposent de ressources humaines et économiques nettement plus limitées que les banques et les intermédiaires financiers professionnels.

E. Conséquences désastreuses si les activités de conseil avaient été rattachées à la LBA

Le projet de révision rejeté avait voulu introduire des **notions abstraites**, telles que « à titre commercial » ou « actes préparatoires », alors que l'ordonnance en vigueur utilise p. ex. le terme « à titre professionnel », défini avec précision par la pratique des 20 dernières années. Il n'était donc pas clair, entre autres, si le concept d'achat ou de vente de sociétés de domicile ne concernait que la vente de tous les droits de participation ou si elle englobait également les contrats portant sur l'acquisition ou la cession d'une participation majoritaire ou même minoritaire. Qu'en aurait-il été des actes juridiques équivalant économiquement à une vente, comme le transfert selon la loi sur la fusion, les donations, la constitution d'un usufruit, etc. Le projet s'affranchissait sans aucune retenue de toutes ces exigences élémentaires de précision et de clarté applicables aux lois.

Une extension – partielle et imprécise – du champ d'application de la LBA à certaines activités de conseil (dans tous les cas où il existe une société de domicile ou un trust) aurait **fondamentalement remis en question le secret professionnel de l'avocat-e**, sans pour autant renforcer la lutte contre le blanchiment d'argent. Le flou juridique qui se serait dégagé **en remplaçant le concept éprouvé d'intermédiaire financier** pour les « conseillers » devait impérativement être évité. En plus de son inutilité totale, cette approche aurait profondément érodé le secret professionnel de l'avocat-e : ainsi, des sociétés de révision auraient désormais dû vérifier les affaires traitées par les avocat-es. Il aurait fallu leur fournir les renseignements nécessaires au contrôle et leur remettre tous les documents utiles (avec une obligation de divulgation). La société de révision aurait ainsi inévitablement pris connaissance de données confidentielles soumises au secret professionnel de l'avocat-e. Consécutivement à ce contrôle, des informations protégées par l'art. 321 CP se seraient alors retrouvées chez des tiers. Ceux-ci ne pouvant se prévaloir du secret, ils auraient finalement été contraints à produire des documents, alors même qu'ils ne sont soumis à aucune obligation de fournir des renseignements à l'autorité. Le fait que le contrôle aurait été effectué par des personnes soumises à un secret professionnel n'aurait rien changé à la situation. En effet, le secret est également violé si son détenteur en parle à des consœurs/confrères qui ne sont pas directement impliqués dans l'exécution du mandat confié par le client. L'obligation de contrôle pour les activités *atypiques* de l'avocat-e aurait donc, avec la réglementation envisagée, levé le secret professionnel de l'avocat-e. Le projet de révision aurait opéré un changement de paradigme : en l'état du droit, l'obligation de contrôle n'existe que pour les transactions effectuées par les avocat-es-intermédiaires financiers, à propos de qui on rappellera qu'ils ne peuvent de toute façon pas se prévaloir du secret professionnel pour ce type d'activités *atypiques*.

F. Synthèse

1. Le **mécanisme de prévention** actuel, composé de la LBA, du CP, de la suppression des actions au porteur, de l'introduction du délit fiscal qualifié comme infraction préalable au blanchiment d'argent et des règles de transparence dans le CO, **suffit largement**. C'est l'effet du mécanisme qui est déterminant, et non la méthode choisie, même si elle ne correspond pas exactement à celle de nos pays voisins.

2. **Si le mécanisme de prévention se développe de manière disproportionnée, son efficacité diminue corrélativement.** Autrement dit, surabondance de réglementation n'équivaut pas à efficacité.
3. S'il existe, en comparaison des normes internationales, des lacunes ou des manquements dans notre droit (avec des risques réels), il faudrait bien entendu les combler. Mais le projet de révision nourrissait un objectif nettement plus ambitieux, voulant imposer une réglementation encore plus forte que celle de l'UE et du GAFI, tout en abandonnant un concept reconnu et qui a amplement fait ses preuves.
4. Il est bien plus **judicieux** d'assurer une **mise en œuvre conséquente** et d'intégrer les ressources nécessaires. C'est dans ce sens qu'il faut agir.

III. Le secret professionnel et le conflit russo-ukrainien

A. Obligation de l'avocat-e de fournir des informations aux autorités au vu du secret professionnel et du secret de l'avocat-e

La Suisse a repris les sanctions de l'UE adoptées consécutivement à la guerre d'agression menée par la Russie contre l'Ukraine. L'ordonnance du 4 mars 2022 instituant des mesures en lien avec la situation en Ukraine (RS 946.231.176.72 ; ci-après Ordonnance sur l'Ukraine) en est la concrétisation. Cette ordonnance a été édictée sur la base de la loi fédérale sur l'application de sanctions internationales (RS 946 231 ; ci-après LEmb). Selon l'art. 1 LEmb, la Confédération peut prendre des mesures de coercition pour faire appliquer des sanctions. L'art. 2 LEmb prévoit que le Conseil fédéral est compétent en la matière et édicte ses mesures de coercition sous forme d'ordonnance. L'art. 16 al. 1 de l'Ordonnance sur l'Ukraine a la teneur suivante :

« Les personnes et les 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, doivent le déclarer sans délai au SECO. »

Selon l'art. 15 al. 1 de l'Ordonnance sur l'Ukraine, *les avoirs et les ressources économiques appartenant à ou sous contrôle des personnes physiques, entreprises et entités visées à l'annexe 8 sont gelés.* Conformément à l'art. 10 LEmb, *quiconque enfreint intentionnellement l'obligation de fournir des renseignements à l'autorité est passible des arrêts ou d'une amende pouvant aller jusqu'à 100 000 CHF et 40 000 CHF en cas de négligence.* L'infraction est poursuivie d'office.

Il était prévisible que les milieux politiques, les autorités étrangères (surtout américaines), ainsi que les médias fassent pression pour imposer aux avocat-es une obligation étendue de fournir des renseignements aux autorités. La FSA s'est donc empressée de communiquer ses déterminations aux médias. Elle a en outre commandé auprès du prof. Marcel Niggli, spécialiste renommé en droit pénal, un avis de droit sur la question de savoir comment les avocat-es devaient se comporter face à cette obligation d'informer les autorités, tant au regard du secret professionnel de droit pénal que du secret de l'avocat-e de droit professionnel.

Devant cette obligation de fournir des renseignements à l'autorité, l'avocat-e engage évidemment sa propre responsabilité. Si elle ou il viole son secret en divulguant des informations confidentielles selon l'art. 321 CP, l'avocat-e risque d'être sanctionné pénalement sur plainte du/de la client-e. Même en l'absence de celle-ci, l'avocat-e s'expose de surcroît

aux sanctions professionnelles découlant de l'art. 13 LLCA. La question est de savoir, dans l'hypothèse où il n'y a pas eu de consentement préalable du/de la client-e, si l'*obligation* de fournir des renseignements (selon l'art. 16 de l'Ordonnance sur l'Ukraine) constitue un *motif justificatif* excluant toutes sanctions pénales ou professionnelles à l'encontre de l'avocat-e. Et inversement, qu'advient-il si l'avocat-e n'informe pas les autorités en cas de violation de la LEmb ou de l'Ordonnance sur l'Ukraine ?

B. Situation juridique dans l'UE

Le règlement (UE) n° 269/2014 du Conseil du 17 mars 2014 (JO L 78/6 du 17.3.2014, p. 6 ss), adopté à la suite de l'annexion de la Crimée par la Russie, s'applique dans toute l'UE. Son art. 8 prévoit (à l'instar de l'art. 16 de l'Ordonnance sur l'Ukraine) l'obligation pour les personnes physiques et morales, les entités et les organismes de fournir sans délai les informations dont ils ont connaissance en vue de l'application des sanctions, notamment les informations relatives aux avoirs gelés. Mais l'art. 8 al. 1 *in initio* du règlement européen précise aussi que cette obligation intervient « *Sans préjudice* des règles applicables en matière de communication d'informations, de confidentialité et de secret professionnel ». Au sein de l'UE, le secret professionnel de l'avocat-e semble donc l'emporter sur l'obligation de fournir des renseignements aux autorités, avec pour conséquence que la non-déclaration d'informations protégées par le secret ne constitue pas une violation du droit des sanctions.

C. Solution finalement adoptée en Suisse

Il reste peu clair si la Suisse a souhaité aller plus loin que le droit européen et reléguer en arrière-plan le secret professionnel de l'avocat-e par le biais d'une obligation générale d'informer les autorités. Ni le texte de l'ordonnance ni les autres documents ne permettent de le dire. D'autre part, le « *sans préjudice* du secret professionnel de l'avocat-e », tel qu'il est prévu en droit européen, fait figure de grand absent en Suisse.

La Suisse ne s'étant pas dotée d'une réglementation suffisamment explicite, la question de savoir si les avocat-es pouvaient opposer leur secret professionnel à leur obligation de renseigner l'autorité a suscité une vive controverse dans notre pays. Dans ce contexte, le SECO avait initialement fourni des informations contradictoires, puis, suite à l'intervention de la FSA et d'un certain nombre d'avocats, fondés sur la doctrine, s'était exprimé *via* un e-mail de l'ambassadeur Erwin A. Bollinger, délégué du Conseil fédéral aux accords commerciaux, Secrétariat d'État à l'économie (SECO), adressé à la FSA le 12 mai 2022 : « *Après avoir procédé à des clarifications internes en faisant appel à différents services spécialisés et avis de droit – dont celui [du prof. Niggli] que vous (FSA) nous aviez transmis – nous sommes parvenus à la conclusion que les avocats ne sont pas tenus de déclarer les avoirs bloqués dans le cadre des activités typiques qu'ils exercent dans leur profession. Le secret professionnel de l'avocat l'emporte, notamment lors de la représentation des parties en justice, sur l'obligation de fournir des informations liées au droit des embargos. Il en va autrement pour les activités qui ne relèvent pas du monopole des avocats, p. ex. la gestion de fortune ou les activités fiduciaires. Pour ce type d'activités, nous estimons que les avocats sont tenus d'informer les autorités* ». Le SECO ne précise toutefois pas l'étendue de ces activités *typiques* d'avocat, en particulier jusqu'à quel point l'activité de conseil juridique est incluse. La référence générale aux activités exercées en dehors du monopole des avocats s'avère donc erronée, dès lors que le conseil juridique entre également dans le champ des activités principales d'un avocat indépendant (cf. chapitre 1).

Quant à l'avis de droit du prof. Niggli, il précise clairement : « *Un avocat n'est pas tenu d'informer l'autorité s'il ne détient ou ne gère pas de valeurs patrimoniales. Il ne doit pas non plus refuser un mandat tant qu'il n'implique pas la détention ou la gestion de valeurs*

patrimoniales. En revanche, l'avocat doit, eu égard à ses obligations professionnelles, attirer l'attention de ses clients actuels ou futurs de la teneur de l'Ordonnance sur l'Ukraine ».

D. Restriction du secret professionnel selon l'art. 321 al. 3 CP

La nouvelle teneur de l'art. 321 al. 3 CP, introduite au 1^{er} janvier 2019, est la suivante :

« Demeurent réservées 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. »

Bien que cette réserve soit exprimée largement, l'interprétation historique de cette réglementation très récente donne un résultat clairement différent. S'agissant de l'obligation d'informer l'autorité, le nouvel al. 3 avait avant tout été créé pour des questions de protection de l'enfant (cf. 2015 FF, 3111). Compte tenu de cette *ratio legis* étroite, l'art. 321 al. 3 CP ne saurait servir de base à d'autres droits et obligations de fournir des renseignements aux autorités. Lors de l'introduction de l'art. 321 al. 3 CP, la LEmb était déjà en vigueur. Il aurait donc été possible et nécessaire d'y faire référence si le législateur avait souhaité restreindre le secret professionnel également en ce qui concerne les mesures d'embargo.

Dans son avis de droit, le prof. Niggli déclare : *« 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 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. ».*

E. Personnes tenues à fournir des renseignements

S'agissant du droit pénal, il subsiste par ailleurs des incertitudes sur ce qui est finalement requis par l'obligation de fournir des renseignements selon l'art. 16 de l'Ordonnance sur l'Ukraine et quelles sont concrètement les informations à communiquer. Le prof. Niggli s'est également exprimé à ce sujet :

« 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·e, 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 [avec références].

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, 3 003 Berne, ou consulté sur www.seco.admin.ch > Économie 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). Ainsi, même si l'on considérerait 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.»

F. Synthèse

On peut ainsi clairement en conclure que l'art. 16 de l'Ordonnance sur l'Ukraine ne prévoit pas de restriction au secret professionnel de l'avocat-e qui soit conforme à l'état de droit. En d'autres termes, ladite disposition ne fournit pas de *motif justificatif* à l'avocat-e qui, en violation de son secret, fournirait des informations sur les avoirs de personnes ou d'entreprises sanctionnées et dont il a pris connaissance dans l'exercice de ses activités *typiques* d'avocat-e. Ce constat est valable tant que l'avocat-e n'a pas reçu le *consentement* de son client pour le délier du secret. Il appartient à l'avocat-e d'examiner *avec soin et diligence* si une telle démarche peut être judicieuse et servir les intérêts de son client.

Dans sa prise de position du 29 juin 2022 en réponse à l'interpellation n° 22.3492 du conseiller national Raphaël Mahaim (Les Verts suisses), le Conseil fédéral précise qu'à son avis, les avocats ne sont pas tenus de déclarer les avoirs ou ressources économiques qui tombent sous le coup du gel comme disposé à l'art. 16 de l'ordonnance du 4 mars 2022 instituant des mesures en lien avec la situation en Ukraine (RS 946.231.176.72). En parallèle, il rappelle la position du Tribunal fédéral, selon laquelle l'activité professionnelle spécifique de l'avocat, soit la rédaction de projets d'actes juridiques, l'assistance ou la représentation d'une personne devant une autorité administrative ou judiciaire, ainsi que des conseils juridiques, est protégée par le secret professionnel (ATF 147 IV 385, consid. 2.2).

G. Comportement si l'avocat-e est contacté par une personne inscrite sur la liste du SECO

Le prof. Niggli s'exprime également clairement à ce sujet :

« 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. »

Les informations confiées à l'avocat-e par un-e client-e sanctionné-e après l'entrée en vigueur de l'Ordonnance sur l'Ukraine bénéficient donc de la protection absolue du secret professionnel. Si ces informations sont portées à la connaissance de l'avocat-e par d'autres moyens, il ou elle en discutera avec son/sa client-e avant de prendre en considération une fourniture de renseignements aux autorités selon l'Ordonnance sur l'Ukraine. Même dans cette hypothèse, les informations revérifiées subséquentement deviennent donc des informations confiées, de sorte que l'avocat-e doit impérativement obtenir le consentement de son/sa client-e. Même en l'absence de revérification, la situation juridique est là aussi parfaitement claire aux yeux de la FSA. Le secret professionnel de l'art. 321 CP reste applicable à de telles informations dérivées. Aucune base légale ne permet de faire primer l'obligation de fournir des informations à l'autorité.

H. Pas de clarifications approfondies sur l'origine des avoirs bloqués

Les valeurs patrimoniales bloquées en application de l'Ordonnance sur l'Ukraine ne sont pas considérées comme issues d'une infraction (que ce soit totalement ou partiellement), mais seulement bloquées ou placées sous séquestre. Le fait que des clarifications supplémentaires soient éventuellement nécessaires pour examiner chaque transaction (conformément à la LFINMA et aux ordonnances y relatives) n'y change rien. Le blocage ne peut justifier, à lui seul, des clarifications supplémentaires. L'art. 6 al. 2 let. b LBA fait expressément référence à l'origine criminelle des valeurs patrimoniales ou à leur utilisation pour le financement du terrorisme. Il faut dès lors rejeter la position selon laquelle la seule mention du nom d'une personne sur une liste correspondante à l'Ordonnance sur l'Ukraine exigerait *per se* des clarifications complémentaires. Ce n'est pas la nature ou l'origine des avoirs qui constitue un obstacle à leur utilisation, mais uniquement le fait qu'ils soient bloqués en vertu de l'art. 15 de l'Ordonnance sur l'Ukraine. L'al. 5 de cette disposition prévoit d'ailleurs des exceptions pour lesquelles le SECO peut autoriser un déblocage, ce qui ne serait évidemment pas le cas s'il s'agissait de valeurs patrimoniales d'origine criminelle.

On ne saurait pas non plus se référer à la loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger du 18 décembre 2015 (RS 196.1 ; ci-après LVP), dont l'art. 1^{er} prévoit 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* ». L'Ordonnance sur l'Ukraine n'établit pas un tel lien. Elle se réfère uniquement à la LEmb dont les mesures de coercition visent à faire respecter le droit international public et ne s'impose donc pas en raison de l'origine des valeurs patrimoniales. Ceci ne concerne en rien l'origine des avoirs. L'Ordonnance sur l'Ukraine, de même que les sanctions et listes y relatives, ont donc un caractère purement politique, et non pénal.

Au vu de ce qui précède, le fait que le nom d'une personne figure sur une telle liste ne saurait, à lui seul, créer des obligations supplémentaires de clarification.

I. Financement des honoraires via les avoirs bloqués

Nous venons d'expliquer que le simple fait de bloquer des valeurs patrimoniales en application de l'Ordonnance sur l'Ukraine n'indique pas en soi un quelconque blanchiment d'argent et n'incite pas non plus à des clarifications plus approfondies à ce sujet.

L'art. 15 al. 5 de l'Ordonnance sur l'Ukraine mentionne en outre explicitement, comme exception au blocage, l'utilisation de fonds bloqués pour l'exécution de contrats existants ou

de créances faisant l'objet d'une décision judiciaire, d'une instance administrative ou d'un tribunal arbitral. Ne pas autoriser le financement du conseil juridique ou de la représentation devant les tribunaux signifierait que les personnes concernées ne pourraient tout simplement pas, ou que difficilement, accéder au droit et se défendre contre lesdites sanctions. La pratique récente du Tribunal fédéral exige même des avocat-es qu'ils ou elles, dans la mesure du possible, exigent des provisions. Dans le cas contraire, la levée du secret professionnel peut être refusé lorsqu'il s'agit de faire valoir ses droits à des honoraires devant les tribunaux. Rien ne peut justifier, dans un État de droit, que les organes étatiques bloquent les avoirs d'un individu et lui refusent ainsi les moyens de financer ses voies de droit.

Dans son avis de droit, le prof. Niggli en déduit que : « *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* ».

Berne, septembre 2022/FSA

Sources :

- Références qui figurent directement dans le texte ;
- Argumentaires internes de la FSA à propos de la révision de la LBA et l'initiative parlementaire Sommaruga ;
- Avis de droit du 13 mai 2022 du prof. Marcel Niggli, Université de Fribourg, Sanctions et loi sur les embargos, Ordonnance sur l'Ukraine et secret professionnel de l'avocat ;
- Sergio Giacomini, Le point de mire du Conseil de la FSA, Revue de l'avocat 1/2017, p. 3 ss ;
- Sergio Giacomini, Le point de mire du Conseil de la FSA, Revue de l'avocat 3/2017, p. 99 ss ;
- Peter Burckhardt/Nina Lumengo Paka, Les sanctions suisses à l'encontre de la Suisse, in : Recht der Internationalen Wirtschaft RJW 68 (1922), p. 266 ss.