

ENQUÊTE INTERNE ET SECRET PROFESSIONNEL

BENOÎT CHAPPUIS*

Avocat, professeur aux Universités de Genève et Fribourg

Mots clés: avocat, enquête interne, secret professionnel, activité typique, blanchiment d'argent

Le Tribunal fédéral a récemment rendu un arrêt¹ dans lequel il a eu à se prononcer pour la première fois sur la question controversée du secret professionnel de l'avocat pour l'activité déployée par ce dernier dans une enquête interne menée dans une banque. La décision est d'importance puisque non seulement elle aborde le concept d'enquête interne, mais aussi parce qu'elle constitue un cas d'application du thème délicat des activités mixtes de l'avocat, mêlant les typiques et les atypiques.

I. Les faits

L'un des gérants de fortune d'une banque suisse, la Banque A, a été mis en prévention pour blanchiment et faux dans les titres, dans une affaire de pots-de-vin que l'un de ses clients avait reçus en relation avec des transactions étatiques grecques. La Banque A avait alors mandaté l'Étude d'avocats C (basée à Zurich), aux côtés de l'Étude anglaise B, afin d'analyser la diligence avec laquelle elle avait suivi le client impliqué et de déterminer si elle avait respecté les obligations de diligence imposées par la LBA (*«to review confidentially the quality of their diligence on this particular client»*).

Au début de 2014, le mandat de l'Étude C a été élargi, pour se transformer en une véritable enquête interne, entre février et avril 2014. Cela l'avait notamment amenée au dépouillement des notes internes de la banque et à l'interrogatoire de ses employés.

Au cours de son enquête, le ministère public fédéral (MPC) a ordonné la saisie de la documentation réunie par l'Étude C concernant les relations bancaires suspectes (les procès-verbaux de séances internes avec la direction et le conseil d'administration de la banque). L'Étude C a fait valoir son secret professionnel et a demandé la mise sous scellés de toute la documentation saisie. L'autorité cantonale fit partiellement droit à la demande de levée des scellés déposée par le MPC – moyennant le caviardage de certains passages – en ce qu'elle visait les procès-verbaux d'entretiens de l'Étude anglaise B avec des collaborateurs de la banque, un projet de rapport sur le dépouillement de la documentation bancaire de l'Étude C et les procès-verbaux d'entretien de l'Étude C avec des collaborateurs de la Banque A. En revanche, la levée des scellés a été refusée pour un procès-verbal d'entretien avec la banque ainsi que pour un procès-verbal d'entretien de l'Étude C avec le gérant incriminé.

L'autorité cantonale a retenu que l'étude avait, pour l'essentiel, effectué des tâches de *compliance*, que la banque lui avait déléguées. Selon elle, seule une petite part du travail avait consisté en une activité typique d'avocat qui bénéficiait de la protection du secret. Elle en a conclu que les documents réunis dans l'enquête interne pouvaient être pénalement saisis, pour la grande majorité d'entre eux. L'étude soutenait de son côté que l'intégralité de son travail était de nature typique et, partant, était soumise au secret professionnel, ce qui faisait obstacle à la saisie.

L'Étude C ainsi que la Banque A et l'Étude anglaise B ont porté la décision cantonale devant le Tribunal fédéral. Ce dernier a rejeté le recours.

II. La décision

L'arrêt étant fort de 17 pages, on ne peut en donner ici qu'un aperçu, se limitant à l'essentiel. Le Tribunal fédéral rappelle en premier lieu sa jurisprudence classique sur la distinction entre les activités typiques d'avocat, soumises au secret, et les activités atypiques, qui ne le sont pas.² Il est rappelé que sont considérées comme activités typiques la représentation des parties en justice ainsi que la fourniture de conseils juridiques et la rédaction de projets

* L'auteur remercie Me Alexandre Richa, avocat et professeur à l'Université de Lausanne (HEC), ainsi que Me David Raedler, avocat et doctorant à l'Université de Lausanne, pour leur relecture critique, leurs commentaires et leurs suggestions.

¹ TF, 1B_85/2016.

² ATF 114 III 105, consid. 3 = JdT 1990 II 98; ATF 112 Ib 606, consid. 2c = JdT 1987 IV 150 = SJ 1987 539.

d'actes juridiques.³ Toutes les autres activités sont considérées comme atypiques.

À cet égard, le Tribunal fédéral relève que les conseils en matière de blanchiment peuvent entrer dans la catégorie des activités typiques: «*Die anwaltliche Rechtsberatung, auch zu juristischen Fragen der Geldwäscherei-Compliance, ist vom Anwaltsgeheimnis grundsätzlich geschützt*».⁴

En revanche, la situation se révèle plus complexe lorsque, dans un tel contexte, les tâches confiées à l'avocat relèvent des deux catégories.⁵ On a alors affaire à des activités mixtes, pour lesquelles l'avocat ne peut pas revendiquer la protection du secret pour l'entier d'entre elles.⁶ En cas d'enquête pénale conduisant à une saisie de documents en mains de l'avocat, l'autorité doit procéder à un tri, en fonction du type d'activité que l'avocat a déployée pour les personnes concernées par l'enquête.⁷ Il s'agissait donc, dans le cas d'espèce, de déterminer dans quelles catégories entraient chacun des travaux menés par l'étude X.

Le fondement principal du raisonnement du Tribunal fédéral est déduit de l'article 7 LBA dont l'alinéa 1 dispose que «l'intermédiaire financier doit établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la présente loi, de manière à ce que des tiers experts en la matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la présente loi». Quant à l'alinéa 2 de cette disposition, il ajoute que l'intermédiaire financier «conserve les documents de manière à pouvoir satisfaire, dans un délai raisonnable, aux éventuelles demandes d'informations ou de séquestre présentées par les autorités de poursuite pénale».

Sur la base de cette observation préliminaire, le Tribunal fédéral retient que la LBA impose donc des devoirs légaux propres à l'intermédiaire financier, dont il doit être en mesure de prouver l'accomplissement. Dans les cas complexes, il peut certes les déléguer à des spécialistes externes, qu'il s'agisse de sociétés d'audit ou à des avocats. Il ne peut en revanche pas contourner les exigences de la loi en invoquant, conformément à l'art. 264 CPP, la protection du secret professionnel du mandataire auquel il a délégué ces tâches.⁸ Il en résulterait en effet que, contrairement aux réquisits de la LBA, l'intermédiaire financier pourrait se soustraire à l'obligation de documenter les mesures prises dans le suivi des transactions effectuées par ses clients, puisqu'elles auraient été accomplies par un avocat dont il opposerait le secret.

Il faut donc en conclure que, dans l'accomplissement d'un tel mandat, l'avocat effectue des tâches qui ne sont pas typiques, puisqu'elles sont celles de la banque, aux termes de la LBA et des dispositions d'application prises par la FINMA: «*Die fragliche bankinterne Controlling- und Untersuchungstätigkeit (inklusive Dokumenten-Transaktionsanalysen und Mitarbeiterbefragungen) geht über eine vom Anwaltsgeheimnis geschützte Rechtsberatung deutlich hinaus, weshalb hier die Unterlagen der bankinternen Untersuchungen (im Sinne der oben darge-*

legten Praxis) nicht vom anwaltlichen Berufsgeheimnis integral und vollständig geschützt sind».⁹

En l'espèce, l'Étude C a analysé dans un premier temps le comportement de la Banque A et a fait part de son appréciation sur la diligence dont cette dernière avait fait preuve dans le suivi des transactions financières du client suspect. Elle a donc exprimé un avis juridique au terme de son analyse. Il s'agit là d'une activité typique d'avocat.

L'étude a cependant vu son mandat élargi dans une seconde phase. Elle s'est alors chargée d'une enquête interne dont l'objet était la mise en œuvre des devoirs de diligence imposés à la banque par la LBA. La distinction qu'avait faite l'autorité cantonale à cet égard est ainsi confirmée par le Tribunal fédéral: «*Die von der Vorinstanz getroffene Unterscheidung zwischen anwaltlicher Rechtsberatung und geldwäschereigesetzlich vorgeschriebenem Compliance-Controlling schliesst keineswegs aus, dass die Banken bei komplexen und schwierigen Fragen des Geldwäscherei-, Rechtshilfe- oder Bankenaufsichtsrechts auch anwaltliche Rechtsberatung in Anspruch nehmen können, die im konkreten Fall durch das Anwaltsgeheimnis geschützt sein kann*».¹⁰

L'un des éléments décisifs du raisonnement du Tribunal fédéral¹¹ réside dans le fait que les devoirs de diligence de l'intermédiaire existent non seulement au moment où il établit une relation d'affaires avec un client, mais durent tout au long de cette relation. Cette obligation de suivi des transactions en cours d'exécution du mandat ressort non seulement des art. 3-7 LBA, mais également de l'OBA-FINMA, dont l'art. 20 institue une obligation de surveillance des transactions à la charge de la banque.

Autrement dit, l'intermédiaire financier ne peut pas soutenir que l'analyse et la surveillance des transactions effectuées par un client, une fois son compte ouvert, peuvent être transférées à un avocat dans un mandat soumis au secret. Il s'agit là d'obligations propres de l'intermédiaire financier, qui sont de la même nature que celles qui existent au début de la relation d'affaires. Elles sont soumises aux mêmes règles, en particulier celles l'obligeant à disposer d'une documentation sur les contrôles effectués, pouvant être remise à l'autorité pénale si cette dernière en fait la demande (art. 7 al. 2 LBA).

³ ATF 135 III 410, consid. 3.3; TF, 2C_461/2014, consid. 4.1.

⁴ Consid. 6.1.

⁵ Consid. 4.2.

⁶ Sur la problématique des activités mixtes et du régime du secret qui leur est applicable, cf. CHAPPUIS, La profession d'avocat. Tome I: Le cadre légal et les principes essentiels, Genève, Zurich, Bâle 2016, p. 189-190.

⁷ Pour des exemples d'un tel tri, cf. TF, 1B_18/2016; 1B_167/2015 et 8G.9/2004 (concernant une procédure pour des infractions fiscales, conduite selon les règles du droit pénal administratif).

⁸ Consid. 6.6.

⁹ Consid. 7.2.

¹⁰ Consid. 7.3.

¹¹ Consid. 7.4 et 7.5.

Le travail accompli par l'avocat dans ce contexte ne peut pas être assimilé à la simple analyse, factuelle et juridique, de transactions effectuées par la banque. Il est certes loisible à cette dernière, pour mener à bien son travail, de s'entourer des conseils et avis d'un avocat, qui seront alors couverts par le secret. Elle ne peut en revanche lui transférer, sous le même régime juridique de confidentialité, ses obligations propres.

Le Tribunal fédéral en conclut que c'est en conformité avec le droit fédéral que l'autorité a levé les scellés pour tous les documents susceptibles d'établir la façon dont la Banque A s'était acquittée de ses devoirs découlant de la LBA et de la législation bancaire.

III. Le commentaire

1. Remarques préliminaires

D'aucuns se sont inquiétés de cette décision, y discernant un durcissement de la conception du Tribunal fédéral concernant le champ d'application du secret professionnel de l'avocat, en particulier parce qu'il aurait exclu de ce champ tout le domaine des enquêtes internes. L'analyse de l'arrêt montre cependant qu'il n'en est sans doute rien.

En premier lieu, l'arrêt a été rendu dans le cadre spécifique du blanchiment d'argent et des obligations imposées aux intermédiaires financiers par la LBA et la FINMA en ce qui concerne les banques. L'essentiel du raisonnement du Tribunal fédéral s'articule autour d'elles. On ne peut pas faire abstraction de cette caractéristique dans l'analyse de la décision. On y reviendra.

Deuxièmement, la solution retenue par le Tribunal fédéral ne s'éloigne pas de celle connue depuis fort longtemps concernant l'étendue du champ du secret professionnel. En effet, s'appuyant sur les principes établis depuis des décennies,¹² qui distinguent les activités typiques, protégées par le secret, des activités atypiques, qui ne le sont pas, les juges fédéraux sont parvenus à une solution en harmonie avec la jurisprudence traditionnelle.

La principale difficulté de lecture de l'arrêt vient en réalité de l'exposé des faits qui, même s'il n'est pas avare de détails sur le mandat confié à l'Étude C, est néanmoins insuffisamment développé pour permettre de comprendre avec précision quelles ont été les activités effectives des avocats impliqués dans l'exécution du mandat et quelle a été la frontière mise par l'Étude C entre les activités typiques et les activités atypiques. Ces imprécisions de fait ne sont pas sans conséquence sur l'analyse juridique à laquelle le Tribunal fédéral se livre. Il en résulte une difficulté de compréhension quant à la portée exacte qu'il entend donner aux principes qu'il édicte. Comme nous allons le voir, cela est vrai en particulier en ce qui concerne les activités dites de «*controlling*».¹³

La problématique des mandats mixtes, mêlant ces deux types d'activités, est toujours difficile à traiter, non seulement sur le plan théorique (supra II, en particulier n. 6), mais également en raison des formes sous lesquelles elle se présente en pratique. Il est en effet fréquent que la superposition des unes et des autres se fasse insensiblement

au cours de l'exécution du mandat de l'avocat, au fur et à mesure que de nouvelles tâches lui sont confiées. Il en résulte que le fruit de son travail peut se présenter comme un tout cohérent, alors que, pourtant, il est de double nature, sans que l'avocat ait véritablement eu conscience de ce glissement progressif.

Enfin, comme déjà indiqué, l'arrêt a été rendu dans le domaine spécifique de la lutte contre le blanchiment et des obligations à charge de l'intermédiaire financier aux termes de la LBA. Les conclusions qu'en tire le Tribunal fédéral ne sont pas transposables, sans autre réflexion, à toute la thématique des enquêtes internes, quels qu'en soient le domaine et les modalités. Il ne le fait d'ailleurs pas lui-même dans sa décision. Il convient donc de s'arrêter sur cette dernière notion pour tenter de circonscrire les contours.

2. La notion d'enquête interne

La notion d'enquête interne n'est pas un concept juridique précis qui serait institué par une loi spécifique. Il s'agit d'une notion développée par la pratique, notamment en droit du travail, étant précisé que cette pratique ne se limite évidemment pas à ce domaine juridique précis. Cela est par exemple le cas lorsqu'un employeur a des doutes sur la qualité du travail d'un ou plusieurs de ses employés, voire sur l'honnêteté de ces derniers. Il peut être amené à prendre des mesures d'enquête pour établir les faits, avant de prendre les mesures appropriées, tel le prononcé d'un avertissement ou un licenciement. Le but recherché peut également consister à examiner, au terme de l'enquête, quelles sont les mesures d'amélioration à prendre en termes de *compliance* ou de gouvernance d'entreprise. Il peut également consister à entreprendre les démarches administratives ou judiciaires rendues nécessaires par les constatations faites au terme de l'enquête (dénonciation, plainte pénale, procès civil en responsabilité, etc.). Ce dernier lot de mesures peut notamment s'expliquer par le souci de collaborer avec l'autorité, afin d'éviter le prononcé d'une sanction, ou d'en réduire l'importance.

Le concept d'enquête interne peut également s'intégrer dans les mesures que l'employeur prend en vue de la protection de la personnalité de ses employés, notamment afin, préalablement, de leur permettre de se plaindre d'actes de *mobbing* ou de harcèlement et, le cas échéant, de mener une enquête pour établir les faits. L'employeur doit obligatoirement prendre de telles mesures; s'il ne dispose pas des ressources suffisantes sur le plan interne permettant à l'employé de s'adresser à une personne hors de la structure hiérarchique dans laquelle il se trouve, l'employeur doit recourir aux services de tiers externes. Dans de tels cas, il peut arriver que le tiers externe qui est man-

¹² Les deux premières décisions fondamentales sur ce point sont l'ATF 112 Ib 606 et l'ATF 114 III 105 = JdT 1990 II 98.

¹³ Consid. 7.2.

daté le soit en une qualité qui s'apparente à celle d'un médiateur.

Dans tous ces cas, l'enquête interne qui serait menée par l'entreprise peut être exécutée par elle-même (par exemple par un comité *ad hoc* mis en place ou par certains collaborateurs particuliers) ou être confiée à un tiers externe, dont un avocat.

Il ressort de ces quelques rappels que l'intervention de tiers externes à l'entreprise, en cas de difficultés au sein de cette dernière, peut se présenter sous deux formes principales:

- Un mandat donné par l'employeur à un tiers afin d'établir les faits et de recommander, à son intention, des mesures à prendre. Ce type de mandat est souvent confié à un avocat.
- Un mandat donné par certaines ou toutes les parties concernées – employeur et employé en cause ou en danger – d'agir comme médiateur impartial ou facilitateur pour la résolution du conflit ou d'une menace pour la personnalité d'un employé. Ce mandat peut aussi bien être confié à une personne interne à l'entreprise, pour autant qu'elle ne soit pas dans un rapport hiérarchique avec l'employé concerné, qu'à un tiers externe. Cette deuxième forme de mandat, où le rôle donné à l'avocat relève de l'activité de médiateur impartial ou de facilitateur impartial, ne relève pas des activités typiques.

3. L'enquête interne en tant qu'activité typique

Lorsque l'activité confiée à l'avocat a pour objet l'établissement de faits et de recommandations de mesures à prendre, elle relève en principe de l'activité typique. Les éléments suivants appuient cette thèse:

- L'établissement des faits fait partie du devoir de diligence de l'avocat et est propre à tout mandat, notamment judiciaire.¹⁴ Il s'agit même de l'une des tâches essentielles de l'avocat.¹⁵ L'établissement des faits constitue en effet la base fondamentale de toute prétention juridique («*da mihi factum dabo tibi ius*») et, partant, le point de départ de tout mandat d'avocat. Le Tribunal fédéral l'a lui-même relevé, il n'est pas nécessaire qu'un avocat élabore des considérations juridiques pour que son activité soit typique.¹⁶
- Lorsqu'il entreprend ce travail au sein d'une entreprise, afin d'établir le déroulement des faits qui y sont survenus et, cela fait, pour en tirer des conséquences juridiques, il effectue une forme d'enquête interne, même si une telle dénomination n'est pas toujours employée pour désigner cette activité. De questions ponctuelles à quelques collaborateurs, à une vaste opération d'enquête, cette tâche peut prendre des formes variées, selon l'ampleur et la complexité de l'affaire. Ce procédé est aussi indispensable que courant et typique de la profession d'avocat.

En d'autres termes, l'avocat qui, à la demande d'une entreprise, intervient pour déterminer si des dysfonctionnements y sont survenus et, cela fait, propose les mesures juridiques ou judiciaires qui s'imposent, exerce donc en

principe une activité typique couverte par le secret des art. 13 LLCA et 321 CP. Le plus souvent d'ailleurs, la manière avec laquelle il entreprend ces travaux d'instruction interne et d'établissement des faits dépendra des conséquences et suites juridiques qu'il entend y donner. Autrement dit, c'est au regard des mesures à prendre et des exigences que cela comprend (sanctions contre un employé, autodénonciation auprès d'une autorité, etc.) que l'avocat identifiera les faits à établir ainsi que la manière avec laquelle le faire.

Il faut en revanche réserver les cas où cet établissement des faits relève d'une part, comme dans l'arrêt analysé, des obligations légales propres du mandant ou, d'autre part, est effectué dans le domaine réglementaire, sur mandat d'une autorité administrative. Ce dernier procédé est notamment expressément prévu à l'art. 36 LFinma, ainsi qu'aux art. 24 et 24a LFinma pour ce qui est du chargé d'audit. Dans ces derniers cas, l'avocat chargé de ce type de mission doit rendre compte de son travail à l'autorité qui l'a nommé, sans pouvoir invoquer un quelconque secret à l'égard de cette dernière. Il est en revanche soumis au secret de fonction à l'égard des tiers (art. 14 LFinma).

4. L'interdiction de l'abus de droit

Les activités typiques bénéficient de la protection du secret professionnel des art. 13 LLCA et 321 CP. En conséquence, le CPP institue l'insaisissabilité des documents qui sont le produit de ces activités (art. 264). Les conséquences de ces dispositions sont fortes puisque, ainsi que le Tribunal fédéral l'a relevé, le secret est susceptible de compliquer la recherche de la vérité. Il s'agit cependant, ajoute-t-il, d'un inconvénient qui doit être accepté dans un État de droit.¹⁷

De telles conséquences ont pour inexorable corollaire une application stricte par les tribunaux des principes, notamment par le biais de la prohibition de l'abus de droit.¹⁸ En d'autres termes, l'institution du secret ne doit pas être détournée de ses fins légitimes pour servir des buts qui lui sont étrangers.

L'arrêt présentement analysé ne dit pas autre chose¹⁹, lorsqu'il y est affirmé que l'intervention d'une étude d'avocats ne doit pas mener à un détournement de la LBA permettant à l'intermédiaire financier de se soustraire à la justice, en ne lui remettant pas la documentation qu'il doit tenir à sa disposition en tout temps (art. 7 al. 2 LBA).

¹⁴ TF, 4C.80/2005, consid. 2.2.1.

¹⁵ TF, 4C.80/2005, consid. 2.2.1; BK-FELLMANN, art. 398 CO N 415; CHAPPUIS, La profession d'avocat. Tome II – La pratique du métier: De la gestion d'une étude et la conduite des mandats à la responsabilité de l'avocat. Genève, Zurich, Bâle 2017, p. 190 ss.

¹⁶ TF, 1B_380/2012.

¹⁷ TF, 2C_586/2015, consid. 2.1 (considérant non publié à l'ATF 142 II 307); ATF 112 Ib 606, consid. 2b = JdT 1987 IV 150 = SJ 1987 539.

¹⁸ TF, 1P.32/2005, consid. 3.2; ATF 117 Ia 341, consid. 6c.

¹⁹ Consid. 6.6.

Cela dit, il faut relever que, dans l'arrêt analysé, le Tribunal fédéral se réfère,²⁰ outre aux obligations propres de la banque découlant de la LBA, au «*controlling*», notion assez floue et qui peut être interprétée plus ou moins largement. Il s'ensuit que la portée exacte de l'arrêt est difficile à déterminer lorsque l'on se rapproche de telles tâches de «*controlling*». Sur ce point, il paraît que Tribunal fédéral ne distingue pas suffisamment les obligations légales propres de la banque en matière de *compliance*, qui ne peuvent pas être couvertes par le secret d'un avocat auquel elles auraient été déléguées, d'autres tâches de contrôle plus larges qui peuvent faire l'objet d'un mandat typique confié à un avocat.

Les documents exclus de la protection du secret d'avocat ne devraient concerner, vu la lettre de l'art. 7 LBA, que les détails des transactions bancaires, ainsi que des clarifications ordonnées selon l'art. 6 LBA. En revanche, si la banque craint que certains de ses employés n'aient pas respecté les obligations lui revenant aux termes de la LBA et mène dans ce cadre une enquête interne destinée à juger des activités de ses propres employés – et non à identifier le client ou l'ayant-droit économique –, le cadre de cette enquête sort de l'obligation posée à l'art. 7 LBA. Le secret d'avocat doit donc être respecté.

5. La notion de concept de conseil juridique

L'une des questions actuelles relatives au champ d'application du secret professionnel est celle de la notion de conseil juridique. La conception prévalant en Suisse est large. Elle comporte en effet tout conseil juridique que l'avocat dispense à son client, qu'il ait trait à l'activité passée de ce dernier ou à celle qu'il aura dans le futur²¹. Cette conception n'est plus celle qui a cours dans l'UE, où l'on considère maintenant que le conseil juridique est uniquement compris comme un avis sur la situation actuelle du client. En revanche, l'assistance, même sous forme de conseil, à l'élaboration des projets futurs du client, sort du champ du conseil juridique et peut donc se situer en dehors du cadre protégé par le secret. Cette évolution a déjà été évoquée dans un article publié dans cette revue,²² de sorte qu'il y est renvoyé, en particulier pour ce qui est de la jurisprudence de la Cour EDH.²³

Pour comprendre l'impact de cette discussion sur la problématique des enquêtes internes, il convient néanmoins de rappeler brièvement ici tant les impératifs de la CEDH que les recommandations du GAFI ou la jurisprudence suisse:

- La Cour EDH a posé le principe selon lequel est compatible avec la CEDH l'obligation faite à l'avocat – édictée par la loi française en application d'une directive européenne – de communiquer des soupçons de blanchiment lorsqu'il assiste son client dans la préparation ou la réalisation d'opérations strictement définies (ex.: achat et vente de biens immeubles ou fonds de commerce; gestion de valeurs patrimoniales appartenant au client; ouverture de comptes bancaires, d'épargne de titres ou de contrats d'assurance, entre autres).²⁴

- Les recommandations du GAFI restreignent, en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, la notion de conseil juridique, en distinguant l'activité d'évaluation de la situation juridique du client et celle d'assistance dans la mise sur pied et la réalisation d'opérations bien définies, notamment la réalisation de transactions à vocation essentiellement financière ou destinées à des transferts patrimoniaux. Ces dernières sortent du champ de protection du secret.

La jurisprudence du Tribunal fédéral n'exige pas de l'avocat une activité juridique comme critère de l'activité typique de la prestation de l'avocat, la simple présentation de faits devant une autorité étant suffisante pour recevoir cette qualification²⁵.

6. Conclusion

Au vu des éléments mentionnés dans le chapitre précédent, il ressort que l'activité de l'avocat qui consiste à participer, au sein d'une entreprise, à la découverte de dysfonctionnements, à en apprécier les conséquences juridiques pour sa mandante, puis à élaborer et proposer à l'entreprise les mesures qui s'imposent, entre dans la définition du conseil juridique, même dans la conception étroite prônée par l'UE et le GAFI. C'est donc dire qu'une enquête interne peut parfaitement s'inscrire dans ce cadre, en tout cas si son objet se limite aux activités qui viennent d'être décrites.

Cette conclusion s'impose également lorsque le mandat de l'avocat a pour objet des soupçons de blanchiment au sein de l'entreprise. Le Tribunal fédéral le souligne d'ailleurs expressément: le conseil juridique peut porter sur des affaires de blanchiment.²⁶

La frontière est celle de l'exécution d'obligations qui, de par la loi, sont celles de l'entreprise elle-même. Si l'avocat peut assister cette dernière dans leur exécution, il sort cependant de son rôle de strict conseiller lorsqu'il se la fait déléguer en partie ou complètement. Il exécute alors une activité atypique, en tant que son intervention se limite à la réalisation des obligations légales qui reviennent à l'entreprise elle-même.

Les difficultés de l'affaire présentement analysée montrent, mieux que jamais, l'importance fondamentale que revêt la stricte séparation par l'avocat des activités ty-

²⁰ En particulier consid. 7.2: «Die fragliche bankinterne Controlling- und Untersuchungstätigkeit».

²¹ ATF 135 III 410, consid. 3.3; TF, 2C_461/2014, consid. 4.1.

²² CHAPPUIS, Le secret de l'avocat – Quelques questions actuelles, Revue de l'Avocat 2/2016, p. 59–60.

²³ Cour EDH, Michaud c/ France, n° 1233/11, du 6. 12. 2012, § 128; pour une analyse de cet arrêt, cf. CHAPPUIS, Le secret de l'avocat face aux exigences de la lutte contre le blanchiment d'argent: l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme, in forum-poenale 2013, p. 122 ss.

²⁴ Cour EDH, Michaud c/ France, n° 1233/11, du 6. 12. 2012, § 127.

²⁵ TF, 1B_380/2012.

²⁶ Consid. 6.1.

piques des autres. Cela implique la tenue de dossiers différents, voire même la constitution d'équipes séparées, de façon que les rôles des intervenants soient clairement définis en fonction de leur mission et que leur production puisse ainsi être soumise, sans contestation possible, au régime juridique qui lui est propre. L'étude qui accepte un tel mandat doit être consciente de cette problématique et prendre des mesures adéquates pour que les informations couvertes par le secret restent isolées des autres.²⁷

Cette façon de procéder se révèle d'autant plus importante que l'évolution actuelle du champ d'application du secret professionnel, mentionnée ci-dessus, est bien celle qui consiste à circonscrire la notion de conseil juridique de façon plus étroite que celle qui a actuellement cours en Suisse. L'actualité se charge de nous rappeler le renforcement de cette tendance. En effet, le Rapport d'évaluation mutuelle du GAFI 2016 pour la Suisse («Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme»)²⁸ insiste, d'une manière qui était prévisible, sur le fait que le rôle des avocats est encore insuffisamment pris en compte en Suisse dans la lutte contre le blanchiment. Leur participation, à titre de conseillers, dans la structuration de sociétés devrait, selon le GAFI, être englobée dans les activités soumises à la

LBA. C'est une vue de l'esprit que de penser que la Suisse va pouvoir rester complètement hors de cette évolution.

S'il est important que les organisations faïtières fassent valoir auprès des autorités politiques et judiciaires les enjeux d'une protection efficace du secret de l'avocat – que le Tribunal fédéral a récemment rappelés²⁹ –, il ne l'est pas moins que les avocats, dans leur pratique, préservent au mieux ce secret, et ne le mettent pas en jeu en raison de mesures organisationnelles insuffisantes, en le mélangeant à des activités qui ne bénéficient pas de sa protection.

²⁷ Sur la question de la création par des avocats de groupes de conseils juridiques pour y distinguer des activités soumises à des régimes juridiques différents, cf. CHAPPUIS, Les sociétés d'avocats et l'indépendance structurelle. Tribunal fédéral, arrêt 2C_560/2015, Revue de l'Avocat 4/2016, p. 183 ss.

²⁸ <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/mer-suisse-2016.pdf>.

²⁹ TF, 2C_586/2015, consid. 2.2 (considérant non publié à l'ATF 142 II 307).

Pratique et didactique

La LDTR. Démolition, transformation, rénovation, changement d'affectation et aliénation. Immeubles de logements et appartements

Loi genevoise et panorama des autres lois cantonales

Emmanuelle Gaide, Valérie Défago Gaudin

Avril 2014, CHF 154.–

630 pages, broché, 978-3-7272-7998-0

Cet ouvrage est à la fois :

- Un livre objectif et scientifique présentant la LDTR par thèmes, comprenant toutes les références historiques des LDTR successives depuis 1962, ainsi que tous les arrêts du canton de Genève et du Tribunal fédéral,
- Un guide pratique comprenant des schémas des questions à se poser pour les praticiens qui ne sont pas juristes,
- Un recueil présentant aussi les lois traitant des mêmes sujets dans les autres cantons romands et suisses-alsémaniques.

Ce livre est ainsi un instrument de travail incontournable pour toute personne active dans l'immobilier.

Stämpfli

Editions

Stämpfli Editions SA

Wölflistrasse 1

Case postale

CH-3001 Berne

Tél. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com



1507-12/17

