

Jean-Tristan Michel*

Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (2^{ème} partie)

Mots clés : art. 321 CP, art. 13 LLCA, secret professionnel, avocat, CPC fédéral, CPP fédéral, blanchiment d'argent, juristes d'entreprise

Cet article est la suite de celui paru dans le numéro du mois d'octobre.¹ Dans la première partie, l'auteur avait défini le cadre du secret professionnel, soit l'avocat, le secret et ce qu'était la profession d'avocat. Il aborde maintenant les limites de ce secret.

* MLaw, doctorant, assistant diplômé au CEDIDAC, Université de Lausanne. L'auteur tient à remercier ici Monsieur le Professeur Daniel Stoll, Professeur remplaçant à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne et premier substitut du Procureur du canton de Vaud, pour sa relecture attentive et ses précieux conseils ainsi que M. Pierre-François Vulliemin, assistant diplômé à l'Université de Lausanne, pour sa relecture et ses suggestions.

1 JEAN-TRISTAN MICHEL, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (1^{ère} partie), Revue de l'Avocat 10/2009, p. 499.

III. Les limites au secret professionnel à la lumière des récentes évolutions législatives et jurisprudentielles

Nous distinguerons deux types de limites au secret professionnel: celles prévues par l'art. 321 ch. 2 CP (1) et celles se situant dans le cadre d'une procédure pénale (2).

Il importe de rappeler, à titre préliminaire, qu'en cas de doute sur la qualification d'une activité de l'avocat, c'est le caractère atypique qui l'emporte.²

2 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Le droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1831 et les réf.; voir également MICHEL (note 1), p. 501 s.

1. Les limites prévues par l'art. 321 ch. 2 CP

Elles sont au nombre de deux, il y a la levée du secret (a) et l'obligation de renseigner une autorité (b).

a) la levée du secret

Avant toute chose, il sied de rappeler que la levée du secret professionnel constitue « une atteinte à la sphère personnelle, c'est-à-dire une atteinte à des droits strictement personnels » du mandant;³ en conséquence, une telle levée ne doit pas être envisagée à la légère.⁴

La levée du secret peut être le fait du maître du secret (aa) ou le fait d'une autorité (bb). Nous étudierons également le secret professionnel de l'avocat dans le cadre des codes fédéraux de procédure pénale (cc) et civile (dd).

aa) le fait du maître du secret

Le devoir de garder le secret est, on l'a vu précédemment, dans l'intérêt du mandant⁵, raison pour laquelle cette infraction n'est poursuivie que sur plainte. Le maître du secret peut donc délier le professionnel de son secret, ce qui est prévu à l'art. 321 ch. 2 CP.

Dans ce cas, l'avocat doit informer le maître du secret des conséquences de la levée du secret.⁶ En tout état de cause, l'avocat ne peut, même dans ce cas, être forcé de divulguer le secret qui lui a été confié, raison pour laquelle le secret est qualifié d'absolu⁷, ce qui n'est pas le cas de toutes les autres professions visées à l'art. 321 CP.⁸

A titre d'exemple, certains codes de procédure cantonaux obligent le confident qui a été délié du secret à témoigner.⁹ Le secret est donc dit relatif dans ces cas puisque, une fois que son détenteur en a été délié, il ne peut le garder vis-à-vis de l'auto-

rité. D'autres codes¹⁰ ainsi que la pratique genevoise¹¹ laissent le confident libre de témoigner ou non, une fois qu'il est délié de son secret. D'autres législations¹², enfin, soumettent à condition la possibilité de refuser de témoigner dans ce cas.¹³

Pour ce qui est des juristes d'entreprise, l'AP-LJE¹⁴ est muet sur cette question. Le secret n'est donc pas absolu, puisque seule la loi peut lui conférer une telle force. De même, le rapport explicatif, malgré le grand nombre de parallèles tissés avec le secret professionnel des avocats, semble exclure un secret absolu.¹⁵

Toutefois, le Tribunal fédéral a précisé que l'avocat, comme tout contribuable, doit collaborer dans sa propre procédure de taxation fiscale, et le secret professionnel ne peut être un obstacle à son obligation de collaborer. L'autorité est donc tenue d'appliquer le principe de proportionnalité dans ses demandes à l'avocat, dès lors qu'on touche au domaine protégé par le secret.¹⁶

Le secret est dit relatif quand son détenteur peut, dans certains cas, être contraint de le livrer. Il est dit absolu quand il n'est pas possible, même avec l'accord du maître du secret, de contraindre le détenteur du secret à parler. Pour ce qui est de l'avocat, Corboz réserve le cas où celui-ci, une fois délié, se refuse à parler, agissant ainsi contre la volonté manifeste de son mandant, et sans que cette attitude trouve de justification. Il se demande si, dans ce cas, il ne faudrait pas envisager une responsabilité sur le plan civil.¹⁷

Le consentement du maître du secret n'est soumis à aucune forme et peut même être donné tacitement ou par actes conclusants¹⁸ (en rendant le fait public, par exemple)¹⁹, il peut également être donné *a posteriori*;²⁰ il suffit qu'il soit donné par le titulaire du droit au secret.²¹ Celui-ci est la personne qui a intérêt au maintien de l'information, par conséquent, il ne s'agit pas nécessairement de la personne qui a communiqué l'information à

3 JEAN-MARC REYMOND, Le secret professionnel de l'avocat dans les projets de Code de procédure pénale et civile suisses: un droit fondamental du justiciable en péril, *Revue de l'Avocat* 2007, p. 63, p. 63 et les réf. sous n. 2; v. ég. BOHNET/MARTENET (note 2), N 1874.

4 Cf. not. ATF 91 I 200 = JdT 1966 I 295, consid. 3 et les réf.; *plus récemment* ATF 130 II 193, consid. 4.2, 4.3 et 5; v. également le traitement restrictif d'éléments touchant au secret professionnel dans le cadre de la Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT – RS 780.1), notamment l'art. 8 al. 3 LSCPT. A ce sujet, v. LAURENCE AELLEN/FRÉDÉRIC HAINARD, Secret professionnel et surveillance des télécommunications, in: *Jusletter* 23 mars 2009; v. ég. BOHNET/MARTENET (note 2), N 1880 s.

5 Voir MICHEL (note 1), p. 498; v. ég. BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Vol. II, Berne 2002, N 43 *ad art.* 321 CP.

6 BOHNET/MARTENET (note 2), N 1905 et les réf.

7 V. art. 13 al. 1 *i.f.* LLCA (Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, RS 935.61); art. 15 Code de déontologie de la FSA du 10 juin 2005 (disponible sur le site de la FSA, rubrique FSA, Statuts/Code suisse de déontologie); GÉRARD PIQUERET, *Traité de procédure pénale suisse*, 2^{ème} éd. refondue et augmentée, Zurich 2006, N 770; BOHNET/MARTENET (note 2), N 1853. L'avocat ne peut, s'il choisit de témoigner, choisir de répondre seulement à certaines questions, présentant ainsi une vision déformée de la vérité. Il pourrait être poursuivi dans ce cas pour faux témoignage (v. BERNARD CORBOZ, Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP, *SJ* 1993, 77 (cité CORBOZ *SJ*), p. 95; v. ég. BOHNET/MARTENET [note 2], N 3193 s.).

8 En fait, ce n'est le cas d'aucune, à l'exception, controversée, des ecclésiastiques.

9 NE et TG.

10 AG, FR, JU, SG.

11 V. BJP 1979, N 839.

12 BE et SH.

13 A ce sujet, cf. PIQUERET (note 7), N 770.

14 L'avant-projet de Loi fédérale sur les juristes d'entreprise (cité AP-LJE) et le rapport explicatif l'accompagnant (cité rapport LJE) sont disponibles sur le site de l'Administration fédérale (rubrique Documentation, Consultation, Procédures de consultation et d'audition en cours).

15 V. rapport LJE (note 14), p. 6 s. et 20 s.

16 V. Arrêt 2A.247/2000 = ASA 71, 394. En l'espèce l'avocat invoquait le secret professionnel pour ne pas collaborer dans une procédure d'exemption de TVA (concernant des clients à l'étranger), donner le nom et l'adresse des mandants domiciliés à l'étranger n'avait pas été jugé disproportionné. Sur ce thème, v. PETER BÖCKLI, *Anwaltsgeheimnis und Fiskus im Rechtsstaat*, *SJZ* 76 (1980), p. 125; REYMOND (note 3), p. 63.

17 CORBOZ *SJ* (note 7), p. 93.

18 CORBOZ (note 5), N 48 *ad art.* 321 CP; v. ég. ATF 106 IV 133, consid. 3; ATF 98 IV 218, consid. 2 où il a été admis un consentement tacite parce que la révélation du secret a eu lieu en présence du détenteur du secret qui n'avait rien dit.

19 CORBOZ (note 5), N 43 *ad art.* 321 CP.

20 BOHNET/MARTENET (note 2), N 1908 et les réf.

21 ATF 97 II 369; ATF 75 IV 75, consid. 3. S'il y a plusieurs maîtres du secret, ils doivent tous donner leur accord: CORBOZ (note 5), N 46 *ad art.* 321 CP; STEPHAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2^{ème} éd., Zurich, N 26 *ad art.* 321 CP; MARC-ANTOINE SCHAFFNER, L'autorisation de révéler un secret professionnel, thèse, Lausanne 1952, p. 35; CORBOZ *SJ* (note 7), p. 92.

l'avocat.²² Le consentement peut porter sur une partie du secret, sur un cercle restreint de destinataires, sur le moment de l'information ou sur les circonstances.²³

C'est un droit strictement personnel²⁴ qui doit donc être exercé par la personne elle-même, même si elle est mineure (art. 14 CC *a contrario*) ou interdite (v. art. 17–19 CC), tant qu'elle est capable de discernement (art. 16 CC).²⁵ Si elle est incapable de discernement, une partie de la doctrine admet que le consentement puisse être donné par le représentant légal.²⁶ Nous sommes d'avis qu'en cas de conflit d'intérêt entre ceux du représentant légal et ceux de l'interdit ou incapable, la nomination d'un curateur *ad hoc* s'impose (art. 392 CC).²⁷

La question de l'opposabilité du secret professionnel aux héritiers du maître du secret est controversée.²⁸ Une partie de la doctrine estime que l'avocat n'est délié du secret vis-à-vis des héritiers du maître que si ces derniers y ont un intérêt patrimonial.²⁹ Selon Corboz³⁰, la question de l'opposabilité du secret professionnel aux héritiers du mandant, maître du secret, doit s'analyser de la même manière que la question concernant les mineurs et interdits incapables de discernement. Autrement dit, si le fait relève de la sphère intime du défunt, il est normal que l'avocat respecte la volonté légitime de son mandant de le cacher à ses héritiers. En revanche, dans le cas où les héritiers ont un intérêt légitime à connaître le secret (questions portant sur les actifs et passifs de la succession, par exemple), il pense que l'avocat peut communiquer l'information aux héritiers,³¹ sous réserve, selon nous, d'instructions explicites, allant en sens contraire, du défunt, auquel cas, l'intervention de l'autorité de surveillance s'impose pour délier l'avocat de son secret (art. 321 ch. 2 CP).

Dans une décision récente³², l'autorité de surveillance des avocats du canton de Neuchâtel a décidé qu'il était justifié de libérer l'avocat de son secret professionnel sur la question de l'existence, et le cas échéant du contenu, d'une disposition pour cause de mort, mais qu'il n'y avait aucune raison légitime à le faire pour que ledit avocat dise si le défunt voulait prendre des dispositions pour cause de mort, et le cas échéant dans quel sens, dès lors que, le droit successoral étant formaliste, des intentions qui ne sont concrétisées dans aucun document écrit sont sans pertinence.

bb) le fait d'une autorité

La requête tendant à libérer l'avocat du secret professionnel doit être adressée à l'autorité supérieure ou à l'autorité de surveillance³³ désignée par le droit public, compétente au lieu où l'avocat exerce son activité, et non au tribunal devant lequel l'avocat devrait déposer.³⁴ L'autorité doit rendre une décision écrite (art. 321 ch. 2 CP). Que l'avocat exerce dans un ou plusieurs cantons, pratique qui va sans doute s'amplifier avec l'unification des procédures actuellement en cours, ne change rien, l'autorité compétente *ratione loci* est celle du lieu où l'avocat est inscrit au registre prévu à l'art. 6 LLCA.³⁵

La Commission de surveillance ne peut libérer l'avocat qui lui en aura fait la demande³⁶ de son secret professionnel que lorsque cela paraît indispensable à la sauvegarde d'intérêts publics ou privés prépondérants.³⁷ Il n'y a d'intérêt supérieur que si le danger impérieux invoqué est impossible à détourner autrement et que l'intérêt menacé est plus précieux que l'intérêt au respect du secret professionnel.³⁸

L'autorité doit effectuer une pesée des intérêts, même si le mandant refuse de délier l'avocat de son secret,³⁹ au regard du cas concret, en tenant compte de l'objet de la révélation et du but recherché.⁴⁰ Par exemple, si un mandant lui demande répa-

22 ATF 97 II 370, en l'espèce, il s'agissait d'une constatation faite directement par le médecin, sans révélation de la part du patient.

23 CORBOZ (note 5), N 49 *ad art.* 321 CP; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Kurzkomentar, Besonderer Teil II (Straftaten gegen Gemeininteressen), 5^{ème} éd., Berne 2000, § 59 N 22; JÖRG REHBERG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 2^{ème} éd., Zurich 1996, p. 438; TRECHSEL (note 21), N 26 *ad art.* 321 CP.

24 V. REYMOND (note 3), p. 63; BOHNET/MARTENET (note 2), N 1907. Sur la notion de droit strictement personnel, cf. HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4^{ème} éd., Berne 2001, N 220.

25 CORBOZ (note 5), N 45 *ad art.* 321 CP; REHBERG (note 23), p. 438; TRECHSEL (note 21), N 6 *ad art.* 321 CP. Sur la capacité de discernement, v. DESCHENAUX/STEINAUER (note 24), N 68 ss.

26 REHBERG (note 23), p. 439; *plus nuancé*: CORBOZ (note 5), N 45 *ad art.* 321 CP, pense, et nous le rejoignons, que cette possibilité ne s'étend pas aux secrets appartenant à la sphère intime. *Contra*: BOHNET/MARTENET (note 2), N 1907.

27 Pour davantage de précisions sur ce type de curatelle, v. DESCHENAUX/STEINAUER (note 24), N 1096 ss.

28 A ce sujet, v. CORBOZ SJ (note 7), p. 92 et les réf.; ainsi que BOHNET/MARTENET (note 2), N 1910.

29 V. not. CORBOZ (note 5), N 45 *ad art.* 321 CP; TRECHSEL (note 21), N 26 *ad art.* 321 CP.

30 V. CORBOZ SJ (note 7), p. 92.

31 V. ég. JÖRG BOLL, Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis, thèse, Zurich 1983, p. 104; JEAN-JACQUES SCHWAAB, Devoirs de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces, thèse, Lausanne 1976, p. 66; *contra*: PAUL WEGMANN, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zurich 1988, p. 110, pense que seule l'autorité de surveillance peut délier l'avocat.

32 Autorité neuchâteloise de surveillance des avocates et des avocats, 24 septembre 2003, RJN 2005, 284, p. 299, IV, N 17.

33 Dans le canton de Vaud, il s'agit de la Chambre des avocats, instituée par les art. 9 ss de la Loi vaudoise sur la profession d'avocat du 24 septembre 2002 (LPAV VD – RSV 177.11), en application de l'art. 14 LLCA.

34 TRECHSEL (note 21), N 30 *ad art.* 321 CP; CORBOZ (note 5), N 53 *ad art.* 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 2), N 1917 et les réf.

35 ERNST STAHELIN/CHRISTIAN OETIKER, N 12 *ad art.* 6 LLCA in: Walter Fellmann/Gaudenz Zindel (édit.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich 2005, précisent que cette inscription n'est nécessaire qu'au lieu de l'étude principale de l'avocat en question, réglant ainsi toute question de for.

36 V. CHRISTIAN FAVRE/PATRICK STODMANN, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites, in: L'avocat moderne, mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son centenaire, François Chaudet/Olivier Rondoni (édit.), Bâle 1998, 301, p. 311, qui pensent que dans la pesée des intérêts, l'intérêt à la divulgation doit être interprété de manière restrictive.

37 BOHNET/MARTENET (note 2), N 1914 et les réf.

38 TA GE, 13 janvier 1982, SJ 1982, 185; pour une confirmation récente, v. Arrêt 2C_157/2008 ainsi que la note de FRANÇOIS BOHNET, Secret professionnel et honoraires de l'avocat, in: Push-Service des arrêts, 4 juin 2008; v. ég. BOHNET/MARTENET (note 2), N 1883 s.

39 OG AG, 8 novembre 1983, in: AGVE 1983, N 22.

40 Comm. Surv. des avocats ZH, 19 janvier 1982, ZR 1983, N 15; KG SZ, 23 juillet 1992, EGV 1992, N 35, en l'espèce, l'avocat avait été autorisé à produire un contrat de vente d'actions dans un procès civil, ayant été le conseil de l'acquéreur décédé.

ration en justice pour mauvaise exécution de son mandat, l'avocat doit être délié de son secret professionnel pour agir en sauvegarde de ses intérêts.⁴¹

Avant de délier un avocat de son secret, l'autorité de surveillance doit entendre l'avocat⁴² ainsi que le maître dudit secret.⁴³ Une fois délié, l'avocat doit agir avec circonspection: il ne peut révéler que les éléments indispensables à la défense des intérêts en jeu.⁴⁴

cc) dans le code de procédure pénale suisse

Tant l'avant-projet (art. 178)⁴⁵ que le projet (art. 168)⁴⁶ de Code de procédure pénale prévoyaient une diminution de la portée du secret professionnel, malgré une forte opposition rencontrée lors de la procédure de consultation.⁴⁷ En effet, ces deux textes proposaient d'obliger les avocats à témoigner s'ils sont déliés du secret professionnel. Selon l'avis du Conseil fédéral, il n'y avait pas de raison de tant protéger le secret professionnel des avocats, notamment par rapport aux autres professions visées à l'art. 321 CP, et il se justifiait donc de mettre ledit secret au même niveau que celui de ces autres professions⁴⁸, concrètement en imposant au détenteur du secret de parler s'il était délié.

Suite à des discussions passionnées au Parlement, le texte final du futur code de procédure pénale suisse⁴⁹ (art. 171) a été rectifié dans le sens d'un plus grand respect du secret que ce que prévoyait le projet. Une minorité du Parlement a vigoureusement plaidé en faveur du maintien du caractère absolu du secret, invoquant notamment la nécessité d'une relation de totale confiance entre l'avocat et son mandant pour pouvoir assurer une défense (principalement pénale) efficace et précisant qu'une telle confiance ne peut exister que si l'avocat assure son mandant d'une discrétion inconditionnelle.⁵⁰ Un autre argument qui fut invoqué est que la plupart des pays qui nous entourent connaissent également un secret professionnel absolu pour les avocats.⁵¹

Au final, le Code de procédure pénale fédérale dispose que les avocats et autres professions de l'art. 321 CP doivent témoigner s'ils ont été délié du secret (al. 2), mais que «l'autorité pénale respecte le secret professionnel même si le détenteur en a été délié lorsque celui-ci rend vraisemblable que l'intérêt du maître au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité» (al. 3). Contre l'avis du Conseil fédéral, le Parlement a rajouté un art. 171 al. 4 CPP qui réserve la LLCA, le caractère absolu est donc maintenu pour les avocats.

dd) dans le code de procédure civile suisse

Paradoxalement, les choses ont été différentes pour le Code de procédure civile. En effet, l'avant-projet⁵² consacrait le caractère absolu du secret de l'avocat (art. 157 al. 1 let. b), de même que le projet⁵³ (art. 163 al. 1 let. b): dans les deux cas, même délié de l'obligation de garder le secret, l'avocat pouvait ne pas témoigner. Cet état de choses est maintenu dans le Code de procédure civile suisse (art. 166 al. 1 let. b CPC).⁵⁴

De plus, le Parlement a rectifié une erreur figurant dans le projet. En effet, l'art. 157 al. 1 let. b P-CPC faisait obligation aux parties et aux tiers de produire tous documents requis, sans autre précision, ce qui concernait également la correspondance entre l'avocat et son client, laquelle est protégée par le secret professionnel. L'art. 160 al. 1 let. b CPC corrige le tir en exceptant de l'obligation de produire la correspondance d'avocat.⁵⁵

b) l'obligation de renseigner une autorité

L'art. 321 ch. 3 CP dispose que tant le droit fédéral que le droit cantonal peuvent prévoir des cas où les professionnels visés par l'art. 321 ch. 1 CP sont obligés de renseigner une autorité; des exceptions, donc, au principe du secret absolu.⁵⁶ Trechsel en déduit que peut être prévue par la législation la faculté de renseigner l'autorité, ce qui nous semble logique.⁵⁷

Pour concilier le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst.) et la faculté offerte au droit cantonal par l'art. 321 ch. 3 CP, la doctrine dominante considère que la législation cantonale peut déroger au principe du secret en se fondant sur la réserve de l'art. 321 ch. 3 CP uniquement si la disposition vise sans ambiguïté une ou les professions visées à l'art. 321 ch. 1 CP (et non toute la population) et si le do-

41 Comm. Surv. des avocats ZH, 17 février 1984, ZR 1987, N 18, p. 47; BJP 1992, N 229.

42 ATF 91 I 200, consid. 2.

43 TRECHSEL (note 21), N 31 ad art. 321 CP; REHBERG (note 23), p. 439; CORBOZ (note 5), N 54 ad art. 321 CP.

44 BOHNET/MARTENET (note 2), N 1914.

45 Le texte de l'avant-projet est disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la Justice (rubrique Thèmes, Sécurité, Législation).

46 Voir le texte du projet à la FF 2006 1373.

47 V. Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative aux avant-projets de code de procédure pénale suisse et de loi fédérale régissant la procédure pénale applicable aux mineurs, OFJ, février 2003, p. 49 (ces résultats sont disponibles sur le site de l'Office fédéral de la Justice [rubrique Thème, Sécurité, Législation]); v. également la réaction de la FSA, Revue de l'Avocat, 2006, p. 275.

48 V. le Message relatif à l'unification de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, p. 1181 ss.

49 Voir le texte final à la FF 2007 6583.

50 V. not. BO 2006 E 1019 s., intervention de MM. Fritz Schiesser et Rolf Schweizer; v. ég. BO 2007 N 962 s., intervention de Mme Isabelle Moret et de M. Luc Recordon.

51 V. not. BO 2007 N 962 s., intervention de Mme Isabelle Moret et de M. Luzi Stamm; v. ég. le rapide tour de la question par LAURENT MOREILLON/YVES BURNAND, L'avocat pénaliste peut-il cacher un dénonciateur?, in: L'avocat et le juge face au droit pénal, Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Amédée Kasser/Mercedes Novier/Odile Pelet/Ralph Schlosser (édit.), Zu-

rich 2005, p. 125, p. 127 ss et les nombreuses réf. en note; BOHNET/MARTENET (note 2), N 1791.

52 Le texte de l'avant-projet est disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la Justice (rubrique Thèmes, Etat & Citoyen, Législation).

53 Voir le texte du projet à la FF 2006 1373, p. 7019.

54 Voir le texte final à la FF 2009 21.

55 MOREILLON/BURNAND (note 51), p. 130, penchent également pour le droit de refuser la production de pièces dès lors qu'une telle production entraînerait une violation du secret professionnel, se fiant notamment au fait que le client doit pouvoir compter sur l'entière discrétion de son avocat (v. ég. ATF 112 Ib 606 = JdT 1966 I 295, consid. 3).

56 V. ATF 91 I 200, sur l'admissibilité d'une disposition cantonale faisant obligation aux avocats de témoigner. Cette jurisprudence est désormais sans objet, vu l'art. 13 al. 1 LLCA qui prévoit que l'avocat n'est pas obligé de parler, même délié du secret.

57 TRECHSEL (note 21), N 35 ad art. 321 CP.

maine est limité (et non dans tous les domaines, de façon générale).⁵⁸

Le Tribunal fédéral⁵⁹ a jugé que celui qui se borne à livrer des secrets en vertu d'une norme impérative n'est pas punissable, il a également estimé que l'art. 321 ch. 3 CP rappelait que le devoir de témoigner et de produire des pièces relève de la procédure cantonale.

L'art. 321 ch. 3 CP trouve application essentiellement dans le domaine médical.⁶⁰ Concernant spécifiquement les avocats, il n'y a guère que l'art. 364 CP (droit d'aviser si des infractions sont commises à l'encontre de mineurs) qui prévoit une possibilité de dénoncer pour les avocats, et encore, les cas doivent être rares, ce genre de problèmes se posant davantage au médecin ou à l'ecclésiastique, pour ne rester que dans le cadre des professions visées à l'art. 321 CP. L'unique exception s'explique par le fait, déjà mentionné, que le secret professionnel de l'avocat est encore un secret absolu.

La LBA^{61/62} impose un certain nombre d'obligations⁶³ aux personnes agissant comme intermédiaires financiers, donc, dans certains cas, les avocats⁶⁴, ayant pour corollaire une obligation de communiquer (art. 9 LBA).⁶⁵ La *ratio legis* de cette norme est la lutte contre le blanchiment d'argent, il s'agit d'imposer notamment à ces intermédiaires financiers la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique, ainsi que l'obligation de renseigner les autorités en cas de soupçon fondé.

On revient ici sur la problématique développée en première partie de notre article⁶⁶ de la distinction entre l'activité typique et atypique de l'avocat. En effet, le secret professionnel des avocats ne couvre que les faits propres à leur activité spécifique, à l'exception de ceux ayant trait à leur activité commerciale (ou atypique) qui, eux, tombent sous le coup de l'obligation de communiquer prévue à l'art. 9 LBA.⁶⁷ Et tracer cette ligne de démarcation est crucial puisque c'est cette opération qui permettra à

l'avocat de déterminer s'il doit communiquer et surtout ce qu'il doit communiquer.⁶⁸

Il ne s'agit donc aucunement, selon nous, d'une exception au secret dans la mesure où les faits relevant de l'activité typique de l'avocat sont protégés par l'art. 321 CP et ne peuvent être concernés par l'art. 9 LBA.

2. Les limites posées par la procédure pénale dans le cadre d'un procès

C'est dans le cadre du procès pénal que la délimitation du secret professionnel, tant de son contenu que de ses limites, joue un rôle prépondérant. En effet, c'est surtout dans ce contexte que la levée du secret sera le plus souvent sollicitée. Dans ce domaine, il faut distinguer la procédure pénale dirigée contre le mandant (a) de l'avocat de celle dirigée contre l'avocat lui-même (b).

a) en cas de procédure dirigée contre le mandant

L'avocat étant tenu par l'art. 321 CP, il a interdiction de révéler à quiconque les secrets reçus dans le cadre de ses fonctions.⁶⁹ Cette interdiction a pour conséquence que tant qu'une loi ne l'oblige pas expressément à témoigner, il doit refuser de parler.⁷⁰ Il peut également refuser s'il a été délié du secret professionnel.⁷¹ C'est la conséquence du caractère absolu du secret professionnel. Concrètement, cela signifie que la correspondance entre l'avocat et son mandant est secrète, ainsi que tout le contenu du dossier de l'avocat (projets, notes, etc.) qu'il en ait la maîtrise (au sens des droits réels) ou non.⁷² Toutefois, cette protection *de facto* instaurée par l'art. 321 CP a des limites. En effet, il a été jugé que le secret professionnel ne couvrirait pas les documents que le mandant, un détenu en l'espèce, transmettait à un tiers par le biais de son avocat à l'insu de celui-ci.⁷³

La jurisprudence a également décidé, tout récemment, que l'avocat ne peut pas toujours invoquer le secret professionnel.⁷⁴ En l'espèce, l'avocat avait reçu de bonne foi une provision de son mandant, provision qui était le produit d'une infraction. Pour échapper à la confiscation de toute la provision⁷⁵, l'avocat devait indiquer quelles étaient les prestations qu'il avait accomplies avant le moment où il savait ou aurait dû savoir que l'ar-

58 Cf. CORBOZ (note 5), N 62 *ad* art. 321 CP; STRATENWERTH (note 23), § 59 N 24 et les réf.; REHBERG (note 23), p. 435 s.; TRECHSEL (note 21), N 25 *ad* art. 321 CP ainsi que, implicitement, ATF 91 I 203, consid. 1 et ATF 74 I 144, cons. b.

59 Arrêt 1P.460/95, consid. 3.

60 Cf. p.ex. art. 321bis CP, art. 14 al. 4 LCR et art. 15 al. 1 LStup.

61 Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier, RS 955.0

62 FAVRE/STOUDMANN (note 36), p. 309, rattachent l'art. 9 LBA à l'art. 321 ch. 3 CP.

63 Cf. art. 3-8 LBA.

64 Sur les obligations de l'avocat agissant comme intermédiaire financier, v. PHILIPPE RICHARD, L'avocat face au blanchiment d'argent, in: Défis de l'avocat au XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Madame le Bâtonnier Dominique Burger, Vincent Jeanneret/Olivier Hari (édit.), Genève 2008, p. 277 ss.

65 Pour un développement plus complet de la problématique, v. FAVRE/STOUDMANN (note 36), p. 307 ss; BOHNET/MARTENET (note 2), N 1828 s. et les réf.; v. ég. MOREILLON/BURNAND (note 51), p. 132 ss pour le droit européen. V. ég. la réserve de l'art. 9 al. 2 LBA qui dispense les avocats de communiquer dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel.

66 Voir MICHEL (note 1), p. 501 s.

67 ATF 132 II 103, consid. 2.

68 A ce sujet, v. DIDIER DE MONTMOLLIN, Les obligations de l'avocat en rapport avec la réglementation anti-blanchiment, in: Défis de l'avocat au XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Madame le Bâtonnier Dominique Burger, Vincent Jeanneret/Olivier Hari (édit.), Genève 2008, p. 465 s. et 486; v. ég. les exemples donnés par RICHARD (note 64), p. 271.

69 PIQUEREZ (note 7), N 761; MICHEL (note 1), p. 500.

70 PIQUEREZ (note 7), N 769 et les réf.; MICHEL (note 1), p. 500 s. et les réf.; v. ég. supra, III.1.aa et bb et les réf.

71 V. art. 13 al. 1 LLCA et PIQUEREZ (note 7), N 770; v. ég. supra, III.1.aa et bb et les réf.

72 Cf. ATF 117 Ia 348 (au sujet de cet ATF, v. MICHEL [note 1], p. 500, n. 46); cf. ég. supra, III.1.a.dd.

73 ATF 102 IV 210, consid. 4. A noter que la solution aurait été fort probablement la même si l'avocat avait su, étant donné que cela ne rentre pas dans le cadre de son activité typique...

74 Arrêt du TF du 5 mai 2006, in: SJ 2006 I 489.

75 Sur les conditions de la confiscation, not. sur l'existence du rapport de connexité entre l'infraction et les valeurs patrimoniales, v. PIQUEREZ (note 7), N 933.

gent de la provision reçue provenait d'une infraction. Il ne pouvait, dans ce cas, se réfugier derrière son secret professionnel pour éviter la confiscation de tout ou partie de cette somme.⁷⁶

Il nous semble que, par cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a ouvert la boîte de Pandore, sans s'en douter. En effet, la conséquence de cette confiscation est que l'avocat n'est plus seulement le mandataire du prévenu, il devient également tiers concerné par la confiscation et, à ce titre, devient partie à la procédure, et ce dès la saisie provisoire ordonnée lors de la procédure d'enquête.⁷⁷ Ceci a pour conséquence qu'il a les mêmes droits que le prévenu⁷⁸, notamment le droit de recourir contre la décision prononçant la mesure.⁷⁹

De plus, et c'est selon nous le principal problème de cet arrêt, en reprenant le cas de l'arrêt susmentionné mais en admettant que la justice n'intervienne pas, un certain nombre de problèmes se posent dont les solutions sont loin d'être évidentes, à considérer qu'elles existent. En premier lieu se pose la question de savoir ce que l'avocat doit faire de l'argent qu'il n'a pas encore utilisé. Dénoncer son mandant au ministère public et laisser celui-ci confisquer l'argent serait une violation crasse de son obligation de garder le secret, une telle solution est donc exclue d'emblée. Doit-il demander une nouvelle provision à son mandant ou révoquer le mandat?

Quelle que soit la réponse apportée à cette question, l'avocat ne peut rendre l'argent à son mandant ni en jouir sous peine de se voir poursuivi pour blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CP.⁸⁰ Ainsi coincé entre le marteau et l'enclume, entre les art. 305^{bis} et 321 CP, il peut toujours, évidemment, faire celui qui ne sait pas, partant du principe qu'il sera difficile à la justice de prouver qu'il savait ou aurait dû savoir que l'argent provenait d'une infraction. Mais cela reste bien évidemment risqué, l'arrêt susmentionné est là pour le prouver.

Une possibilité pour l'avocat serait de consigner l'argent, en tout cas la fraction correspondant à ce qu'il ne peut plus utiliser vu qu'il sait qu'elle provient d'une infraction, et de demander, par le biais de l'autorité de surveillance, à être relevé de son secret professionnel afin de pouvoir dénoncer ladite infraction. Si cette solution semble tenir la route juridiquement, il est aisé d'imaginer que les avocats ne l'aimeront vraisemblablement

pas. En effet, un tel comportement ruinerait la confiance des justiciables en leur avocat et, par là, serait préjudiciable au bon fonctionnement de la justice, ce qui est l'un des fondements du secret professionnel de l'avocat.⁸¹

La seule solution qui semble envisageable serait la consignation de ladite somme d'argent en attendant la possible intervention de la justice; mais dans ce cas, l'avocat ne se rend-il pas coupable de recel?⁸²

Il convient de mentionner ici l'intéressante solution que propose l'*American Bar Association* dans ses règles et usances. En cas de faits graves ou d'aveux du client de l'avocat, ce dernier doit:

- dissuader le client de conforter le juge dans la conviction qu'il pourrait être innocent;
- si le client persiste, résilier le mandat;
- s'il n'est plus possible de résilier le mandat, s'engager à ne pas poser de questions directes à son client à l'audience et laisser ce dernier donner des explications au juge;
- si le client a été innocenté, l'inviter à se rétracter.⁸³

Devant une aussi épineuse question, il nous reste à souhaiter que ce ne sont qu'élucubrations de théoricien et qu'aucun praticien ne se retrouvera dans cette délicate situation dont une réponse qui soit satisfaisante nous échappe encore.

b) en cas de procédure dirigée contre l'avocat lui-même

Le but de l'art. 321 CP n'est bien évidemment pas de permettre aux personnes visées, concrètement à l'avocat, d'échapper à leur responsabilité pénale. Il ne peut donc, en conséquence, se prévaloir du secret s'il est lui-même soupçonné ou accusé d'avoir commis une infraction.⁸⁴

On retrouve ici la problématique souvent évoquée au long de cette étude, notamment en première partie⁸⁵, s'agissant de la distinction entre activité typique et atypique de l'avocat. Dans le cadre de l'enquête et du procès, après avoir identifié les documents couverts par le secret professionnel, le Tribunal fédéral impose au parquet une pesée des intérêts pour évaluer si et dans quelle mesure le secret professionnel est opposable. Il n'exclut pas que le secret puisse être levé, même en cas d'infraction bégnigne.⁸⁶

Dans un arrêt récent,⁸⁷ le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher plus précisément sur la question. En l'espèce, l'Administration fédérale des contributions (ci-après, AFC) avait

76 V. MOREILLON/BURNAND (note 51), p. 137. Une affaire similaire a été tranchée par la Cour constitutionnelle allemande, laquelle a retenu une solution proche de l'ATF susmentionné (note 74): l'avocat ne peut accepter les fonds s'il connaît leur origine illicite, et il a l'obligation de vérifier l'origine des sommes qui lui sont versées à titre d'honoraires. Et, tout comme le TF, le BVerG allemand évite de trancher la question centrale: que doit faire l'avocat lorsqu'il se rend compte de l'origine illicite des fonds en cours de procédure?

77 Piquerez (note 7), N 933.

78 Ceci est vrai notamment en matière de confiscation, PIQUEREZ (note 7), N 933, et les réf. à la n. 1388.

79 Et il se pose dès lors la question de l'indépendance de l'avocat. Peut-il être encore indépendant s'il devient partie à la procédure dirigée contre son client? Il nous semble que la réponse est négative (v. not. art. 10 et 11 ss Code suisse de déontologie (note 7) et art. 2.1.1 du Code de déontologie des avocats de l'UE du 28 octobre 1988 (disponible sur le site du Conseil des barreaux européens (CCBE), rubrique Documents).

80 Sur les conditions du blanchiment d'argent, v. not. CORBOZ (note 5), ad art. 305^{bis} CP.

81 V. MICHEL (note 1), p. 498. Ce fondement est écorné dans certains pays comme l'Allemagne, le Royaume-Uni, la France et les Etats-Unis, qui prévoient des cas où l'avocat doit dénoncer. Voir la présentation de ces législations par MOREILLON/BURNAND (note 51), p. 137 s. et 139 s.

82 Nous laissons volontairement de côté cette épineuse question.

83 Pour davantage de détails, v. MEREDITH BLAKE/ANDREW ASHWORTH, *Some ethical issues in prosecuting and defending criminal cases*, *Criminal Law Review* (1998), p. 21 et les réf. (mentionnés par MOREILLON/BURNAND [note 51], n. 12).

84 ATF 117 la 350, consid. 6a/cc; ATF 106 IV 424, cons. c; ATF 102 IV 210, consid. 4a; ATF 101 la 10, consid. 5a et les réf. citées (concerne un médecin).

85 MICHEL (note 1), p. 501 s. et les réf.

86 ATF 102 et 101 précités (note 84).

87 ATF 132 IV 63.

ouvert une enquête fiscale contre une étude d'avocats et notaires de Lugano. Un des associés de l'étude était suspecté d'avoir commis de graves infractions fiscales en ne déclarant pas une part importante de ses revenus imposables, et en recourant à des comptes non déclarés et à des sociétés de type *off-shore*. Il s'en est suivi une perquisition de la Division des enquêtes spéciales de l'AFC au cours de laquelle des documents informatiques et papier ont été saisis, séquestrés et mis sous scellés. La saisie avait pour but de contrôler le mode de facturation et le montant des revenus de l'associé poursuivi.

Ultérieurement, l'AFC a présenté à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral une requête de levée des scellées apposées sur les documents papier et les supports informatiques séquestrés. La Cour a accueilli la requête mais en y posant une condition, il fallait, pour respecter le secret professionnel, procéder en trois phases:

1. séparer les documents nécessaires à l'enquête des autres;
2. distinguer, parmi ceux nécessaires à l'enquête, ceux couverts par le secret professionnel des autres;
3. dans les documents utiles à l'enquête et couverts par le secret, codifier ou caviarder les noms des clients, en faisant appel, si besoin est, à un expert externe. Dans le cas d'espèce, la Cour des plaintes avait précisé qu'elle effectuerait elle-même cette opération en trois étapes, mais sans exclure le recours à un expert externe.⁸⁸

L'enquête portait sur des infractions à la LIFD⁸⁹, mais ni celle-ci ni la DPA^{90/91} ne prévoient une telle mesure.⁹² Pour justifier cette solution, tant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral que le Tribunal fédéral statuant sur recours ont rappelé que «les clients ont droit à la protection de leur identité, dans la mesure où leur révélation n'est pas nécessaire aux fins de l'enquête fiscale».⁹³

On l'a vu, la première de ces conditions était déjà imposée par la jurisprudence antérieure. Cette opération en trois phases est donc conforme à la jurisprudence,⁹⁴ qu'elle précise, et sur-

tout, c'est le point le plus important, à l'intérêt des mandants de l'avocat poursuivi.⁹⁵

Ce sont donc les conditions 2 et 3 qui, étant nouvelles, importent. Avec cette nouvelle jurisprudence, le Tribunal fédéral veut renforcer le secret professionnel. En effet, grâce à cette procédure de caviardage de noms, seul celui qui est responsable de cette opération pourra avoir accès à la totalité du dossier de l'avocat, donc à ce qui est protégé par le secret professionnel.

Le Tribunal fédéral n'aborde pas ce problème dans l'arrêt, mais il nous semble que cet expert auquel notre Haute Cour fait allusion, si c'est un magistrat, serait tenu par le secret de fonction de l'art. 320 CP, qui est aussi strict que le secret professionnel. Si c'est un expert externe qui est appelé pour cette procédure, nous pensons qu'il serait également tenu par le secret de fonction.

En effet, selon l'art. 320 CP, est tenu par le secret de fonction, celui qui se verra confier un secret en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi. Le fonctionnaire ou membre d'une autorité est défini par l'art. 110 al. 3 CP.⁹⁶ Corboz précise qu'il faut que la personne en question soit au service d'une administration publique ou de la justice, mais qu'il importe peu que son engagement soit durable ou temporaire, définitif ou provisoire.⁹⁷

Une solution assez logique, au fond, serait que cet «expert externe» soit le bâtonnier, cela rentre parfaitement dans son rôle, ou un confrère d'un autre canton, mesure propre à éviter la partialité d'un confrère qui connaîtrait très bien l'avocat concerné.

Dans un cas comme dans l'autre, la personnalité des mandants de l'avocat poursuivi est ainsi protégée.

IV. Conclusion

Les condamnations pénales prononcées en vertu de l'art. 321 ch. 1 CP concernant les avocats sont rares, la jurisprudence ayant surtout trait à la question de savoir si le secret professionnel s'oppose ou non à une mesure ou à l'utilisation d'une pièce dans le cadre d'une procédure pénale.

On peut y voir la volonté d'une conservation rigoureuse du secret professionnel. Et c'est heureux ainsi car les avocats pourront continuer à bénéficier de la présomption de probité qui leur est reconnue.⁹⁸ Cela leur permettra de remplir leur fonction de défenseur au mieux, soutenus qu'ils sont par la jurisprudence du Tribunal fédéral. ■

88 V. ATF 132 IV 63, consid. 4.3, traduction libre de l'auteur.

89 Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11.

90 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, RS 313.0.

91 L'art. 50 DPA (perquisition visant des papiers) se borne à rappeler que les perquisitions doivent sauvegarder les secrets confiés aux avocats (v. p.ex. BOHNET/MARTENET [note 2], N 1887).

92 La LTVA prévoit, quant à elle, une procédure semblable à son art. 57 al. 2: l'avocat caviarde puis transmet à l'administration; le recours à un organe de contrôle est prévu (en l'occurrence le président du Tribunal administratif fédéral). La LSCPT prévoit également une procédure de contrôle afin d'éviter que le secret professionnel ne soit violé (v. art. 8 al. 3 et 4 LSCPT ainsi que AELLEN/HAINARD [note 4], not. Rz 15).

93 ATF 132 IV 63, consid. 4.1, traduction libre de l'auteur. Sur la question de la proportionnalité dans ce cas précis, v. p.ex. Cour EDH, Niemietz c. Allemagne du 16 décembre 1992, Série A, vol. 251-B, § 29 ss et les réf.; v. ég ATF 1P.249/2002, consid. 3.4.1.

94 V. Arrêt 8G.35/1999, consid. 6e.

95 V. ATF 132 IV 63, consid. 4.6. Cf. ég. NIKLAUS OBERHOLZER, N 22 ad art. 321 CP, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, Hans Wiprächtiger/Marcel Alexander Niggli (édit.), 2^{ème} éd., Bâle 2007; TRECHSEL (note 21), N 34 ad art. 321 CP.

96 Cf. CORBOZ (note 5), N 8 ad art. 320 CP.

97 Cf. CORBOZ (note 5), N 8 ad art. 320 CP.

98 V. FAVRE/STOUDMANN (note 36), p. 305 s.