

# LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA

## LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

SERGIO GIACOMINI

Président de la FSA

Suite aux révélations des *Panama Papers* au printemps dernier, plusieurs interventions ont eu lieu au Parlement, notamment sur la question du rôle de l'avocat dans ce type d'affaires. Les discussions ont ainsi porté sur le secret professionnel de l'avocat indépendant et il a été proposé que seuls les avocats pratiquant la représentation en justice pourraient s'en prévaloir, alors que les avocats d'affaires ne seraient plus légitimés à le faire.<sup>1</sup> Cette exigence a été imposée par la politique de tous les jours à court terme et intervient sans que l'on ait examiné la question du secret professionnel de l'avocat indépendant dans un cadre plus large. La raison pour laquelle ce secret professionnel est si important dans notre société n'a pas été clairement expliquée par nos politiciens.

### I. Commençons par dire ce pourquoi la FSA ne se bat pas

La FSA ne se bat pas dans le seul but de rendre service à ses membres et de leur attribuer un avantage concurrentiel en assurant un secret professionnel absolu. Notre fédération ne considère pas non plus faire du lobby en faveur d'une profession.

Nous pensons au contraire que le secret professionnel de l'avocat indépendant est nécessaire au bon fonctionnement de l'État de droit. Ce n'est pas l'avocat qui est protégé par ce secret professionnel, mais bien les clients et ce, dans un État de droit digne de ce nom.

### II. D'un point de vue historique

Le secret professionnel a toujours été considéré comme un facteur identitaire très important pour les avocats formés selon le droit romain et dès lors indépendants des autorités politiques. L'*advocatus* romain devait déjà, à son époque, s'attendre à une sanction particulièrement lourde s'il violait son secret professionnel.<sup>2</sup> En revanche, le *conseiller juridique* du bas et haut Moyen Âge, de même que le *procureur* du Moyen Âge tardif ne pouvaient être comparés à l'*advocatus* romain, indépendant et formé aux différentes branches du droit. À l'époque médiévale, la justice n'avait pas pour vocation de défendre des intérêts purement personnels. Les décisions de l'autorité répondaient surtout au besoin de sécurité de la collectivité.<sup>3</sup> Dans ce contexte, le secret professionnel n'avait pas encore pris le rôle essentiel qu'il prendra peu après. En Suisse alémanique,<sup>4</sup> la formation de l'avocat ne s'est développée

qu'à la fin de l'Ancien Régime, où l'on a commencé à considérer le droit comme une science. Ce phénomène a été accompagné par la reconnaissance de l'avocat, individu qui a reçu une formation juridique et qui a pour obligation de rester totalement indépendant des autorités. Le secret professionnel est un attribut essentiel de l'avocat pour préserver son indépendance. L'idée des Lumières selon Kant – «*Les Lumières, c'est la capacité de l'homme à sortir d'un état de minorité dont il est lui-même responsable*»<sup>5</sup> – accélère le développement de l'avocat indépendant et formé, à qui les citoyens peuvent accorder une confiance totale en raison de son indépendance et de son secret professionnel. On le voit, le secret professionnel de l'avocat a toujours été intimement lié à l'indépendance de l'avocat.

1 Cf. p. ex. l'initiative parlementaire n° 16.433 du Conseiller national Carlo Sommaruga, intitulée «*Panama Papers. Pour une distinction claire entre les avocats judiciaires et les avocats d'affaires*».

2 ROBERT PICCARD, *Considérations sur le secret professionnel de l'avocat*, RSJ 62, 1966, p. 54.

3 RENÉ PAHUD DE MORTANGES/ALAIN PRÊTRE, *Anwalts-geschichte der Schweiz*, Zurich, 1998, p. 11.

4 L'évolution a été différente en Suisse romande. La formation des avocats a commencé au début des temps modernes. Pour toutes ces questions, se référer au remarquable ouvrage «*Anwalts-geschichte der Schweiz*» de RENÉ PAHUD DE MORTANGES/ALAIN PRÊTRE (op. cit. ad ch. 3).

5 IMMANUEL KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in *Berlinische Monatszeitschrift*, cahier de décembre 1784, p. 481.

### III. Le secret professionnel de l'avocat indépendant: une obligation morale qui a été ancrée dans la législation

Que l'on ne divulgue pas ce qui nous a été révélé sous le sceau de la confidentialité répond d'abord à une «exigence de décence».<sup>6</sup> Mais toute obligation morale – du moins dans un État de droit conçu libéralement – n'est pas forcément ancrée dans une disposition de droit impératif. Fondamentalement, chacun est responsable de choisir des individus en mesure de garder le secret qui leur aura été confié. Avec l'art. 321 CP, le législateur a 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 tenues par la loi au secret.<sup>7</sup> Le secret professionnel de l'avocat indépendant constitue dès lors une obligation aussi bien morale que juridique. La doctrine parle ici de morale «solidifiée» dans la loi.<sup>8</sup>

### IV. Le secret professionnel de l'avocat, tel que prévu en droit suisse, a une portée absolue

Ce secret a été «confirmé» à plusieurs reprises par le législateur.<sup>9</sup> Il figure dans de nombreux textes de loi (CP, LLCA, CPC, CPP, PPMIn) et, même s'il est examiné sous des angles différents, il est toujours compris dans un sens absolu. Même dans l'hypothèse où il est délié de son secret, l'avocat continuera d'invoquer celui-ci si l'intérêt du client l'exige.<sup>10</sup>

### V. Le secret professionnel est un droit fondamental de chaque individu

En raison de ses liens étroits avec les droits fondamentaux applicables en procédure, le secret professionnel est lui aussi un droit fondamental qui peut être invoqué par chaque individu. «En matière de secret professionnel, ce n'est pas l'avocat qui occupe la place centrale, mais bien le client ou la personne concernée par la procédure».<sup>11</sup> En d'autres termes, le secret professionnel ne protège pas l'avocat, mais son client. Le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence constante, a retenu et confirmé à plusieurs reprises que chaque individu pouvait se prévaloir du secret professionnel.<sup>12</sup>

### VI. Caractère institutionnel du secret professionnel

Le secret professionnel de l'avocat présente également un caractère institutionnel. C'est son aspect unique qui le démarque du secret d'autres professions.<sup>13</sup> Le Tribunal fédéral souligne ce rôle institutionnel en retenant que: «*Der anwaltlichen Berufspflicht kommt eine herausragende Bedeutung zu. Das anwaltliche Berufsgeheimnis als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes, für einen funktionierenden und den Zugang zur Justiz garantierenden Rechtsstaat unerlässliches Institut [...] garantiert die Vertraulichkeit sämtlicher Einblicke, welche der Klient im Rahmen einer berufsspezifischen Tätigkeit der Anwältin oder dem*

*Anwalt in seine Verhältnisse gewährt hat [...] [E]rst die Vertraulichkeit [ermöglicht] dem Rechtssuchenden, der Anwältin oder dem Anwalt die für eine zutreffende Beratung und wirksame Rechtsvertretung notwendigen Grundlagen vorbehaltlos zu offenbaren, weshalb sie unerlässliche Grundlage für deren Berufsausübung und damit für eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Justiz bildet.»<sup>14</sup> À la lumière de cette jurisprudence, le secret professionnel de l'avocat va donc bien au-delà d'une «simple» sanction pénale lorsque les règles de confidentialité du droit privé ont été violées.<sup>15</sup>*

### VII. Pas de subdivision entre les activités de l'avocat indépendant: son secret s'applique aussi aux activités de conseil juridique

Il est incontestable que le secret professionnel des avocats couvre non seulement la représentation juridique devant les autorités judiciaires et administratives, mais également, dans la même mesure, les conseils juridiques donnés par l'avocat.<sup>16</sup> Ceci s'explique, entre autres, par le fait que la Suisse – à l'instar de la plupart des autres systèmes juridiques européens<sup>17</sup> – ne prévoit pas de subdivision entre avocats qui pratiquent le barreau et ceux qui n'exercent que des activités de conseil. L'avocat ne se limite en effet pas à faire des procès, mais doit aussi pouvoir conseiller ses clients afin qu'ils puissent accéder au droit. La doctrine parle ici de «prophylaxie procédurale»<sup>18</sup>, qui doit être pleinement couverte par le secret professionnel.

<sup>6</sup> ERNST LOHSING, Der Begriff des Berufsgeheimnisses, in RSJ 39, 1942/43, p. 79.

<sup>7</sup> ERNST LOHSING, op. cit. ad ch. 6, p. 80.

<sup>8</sup> Sur ces questions de dichotomie entre le droit et la morale dans le positivisme juridique, voir HORST DREIER, Naturrecht und Rechtspositivismus: Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlerurteile, in WILFRIED HÄRLE/BERNHARD VOGEL (éd.), «Vom Rechte, das mit uns geboren ist», Aktuelle Probleme des Naturrechts, Fribourg-en-Brisgau, 2007, p. 146.

<sup>9</sup> BENOÎT CHAPPUIS, Le secret de l'avocat – Quelques questions actuelles, in RdA 2/2016, p. 55.

<sup>10</sup> Voir aussi RdA 1/2017, p. 4.

<sup>11</sup> BERNHARD EHRENZELLER/RETO PATRICK MÜLLER, Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses unter besonderer Berücksichtigung der Frage des behördlichen Zugriffs auf Unterlagen, in Festgabe für Walter Straumann, Soleure, 2013, p. 271.

<sup>12</sup> Pour ne citer qu'un seul arrêt récent: ATF du 9. 5. 2016, 2C\_586/2015, c. 2.2 et 2.3.

<sup>13</sup> En examinant les conditions qui régissent l'État de droit, on constate que le secret professionnel de l'avocat se distingue de tous les autres secrets juridiquement protégés (BERNHARD EHRENZELLER/RETO PATRICK MÜLLER, op. cit. ad ch. 11, p. 275).

<sup>14</sup> Arrêt 2C\_586/2015, c. 2.1, du 9. 5. 2016.

<sup>15</sup> En revanche, pour tous les autres secrets professionnels dont la violation entraîne également l'application de l'art. 321 CP, l'accent est porté sur la protection des intérêts privés. Voir à ce sujet le Commentaire bâlois du Code pénal-NIKLAUS OBERHOLZER, art. 321, N 1.

<sup>16</sup> BERNHARD EHRENZELLER/RETO PATRICK MÜLLER, op. cit. ad ch. 11, p. 267.

<sup>17</sup> Sous réserve du droit anglais et français (en partie pour ce dernier). Voir RENÉ PAHUD DE MORTANGES/ALAIN PRÊTRE, op. cit. ad ch. 3, p. 10.

<sup>18</sup> WOLFGANG SALZMANN, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, thèse Fribourg 1976, p. 81.

### VIII. Seules les activités directement liées à la profession d'avocat sont couvertes

Le secret professionnel s'applique uniquement aux activités directement liées à la profession d'avocat, de sorte que les activités dites atypiques<sup>19</sup> ne seront pas couvertes. Si l'avocat 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. Sur cette question, 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.

### IX. S'il viole la loi, l'avocat ne peut pas se prévaloir du secret professionnel pour se protéger des conséquences juridiques

L'avocat, comme tout un chacun, est tenu de respecter les lois. Ce principe s'applique dans la même mesure aux activités de conseil, les services fiduciaires ou la représentation d'un client devant un tribunal. Ce respect vise non seulement le Code pénal, mais aussi toutes les dispositions fiscales. Pour en revenir aux *Panama Papers*, on oublie souvent que l'art. 305<sup>bis</sup> CP, parmi d'autres dispositions, s'applique également à l'avocat, indépendamment du fait qu'il soit ou non intermédiaire financier ou qu'il n'exerce que des activités de conseil. Selon cette disposition, il est interdit de commettre un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont l'avocat savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié. Il convient de noter que, depuis le 1.1.2016, le délit fiscal qualifié constitue également une infraction préalable au blanchiment de valeurs patrimoniales «interdites». Ceci montre là aussi que les interventions parlementaires évoquées au début de l'article sont superfétatoires. Elles sont formulées dans un contexte purement politique et ne tiennent pas compte du cadre législatif déjà en place.

### X. Les avocats sont soumis à une surveillance disciplinaire: ils sont sanctionnés en cas de faute

L'avocat inscrit au registre est soumis à des règles professionnelles particulièrement strictes. En cas de violation, l'avocat 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 d'exercer. L'art. 12 LLCA exige de l'avocat qu'il exerce sa profession avec soin et diligence. Cette disposition a une portée particulièrement importante: «*Der Anwalt darf nicht versuchen, die bestehende Rechtsordnung zu umgehen oder zu durchkreuzen, sondern er hat diese peinlich zu respektieren, sich an Recht und Gesetz zu halten. Er soll die Interessen seines Klienten nicht mit Lug und Trug, sondern nach Recht und Billigkeit verfechten. [...] Der Rechtsanwalt darf nicht bewusst das Unrecht fördern [...]. Er soll keine verwerflichen, ungehörigen, verbotenen, sittenwidrigen*

*oder unrechtmässigen Ansinnen vertreten.*»<sup>20</sup> Il n'est dès lors pas pertinent d'opérer une distinction entre les avocats judiciaires et les avocats d'affaires,<sup>21</sup> comme le propose l'initiative parlementaire Sommaruga.<sup>22</sup> Les avocats d'affaires inscrits au registre sont soumis aux mêmes règles professionnelles. S'ils promeuvent intentionnellement des actes illicites, ils contreviennent alors à la déontologie et sont passibles de sanctions.

### XI. En résumé

1. Le secret professionnel de l'avocat est depuis toujours un élément indispensable aux activités de l'avocat, qui est par définition totalement indépendant des autorités. De plus, 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.
2. Le secret professionnel de l'avocat protège le client et non l'avocat.
3. Notre profession ne peut être scindée en deux catégories, avec d'une part celle des avocats judiciaires et d'autre part celle des avocats d'affaires. Par ailleurs, le secret professionnel couvre aussi bien la représentation devant les tribunaux que les activités de conseil juridique.
4. Notre système juridique offre une protection suffisamment importante contre une utilisation abusive du secret professionnel: les activités atypiques n'entrent pas dans son champ d'application. S'il viole la loi, l'avocat 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 avocat de violer la loi impunément.

L'activisme parlementaire qui s'est manifesté depuis les révélations des *Panama Papers* ne tient pas compte de toutes ces considérations. On l'a vu, il existe un arsenal juridique suffisamment important pour lutter contre un éventuel usage abusif du secret professionnel de l'avocat, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'édicter d'autres normes. Les instruments mis à disposition par le législateur ont été équilibrés en bonne intelligence et tiennent compte du fait que le secret professionnel des avocats est une condition nécessaire au bon fonctionnement d'un État de droit.

<sup>19</sup> Pour des exemples d'activités atypiques ou abusives de l'avocat, voir KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Zurich, 2009, p. 6 et 77 ss.

<sup>20</sup> FELLMANN, in FELLMANN/ZINDEL, *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Zurich, 2011, art. 12, N 37, avec renvoi au manuel des règles professionnelles de l'avocat dans le canton de Zurich, Zurich, 1988.

<sup>21</sup> Il est totalement illusoire de penser qu'on puisse sans autre faire une distinction entre les avocats judiciaires et les avocats d'affaires. D'abord, parce que ces deux notions ne reposent sur aucune définition claire et transparente. Ensuite, parce que l'avocat judiciaire (qu'entend-on d'ailleurs par ce qualificatif?) devrait en premier lieu tenter d'éviter les procès, en donnant des conseils avisés à son client. Le secret professionnel ne s'appliquerait donc pas à la phase de conseil pour éviter une procédure?

<sup>22</sup> Voir ch. 1.



## Law-archivsuisse

Sichere Lösungen  
für die **digitale**  
**Transformation** und  
**Archivierung** in  
der Kanzlei

**archivsuisse AG**

Bernstrasse 23, 3122 Kehrsatz  
T +41 (0)31 960 10 70, F +41 (0)31 960 10 71  
info@archivsuisse.ch, www.archivsuisse.ch

