

Angelo Sole*

Confiscation du produit de l'infraction et honoraires d'avocat

Mots clés: Provisions, honoraires, avocat, confiscation auprès du tiers, contre-prestation, bonne foi

I. Introduction

Pour combattre les organisations criminelles, une série de mesures centrées sur les gains illicites ont été prises en Suisse et ailleurs. Or, la plupart des instruments adoptés, tant sur le plan international que national, dépassent le but invoqué, en visant également des formes de criminalité non organisée.¹ S'attaquer directement au produit de l'infraction fait perdre toute rentabilité à l'acte criminel. La confiscation ne cherche pas à infliger une punition supplémentaire au condamné ou à ses proches, mais vise seulement à assurer que «le crime ne paie pas», c'est-à-dire à éviter qu'une personne puisse tirer avantage d'une infraction.² Dirigée contre le produit de l'infraction, elle intervient là où se trouvent les valeurs qui en sont l'objet et ne vise pas nécessairement un coupable.³ L'avocat, rémunéré par son client, se trouve être l'un de ces tiers susceptibles de recevoir des valeurs patrimoniales de provenance illicite. Le législateur a cependant prévu une protection pour le tiers qui remplit certaines conditions,⁴ mais celle-ci n'est guère satisfaisante, comme nous le verrons, dans le cas de l'avocat.

Cette contribution entend aborder le sujet de la confiscation des avoirs en mains de l'avocat dans son activité typique, sans entrer dans le débat relatif à la punissabilité pour blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) ou recel (art. 160 CP).⁵ Le cas particulier des avocats d'affaires qui, en leur qualité d'intermédiaires financiers, sont soumis à la LBA⁶ ne sera pas abordé⁷. Nous nous foca-

liserons sur l'activité de défenseur pénal, la plus exposée selon nous à ce type de mesure. Alors que cette problématique peut apparaître à première vue comme une question financière pour l'avocat, les intérêts en jeu dépassent les simples intérêts pécuniaires de celui-ci. La doctrine, allant de la simple mise en évidence du problème aux propositions les plus poussées, n'a pas encore trouvé écho dans une modification législative ou une pratique judiciaire, de sorte que le doute subsiste quant au comportement à adopter en présence de fonds douteux.

Après une présentation générale de la confiscation auprès du tiers et de la problématique de celle-ci auprès de l'avocat, nous nous pencherons sur la jurisprudence et la doctrine en la matière. Nous serons alors en mesure de nous prononcer sur les problèmes gravitant autour de la confiscation d'honoraires d'avocat et laisserons place à une prise de position sur cette mesure susceptible de toucher, un jour, tout avocat.

II. Généralités

En vertu de l'art. 70 al. 1 CP, «le juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits». Cette disposition suppose donc la commission d'un acte illicite, mais non nécessairement fautif. En effet, la faute pénale n'est pas exigée, il suffit que les éléments constitutifs objectifs et subjectifs soient réalisés.⁸ Selon l'art. 70 CP, la confiscation ne se limite pas au produit de l'infraction au sens restreint (*Tatgewinn*), mais est également applicable au *pre-tium sceleris* (*Tatlohn*).⁹

Afin que la confiscation puisse bénéficier d'une portée aussi large que possible, elle s'applique indifféremment au produit de crimes, délits ou contraventions et ne se limite pas aux infractions prévues par le code pénal.¹⁰ Cependant, «il doit exister un lien de causalité entre l'infraction et les valeurs patrimoniales, l'obtention des valeurs devant apparaître comme la conséquence directe et immédiate de l'infraction». ¹¹ La confiscation ne se li-

* Master en Droit en sciences criminelles, mention magistrature, avocat-stagiaire, actuellement stagiaire auprès du Ministère public de la Confédération.

1 URSULA CASSANI, Combattre le crime en confisquant les profits: nouvelles perspectives d'une justice transnationale, in: Criminalité économique, Groupe suisse de travail de criminologie, Rüegger, Coire/Zurich 1999, p. 258.

2 MARTIN KILLIAS, ANDRÉ KUHN, NATHALIE DONGOIS, MARCELO-F. AEBI, Précis de droit pénal général, troisième édition, Stämpfli, Berne 2008, p. 278; ATF 117 IV 107 consid. 2a.

3 FF 1993 III 298.

4 Art. 70 al. 2 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0).

5 Sur ce sujet, cf. notamment JACQUES ANTENEN, YVES BURNAND, LAURENT MOREILLON, JEAN TRECCANI, La rémunération du défenseur pénal par le produit de l'infraction, RPS 2001, pp. 71–93; GEORG FRIEDLI, Anwalt und Geldwäscherei, Droit suisse des avocats, Stämpfli, Berne 1998, pp. 285–305; MARIO GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Schulthess, Zurich 2005.

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

7 Sur ce sujet, cf. notamment 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, Slatkine, Genève 2008, pp. 463–486; FRIEDLI

(note 5); GIANNINI (note 5); PHILIPPE RICHARD, L'avocat face au blanchiment d'argent, in: L'avocat et le juge face au droit pénal, Mélanges offerts à ERIC STAUDMANN, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2005, pp. 265–287.

8 ATF 117 IV 233 consid. 3; ATF 125 IV 4.

9 FLORIAN BAUMANN, in: Niggli/Wiprächtiger (éds), Basler Kommentar, Strafrecht I, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2007, art. 70–71 CP, n° 11.

10 BAUMANN (note 9), art. 70–71 CP, n° 16 et les références citées.

11 Arrêt du Tribunal fédéral du 8 février 2006, 6S.365/2005 consid. 4.3.1.

mite pas au produit direct de l'infraction, mais peut porter sur les objets acquis au moyen de ce produit dans la mesure où les différentes transactions peuvent être identifiées et documentées (*Papierspur, paper trail*).¹² C'est une mesure à caractère réel qui doit être prononcée quel que soit le possesseur actuel des valeurs patrimoniales assujetties, qu'il soit ou non concerné par le contexte délictueux.¹³ Ainsi, elle s'étend également au tiers, soit toute personne physique ou morale qui n'a pas participé de manière pénalement significative à l'infraction et qui jouit d'un droit de propriété ou d'un droit réel limité sur ces valeurs.¹⁴ Cela se justifie par les mêmes motifs que la confiscation auprès de l'auteur: «les avantages financiers illégitimes doivent être supprimés parce qu'il serait non seulement moralement inacceptable que l'auteur de l'infraction bénéficie économiquement de son acte, mais aussi que tout tiers subséquent puisse tirer profit de gains illicites».¹⁵ La confiscation sera ordonnée même si l'auteur n'est pas identifié ou si un acquittement est prononcé, bien que les éléments constitutifs de l'infraction soient réalisés.¹⁶

Toutefois, l'art. 70 al. 2 CP prévoit que «la confiscation n'est pas prononcée lorsqu'un tiers a acquis les valeurs dans l'ignorance des faits qui l'auraient justifiée, et cela dans la mesure où il a fourni une contre-prestation adéquate ou si la confiscation se révèle d'une rigueur excessive». Le législateur a considéré que le tiers de bonne foi méritait protection. En effet, le tiers doit, d'une part, être de bonne foi (dans l'ignorance des faits qui auraient justifié la confiscation) et, d'autre part, fournir une contre-prestation équivalente. Cependant, le tiers de bonne foi qui n'a pas fourni une contre-prestation équivalente peut néanmoins bénéficier d'une protection si la mesure se révèle d'une rigueur excessive à son égard. Toutefois, cette clause de rigueur n'a qu'une portée limitée, puisqu'il ne suffit pas que la mesure de confiscation à l'égard du tiers soit disproportionnée, mais celle-ci doit frapper de manière particulièrement incisive le tiers dans sa situation économique.¹⁷ Cette alternative nous paraît difficilement applicable au cas de l'avocat.

III. Problématique

Quels sont les problèmes que peut rencontrer l'avocat dans son activité typique? Au vu des conditions de protection du tiers, le moment de la survenance de la mauvaise foi se révèle être d'une importance majeure et constitue l'élément qui nous apparaît comme le plus problématique. En effet, concernant la contre-prestation, le service de l'avocat ne semble pas soulever de

problèmes s'il a été effectué au tarif usuel. De plus, la jurisprudence a précisé que «la rémunération doit toujours correspondre aux services rendus et leur être objectivement proportionnée. C'est en se fondant sur les circonstances du cas d'espèce que le juge décidera selon quels critères elle doit être déterminée pour le surplus et quels éléments peuvent entrer en ligne de compte lors de sa fixation; il prendra notamment en considération la nature et la durée du mandat, la responsabilité assumée par le mandataire ainsi que l'activité professionnelle et la situation de celui-ci».¹⁸ Au contraire, la condition de la bonne foi n'est pas aussi évidente. La jurisprudence a précisé que la bonne foi en question ne correspond pas à la notion civile prévue à l'art. 3 CC et que le principe de la bonne foi commande une interprétation large de celle-ci.¹⁹ L'apparition de la mauvaise foi, qui peut revêtir plusieurs formes, fixera le moment à partir duquel l'Etat doit confisquer les valeurs patrimoniales. Ainsi, nous sommes amenés à nous demander à partir de quel moment le tiers ne peut plus être considéré de bonne foi. «Suivant la doctrine majoritaire, il faut que le tiers ait une connaissance certaine des faits qui auraient justifié la confiscation ou, à tout le moins, considère leur existence comme sérieusement possible, soit qu'il connaisse les infractions d'où provenaient les valeurs ou, du moins, ait eu des indices sérieux que les valeurs provenaient d'une infraction. En d'autres termes, la confiscation à l'égard d'un tiers ne sera possible que si celui-ci a une connaissance – correspondant au dol éventuel – des faits justifiant la confiscation».²⁰ Lorsque les conditions sont réalisées, la confiscation est obligatoire pour le juge, faute de quoi il y aurait violation du droit fédéral.²¹ Ainsi, l'avocat ne pouvant plus se prévaloir de sa bonne foi ne serait alors plus protégé.

La mauvaise foi peut survenir à des stades différents du mandat, chacun ayant des conséquences juridiques bien distinctes. Tout d'abord, un avocat peut avoir connaissance de l'origine illicite de sa rémunération au moment même de la conclusion du mandat et l'accepter en toute connaissance de cause. A l'opposé, l'avocat peut ne jamais avoir connaissance des problèmes liés à ces fonds et, si confiscation il y a, ne s'en rendre compte qu'à l'occasion de celle-ci.

Pour le premier cas de figure, des implications pénales peuvent en résulter et cette situation est discutée en doctrine.²² L'avocat de mauvaise foi au moment de la réception des provisions ne pourra pas s'opposer à la confiscation, la condition de la bonne foi n'étant pas réalisée. En ce qui concerne la seconde situation, il n'y aura aucune implication personnelle pour l'avocat, mais celui-ci se verra confisquer le solde des provisions après déduction de la contre-prestation équivalente effectuée de

12 Arrêt du Tribunal fédéral du 24 février 2006, 6S.298/2005, SJ 2006 I, p. 462; Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 16 novembre 2010, SK.2009.25 consid. 2.2 et les références citées; FF 1993 III 300.

13 FF 1993 III 300.

14 MADELEINE HIRSIG-VOUJILLOZ, le nouveau droit suisse de la confiscation pénale et de la créance compensatrice (art. 69 à 73 CP), PJA 2007, pp. 1376–1400, p. 1384; NIKLAUS SCHMID, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, Schulthess, Zurich 2007, Art. 70–72 CP, n° 78.

15 SIMONE NADELHOFER DO CANTO, Quelques aspects de la confiscation selon l'art. 70 al. 2 CP, RPS 2008, pp. 302–319, pp. 308–309.

16 FF 1993 III 298–299; ATF 105 IV 169 consid. 1; ATF 108 IV 154, 157.

17 SCHMID (note 14), Art. 70–72 CP, n° 94.

18 ATF 101 II 111 consid. 2, JdT 1976 I, p. 336.

19 Arrêt 6S.298/2005 consid. 4.2, SJ 2006 I, p. 466.

20 Arrêt 6S.298/2005 consid. 4.2, SJ 2006 I, p. 466 et les références citées; voir également MADELEINE HIRSIG-VOUJILLOZ, in: Roth/Moreillon (éds), Commentaire romand, Code pénal I, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2009, art. 70 CP, n° 41.

21 ATF 115 IV 175 consid. 3, JdT 1991 IV, p. 38 et les références citées; ATF 115 IV 173, JdT 1991 IV, p. 99.

22 Se référer à la doctrine précitée (note 5).

bonne foi. *A priori*, ces deux hypothèses ne semblent pas poser de réels problèmes.

Un troisième cas de figure, plus problématique que les précédents, est celui de l'avocat découvrant en cours de mandat que l'argent est de provenance illicite (*dolus superveniens*). Cet avocat se retrouve dans une situation délicate avec d'un côté son client et de l'autre la justice, ayant tous deux des intérêts opposés qu'il ne peut satisfaire simultanément et risquant lui-même de faire l'objet de poursuites pénales selon le comportement adopté. Par ailleurs, la confiscation, portant atteinte aux intérêts pécuniaires de l'avocat, ne doit pas être minimisée, d'autant plus s'il s'agit d'un spécialiste de la criminalité économique.

En partant de cette troisième situation, nous sommes amenés à nous interroger sur le comportement que doit adopter l'avocat en possession d'avoirs de provenance illicite. Nous pourrions imaginer qu'il requiert sa nomination en tant qu'avocat d'office, rende les fonds au client, dénonce les faits aux autorités ou demande de nouveaux fonds de provenance licite au client.²³ Cependant, aucune de ces alternatives ne permet à l'avocat de se sortir de cette situation délicate.

A notre connaissance, il n'existe qu'un arrêt du Tribunal fédéral en la matière datant de 2006.²⁴ Bien que cette problématique contienne toujours des zones d'ombre, le Tribunal fédéral apporte tout de même des clarifications sur certains points. Afin de voir en quoi consistent ces clarifications, il nous semble pertinent de nous arrêter sur cette décision.

IV. Arrêt 1S.5/2006

Le Tribunal fédéral a été confronté à la problématique de la confiscation d'honoraires d'avocat au cours de l'enquête menée à l'encontre du financier bâlois Dieter Behring. C'est en 2004 que le Ministère public de la Confédération (ci-après: MPC) ouvre une enquête à l'encontre de M. Behring et consorts, soupçonnés de délits contre le patrimoine. Par deux décisions du 11 août 2005, le MPC séquestre le solde des avances d'honoraires, de CHF 250 000.– chacune, versées par M. Behring à ses deux avocats. En même temps, il impartit à ces derniers un délai de cinq jours pour préciser l'utilisation faite jusqu'alors des provisions reçues et lui en transférer le solde disponible sur l'un de ses comptes.

Les avocats écrivent au MPC avant la décision de séquestre, soit le 8 août 2005, pour demander leur désignation en tant que défenseurs d'office car il ne reste rien des provisions. A la réception de l'ordonnance de séquestre, les avocats s'y opposent et saisissent la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, puis le Tribunal fédéral.

Les avocats recourants font valoir leur bonne foi au moment de la réception de la provision, en soutenant que la réception de bonne foi de valeurs patrimoniales à titre d'indemnisation pour un engagement, en l'espèce le mandat, serait protégée par l'art. 59 ch. 1 al. 2 aCP (actuel art. 70 al. 2 CP).²⁵

Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la question de savoir si la bonne foi devait exister au moment de la réception des valeurs patrimoniales uniquement ou si celle-ci devait subsister lors de la contre-prestation. En l'espèce, la bonne foi des avocats au moment de la réception de l'avance d'honoraires n'a pas été mise en doute. La Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral a retenu qu'au plus tard après ses décisions du 22 avril 2005,²⁶ les avocats auraient dû se douter de l'origine illicite des provisions.²⁷ En s'appuyant sur la doctrine, la loi et le Message du Conseil fédéral, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que «la provision encaissée de bonne foi par l'avocat, n'est légalisée et n'échappe de ce fait à la confiscation que si ce dernier, dans le cadre du mandat conclu, a fourni des prestations de bonne foi ayant ainsi acquis le droit d'obtenir des honoraires de son mandant», de plus, il est précisé que «c'est dans ce seul cas que le droit de l'avocat à obtenir les valeurs patrimoniales l'emporte sur celui des lésés».²⁸ Toutefois, le Tribunal fédéral précise que «la doctrine fait état de réserves quant à la confiscation des provisions et honoraires d'avocats ainsi que de la punissabilité pour blanchiment d'argent pouvant en résulter pour ces derniers».²⁹ Il ne se prononce pas sur la proposition de GIANNINI, selon laquelle le paiement jusqu'à CHF 10 000.– d'honoraires et de provisions devrait être exclu de la possibilité d'une confiscation, respectivement d'une créance compensatrice, pour des raisons de sécurité du droit.³⁰ En effet, celle-ci est inapplicable en l'espèce au vu du montant des provisions perçues par les recourants. Concernant la proposition de MOREILLON et BURNAND visant à ce que, de façon générale, les honoraires d'avocat justifiés soient soustraits à la confiscation indépendamment de la bonne foi,³¹ le Tribunal fédéral précise que celle-ci requiert une base légale *ad hoc* et ne peut donc être appliquée *de lege lata*.³²

Alors que le MPC et la Cour des plaintes étaient d'avis qu'au plus tard après les décisions du 22 avril 2005 les avocats auraient dû savoir que les avances d'honoraires étaient vraisemblablement d'origine illicite, la Cour des plaintes a interprété les décisions de séquestre du MPC en ce sens que les avocats pouvaient déduire de la provision toutes les prestations qu'ils avaient fournies jusqu'aux ordonnances de séquestre.³³ Cette interprétation nous conduit à quelques interrogations. Est-elle due au fait que la mesure touchait des avocats? Les réserves émises par la doctrine ont-elles implicitement été prises en compte? Le temps qu'a pris le MPC pour séquestrer ces avoirs, dont l'existence était

siertes Verbrechen – Geldwäscherei, Band I, Schulthess, Zurich 1998, art. 59 CP, n° 89.

26 Arrêts du Tribunal pénal fédéral du 22 avril 2005, BB.2004.79 et BB.2004.80, concluant au rejet des recours interjetés par les avocats contre les ordonnances de séquestre des fonds déposés par leur client sur leurs comptes respectifs. Les avances d'honoraires perçues par les avocats n'ont pas été confisquées, bien que leur existence soit connue.

27 Arrêt 1S.5/2006 consid. 3.1, SJ 2006 I, pp. 490–491.

28 Arrêt 1S.5/2006 consid. 3.2.2, SJ 2006 I, p. 492.

29 *Ibidem*.

30 GIANNINI (note 5), p. 213 ss.

31 LAURENT MOREILLON, YVES BURNAND, Défense pénale et honoraires impurs, Plädoyer Sonderbeilage 1/2004, pp. 19–25, p. 24.

32 Arrêt 1S.5/2006 consid. 3.2.3, SJ 2006 I, p. 493.

33 Arrêt 1S.5/2006 consid. 4.3.1, SJ 2006 I, p. 494.

23 Voir *infra* V. 1 à 4.

24 Arrêt du Tribunal fédéral du 5 mai 2006, 1S.5/2006, SJ 2006 I, p. 489.

25 Arrêt 1S.5/2006 consid. 3.2, SJ 2006 I, p. 491; Les avocats invoquent à l'appui de leur thèse NIKLAUS SCHMID, Kommentar Einziehung – Organi-

connue bien avant le séquestre, a-t-il joué un rôle? Comment cette interprétation peut-elle se justifier, alors que le juge n'a d'autre choix que de confisquer quand les conditions de l'art. 70 CP sont réalisées? Ces questions mériteraient réflexion et nous regrettons qu'elles soient restées sans réponse.

L'ordonnance de séquestre en question dans cette affaire requerrait des avocats un décompte des prestations fournies. Les avocats s'y sont opposés sous prétexte que cela violerait le secret professionnel (art. 321 CP) et le droit de l'inculpé à une défense efficace garanti par l'art. 6 CEDH. Toujours selon les recourants, le MPC aurait dû considérer que la provision avait vraisemblablement été épuisée, vu la complexité de la procédure et que le décompte exigé était disproportionné.³⁴ A ce propos, le Tribunal fédéral ne s'est pas rallié à l'avis des recourants. Afin que l'autorité puisse être en mesure de déterminer le plus précisément possible le solde servant au séquestre, respectivement à la confiscation, «un relevé détaillé permettant d'identifier, au moins dans les grandes lignes, les heures investies ainsi que les dépenses encourues était [...] exigible».³⁵ De surcroît, le secret professionnel peut être préservé par l'anonymisation ou l'utilisation de termes génériques ne permettant pas de faire des recoupements.³⁶ En s'appuyant sur la doctrine,³⁷ le Tribunal fédéral a précisé que malgré le fait qu'il appartienne à l'Etat de démontrer que les conditions de la confiscation ou du séquestre sont réalisées, «les intéressés doivent [...] collaborer dans la mesure où ils doivent au moins fournir les indications que l'on est légitimement en droit d'attendre de leur part afin de déterminer la contre-prestation»³⁸.

Cet arrêt fait enfin un rappel du secret professionnel qui couvre la profession d'avocat³⁹ et qui s'étend à tout ce qui a été porté à sa connaissance en raison de son mandat, y compris l'existence même du mandat. Néanmoins, lorsque l'existence du mandat est connue, l'indication des prestations fournies n'entraîne pas la violation du secret professionnel.⁴⁰

En résumé, le Tribunal fédéral n'a apporté que de légères clarifications concernant la confiscation auprès de l'avocat. Ce dernier doit, d'une part, dans les limites légales, aider à établir sa contre-prestation et, d'autre part, être de bonne foi au moment où il fournit celle-ci et non pas uniquement au moment de la réception des fonds. Toutefois, l'interprétation de la Cour des plaintes ne va pas dans ce sens. Comme nous l'avons vu, les décisions de séquestre ont été interprétées comme fixant la date jusqu'à laquelle les avocats pouvaient opposer leur contre-prestation, alors que les avocats auraient dû se douter de l'origine illicite des fonds plus de trois mois avant lesdites décisions.⁴¹ Afin d'approfondir cette problématique, penchons-nous sur la doctrine.

V. Approche de la doctrine et solutions

Tout d'abord, rappelons que les conditions de la confiscation, au sens de l'art. 70 CP, sont plus larges que celles du blanchiment d'argent, réprimé par l'art. 305^{bis} CP. En effet, il n'est nullement exigé que l'infraction préalable soit un crime et aucun acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales n'est requis. De plus, la responsabilité pénale n'étant pas prise en compte, la mesure sera appliquée indépendamment de la faute.⁴² Tout avocat est susceptible d'être exposé un jour à une telle mesure et ce risque ne doit pas être négligé.

L'avocat effectuant sa prestation de bonne foi pourra s'opposer à la confiscation en application de l'art. 70 al. 2 CP. Il en sera également ainsi pour celui qui découvre en cours de mandat l'origine illicite des fonds. Par le mécanisme de l'alinéa 2 de l'article 70 du code pénal, il pourra opposer la contre-prestation qu'il a effectuée alors qu'il était encore de bonne foi. Il va sans dire qu'à l'encontre de celui qui accepte les fonds illicites en toute connaissance de cause ou ne peut ignorer leur provenance, le juge prononcera la confiscation de toutes les valeurs patrimoniales reçues. Comme nous l'avons soulevé au début de cette contribution, le cas de figure le plus délicat pour l'avocat demeure celui du *dolus superveniens*. En possession de fonds dont l'origine ne peut plus être considérée comme licite, plusieurs possibilités, pour le moins insatisfaisantes, s'offrent à lui: la défense d'office, la restitution des fonds, la dénonciation des faits et la demande de nouveaux fonds.

1. Défense d'office

L'insécurité juridique relative au sort des avoirs en possession de l'avocat pourra le conduire, par prudence, à se faire désigner comme avocat d'office dès lors qu'il a un doute sur les avoirs de son client.⁴³ Considérant la demande d'un défenseur d'office comme la seule solution en cas de doute pour l'avocat, MOREILLON et BURNAND soulèvent les inconvénients que rencontrent les trois acteurs, à savoir: le client, l'avocat et l'Etat.⁴⁴

Tout d'abord, du point de vue du client, ces auteurs soutiennent que la défense d'office n'offrirait pas les mêmes garanties d'indépendance, d'expérience et d'engagement qu'une défense de choix.⁴⁵ Cette approche ne nous semble pas fondée, d'autant plus que l'indépendance et l'engagement relèvent de l'éthique et non du statut de l'avocat. L'expérience de l'avocat d'office pourrait être inférieure à celle d'un avocat de choix, mais cet inconvénient est évité si l'avocat, initialement de choix, demande sa nomination d'office.⁴⁶ Ces réticences envers une défense d'office,

34 Arrêt 15.5/2006 consid. 5, SJ 2006 I, p. 494.

35 Arrêt 15.5/2006 consid. 5.1, SJ 2006 I, p. 494.

36 *Ibidem*.

37 SCHMID (note 25), art. 59 CP, n° 96.

38 Arrêt 15.5/2006 consid. 5.2, SJ 2006 I, p. 495.

39 Art. 13 LLCA (Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, Loi sur les avocats, RS 935.61) et art. 321 ch. 1 CP.

40 Arrêt 15.5/2006 consid. 5.3.1, SJ 2006 I, p. 495.

41 Arrêt 15.5/2006 consid. 4.3.1, SJ 2006 I, p. 494.

42 BAUMANN (note 9), art. 70–71 CP, n° 47c.

43 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 92.

44 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24.

45 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 92.

46 Selon l'art. 133 CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0), le défenseur d'office est désigné par la direction de la procédure compétente au stade considéré (al. 1). Lorsqu'elle nomme le défenseur d'office, la direction de la procédure prend en considération les souhaits du prévenu dans la mesure du possible (al. 2). Le vœu de pouvoir conserver l'avocat qui s'est déjà occupé de lui apparaît comme

qui porterait atteinte à l'indépendance de l'avocat, ne constitue pas un cas isolé. GIANNINI soutient que le recours à l'assistance judiciaire d'office, en cas de doutes, peut porter atteinte aux droits constitutionnels de l'avocat et du client.⁴⁷ La rémunération par le client est un pilier essentiel de la profession libérale et indépendante qu'est l'activité d'avocat.⁴⁸ Le Tribunal fédéral rappelle à ce titre que l'indépendance de l'avocat est primordiale.⁴⁹ Par indépendance de l'avocat, il faut également entendre l'indépendance vis-à-vis de l'Etat et cela constitue une condition d'intérêt public et privé. En effet, la défense est nécessaire pour un procès équitable et crée une égalité des armes afin de contrebalancer les charges qui pèsent sur le prévenu.⁵⁰ Cette indépendance peut être compromise par la multiplication de défenses d'office et pourrait conduire à une perte de qualité de la défense. L'effet pourrait aussi se faire sentir par une détérioration de la confiance du client envers son défenseur.⁵¹ Toutefois, la doctrine a aussi soutenu que, face aux risques de sanctions pénales auxquelles peuvent s'exposer les avocats en acceptant des fonds impurs, ils pourraient «voir d'un bon œil que [leur] rémunération soit versée par l'Etat».⁵²

La doctrine nous apparaît comme défaitiste en estimant qu'une augmentation des défenses d'office entraîne une perte partielle de l'indépendance de l'avocat et de la qualité du service qu'il fournit.⁵³ Cependant, elle nous conduit à nous interroger sur l'effectivité de la défense accordée par l'Etat à tout indigent. L'indépendance financière sera certes compromise, mais l'activité de l'avocat en sera-t-elle réellement dégradée? Si un avocat d'office n'assurerait pas une défense adéquate, cette prestation offerte par l'Etat pour assurer les droits d'une personne serait totalement illusoire. En effet, l'avocat d'office doit défendre le bénéficiaire avec la même attention et la même diligence que le client qui l'a mandaté personnellement.⁵⁴ Il doit «accomplir sa tâche avec soin et une conscience que renforce encore la surveillance de l'Etat».⁵⁵ Il convient de rappeler ici que la défense d'office doit rester l'exception et qu'il faut favoriser l'accès à l'avocat de choix.⁵⁶ Toujours concernant les conséquences pour le client, MOREILLON et BURNAND rappellent que la défense d'office n'existe qu'à partir du moment où une enquête pénale est ouverte contre la personne. De plus, alors que le client jouit d'une situation financière confortable grâce au produit de ses infractions, la demande de l'avocat pourrait être interprétée comme un aveu de culpabilité. Enfin, soucieux de conserver sa défense de choix, le client aura tendance à cacher à son défenseur le fait

qu'il le rémunère avec de l'argent d'origine illicite, ce qui impliquera une atteinte à la relation de confiance qui doit exister entre l'avocat et son client.⁵⁷

Etudions, à présent, les conséquences pour l'avocat. Alors que la demande de désignation d'office sera perçue comme un aveu de culpabilité de la part du client, elle constituera également une dénonciation de la part de l'avocat. MOREILLON et BURNAND pointent encore un problème financier. En effet, même si l'avocat pénaliste doit accepter un certain nombre de désignations d'office, beaucoup moins bien rémunérées, leur multiplication pourra conduire à un préjudice financier considérable.⁵⁸ La rémunération accordée par l'Etat correspond rarement au travail réel fourni.⁵⁹ Cette réalité n'a pas échappé à GIANNINI, qui, à travers son travail sur la punissabilité de l'avocat pour blanchiment d'argent, a jugé que si, par peur d'être condamné pour blanchiment, l'avocat demande systématiquement sa nomination d'office, il en résultera une perte financière sur les mandats portant atteinte à la liberté économique garantie par la Constitution fédérale.⁶⁰ Toutefois, la personne au bénéfice de l'assistance judiciaire n'étant pas définitivement libérée des frais de procédure,⁶¹ c'est avec retenue que nous évoquons cette approche. En effet, en cas de retour à meilleure fortune et parallèlement au remboursement à l'Etat de l'indemnité accordée au défenseur d'office, la personne assistée gratuitement devra également rembourser à l'avocat la différence entre les honoraires que ce dernier a reçus de l'Etat et ceux qu'il aurait pu toucher comme défenseur de choix.⁶²

Toujours à propos de la situation de l'avocat, MOREILLON et BURNAND estiment qu'il existe une inégalité par rapport à l'Etat qui est en droit de confisquer le produit de l'infraction à son propre profit sans fournir de contre-prestation, alors que l'avocat, lui, agissant comme auxiliaire de la justice, fournit une contre-prestation.⁶³ Ces auteurs avaient déjà tenu ces propos aux côtés d'ANTENEN et TRECCANI, en affirmant que rien ne justifie que l'Etat puisse avoir un libre pouvoir de disposition sur les avoirs confisqués, notamment pour rémunérer le défenseur d'office, si ces fonds ne peuvent rémunérer l'activité licite et d'utilité publique du défenseur de choix.⁶⁴ Nous reviendrons ultérieurement sur cette question.⁶⁵

Enfin, du point de vue de l'Etat, la multiplication des défenses d'office est de nature à alourdir les charges alors qu'il n'est pas garanti que l'Etat puisse se rembourser grâce à une confiscation.⁶⁶

justifié aux yeux de la doctrine (DENYS CHRISTIAN, L'avocat d'office et son indemnisation en procédure pénale fédérale, PJA 2004, pp. 1052–1058, p. 1053 et références citées).

47 GIANNINI (note 5), pp. 145–146.

48 GIANNINI (note 5), p. 172.

49 ATF 123 I 193, p. 195 et les références citées.

50 GIANNINI (note 5), p. 173.

51 GIANNINI (note 5), p. 220 et les références citées.

52 DENYS (note 46), p. 1057.

53 GIANNINI (note 5), p. 174, p. 220.

54 CHRISTIAN FAVRE, L'assistance judiciaire gratuite en droit suisse, thèse, Lausanne 1989, p. 195.

55 FAVRE (note 54), p. 135 et références citées.

56 GIANNINI (note 5), p. 220.

57 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24.

58 *Ibidem*.

59 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 92.

60 GIANNINI (note 5), p. 177; art. 27 Cst.

61 Art. 135 al. 4 CPP.

62 MAURICE HARARI, TATIANA ALIBERTI, in: Kuhn/Jeanerret (éds), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, art. 135 CPP n° 17 ss.

63 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24.

64 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 92.

65 Voir *infra* V. 5. d).

66 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24.

2. Restitution des fonds

Embarassé par l'argent sale qu'il détient, l'avocat pourrait envisager la restitution de la provision à son client. Apparaissant comme une solution simple, cette dernière n'est pas dépourvue de conséquences. En effet, ce comportement priverait l'avocat de sa garantie de paiement et rendrait la confiscation plus difficile, ce qui réaliserait l'élément objectif du blanchiment d'argent et exposerait l'avocat à un risque pénal.⁶⁷ Toutefois, les opinions doctrinales divergent à ce sujet, comme nous le montre NADELHOFER qui s'oppose explicitement à l'avis de FRIEDLI en ce qui concerne le retour des avoirs au client, en affirmant que la confiscation n'étant pas compromise, l'avocat devrait rester impuni.⁶⁸ Nous ne partageons pas cet avis minoritaire, car nous estimons que le fait d'ajouter une étape complique la confiscation. En Suisse, l'infraction de blanchiment d'argent constitue une infraction contre l'administration de la justice.⁶⁹ En tant qu'infraction de mise en danger abstraite, il suffit que l'acte soit propre à entraver, il n'y a pas lieu de vérifier qu'il cause effectivement une entrave.⁷⁰ Faire passer de l'argent d'un compte à un autre constitue un acte d'entrave.⁷¹ Cependant, un simple versement sur un compte personnel, ouvert au lieu de son domicile et qui sert aux paiements privés habituels, ne saurait objectivement constituer un acte de blanchiment.⁷² Eu égard à la confiance accrue dont bénéficie l'avocat, nous considérons que le fait de faire transiter de l'argent par son intermédiaire facilite le blanchiment. Ainsi, nous nous conformons à la doctrine dominante et admettons que l'avocat encourt le risque d'une condamnation pour blanchiment s'il entreprend cette démarche.

3. Dénonciation des faits

Notre approche se focalisant sur l'activité typique de l'avocat et non sur celle d'intermédiaire financier, l'avocat n'est pas soumis à l'obligation de dénoncer de la LBA, mais reste au contraire tenu au secret professionnel selon l'art. 321 CP.⁷³ Il est explicitement prévu à l'art. 9 al. 2 LBA que «les avocats et les notaires ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer leurs soupçons dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel en vertu de l'art. 321 du code pénal». D'après la jurisprudence relative à la relation entre l'avocat et son client, «ce dernier doit pouvoir compter sur l'entière discrétion de son mandataire. Si le client ne lui fait pas une entière confiance et ne l'informe pas de

tout ce qui a de l'importance, il est difficile voire impossible pour l'avocat de bien conseiller son mandant et de l'assister efficacement. Or s'il importe que l'avocat bénéficie de cette indispensable confiance, il doit pouvoir refuser de produire les pièces relatives aux faits qui lui ont été confiés ou dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession. Sans quoi le client devrait tenir compte du risque que son avocat soit un jour contraint de révéler des faits confiés sous le sceau du secret, alors que le client lui-même n'aurait pas l'obligation de déposer au sujet des faits en cause.⁷⁴ Certes le refus de renseigner la justice peut compliquer la recherche de la vérité. Mais dans un Etat de droit cet inconvénient doit être accepté».⁷⁵ Cette jurisprudence, rendue dans le cadre de l'art. 321 CP, semble s'appliquer *mutatis mutandis* à la question de la provenance des honoraires.⁷⁶ Le privilège n'est pas absolu et l'autorité de poursuite peut vérifier, dans le cadre d'une enquête pénale, la provenance des honoraires.⁷⁷ L'avocat tenu par le secret professionnel peut être délié par le client, par l'autorité compétente ou l'autorité de surveillance (art. 321 al. 2 CP). Cependant, ce n'est que si l'intérêt à la divulgation l'emporte sur le maintien du secret que la levée sera autorisée par l'autorité compétente.⁷⁸ En vertu de l'art. 13 al. 1 LLCA, «l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers», cependant, «le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés».

Par ailleurs, le code de procédure pénale suisse «ne définit pas le défenseur comme un «auxiliaire de la justice» mais comme le représentant exclusif des intérêts de la personne poursuivie».⁷⁹ C'est pourquoi, dans le cadre d'une procédure pénale, «l'avocat qui invitera son client à faire usage du droit de se taire ne pourra d'aucune manière être perçu comme entravant le bon déroulement de la procédure ou encore favorisant un risque de collusion».⁸⁰ En effet, «le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination font partie des garanties fondamentales de procédure pénale».⁸¹ Le secret professionnel de l'avocat couvre tout ce qui a été porté à sa connaissance en raison de son mandat, y compris le comportement du client à son égard ou des constatations faites sur la situation de son client.⁸² «L'avo-

67 BENOÎT CHAPPUIS et DANIEL TUNIK, Honoraires d'avocat et blanchiment d'argent, *Revue de l'avocat* 3/2009, pp. 115–118, p. 118.

68 SIMONE NADELHOFER, Geldwäscherei und Einziehung – Risiken für Anwälte, *RSJ* 102 (2006), pp. 345–352, p. 350.

69 ATF 120 IV 323, 327.

70 ATF 127 IV 26 consid. 3a; ATF 126 IV 261 consid. 3a; ATF 124 IV 276 consid. 2; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, *Stämpfli*, 3^e éd., Berne 2010, art. 305^{bis} CP, n° 3.

71 ATF 120 IV 323.

72 ATF 124 IV 274 consid. 4.

73 ATF 112 Ib 606, 607, *JdT* 1987 IV, p. 150; ATF 120 Ib 112 consid. 4; CHAPPUIS/TUNIK (note 67), p. 118; LAURENT MOREILLON et 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, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 130, p. 138.

74 ATF 91 I 200, 205–206, *JdT* 1966 I, p. 299.

75 ATF 112 Ib 606, 607, *JdT* 1987 IV, p. 150.

76 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 78.

77 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 79.

78 MOREILLON/BURNAND (note 73), p. 140.

79 MAURICE HARARI, Quelques réflexions autour du droit du prévenu à la présence de son conseil, in: Pfister-Liechi (éd.), *La procédure pénale fédérale*, *Stämpfli*, Berne 2010, pp. 79–93, p. 88; art. 127 CPP.

80 *Ibidem*.

81 ALEX DÉPRAZ, «Vous avez le droit de garder le silence!», in: *L'avocat et le juge face au droit pénal*, Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2005, pp. 38–65, p. 41 et références citées; sur ce sujet, cf. notamment LAURENT MOREILLON, La recherche des preuves dans l'instruction pénale: maxime inquisitoire et droits de la défense, *RPS* 2004, pp. 140–158.

82 ATF 97 I 831 consid. 4, *JdT* 1973, p. 205; PATRICK STOUDMANN, Le secret professionnel de l'avocat: jurisprudence récente et perspectives, *RPS* 2008, pp. 144–157, p. 146.

cat n'est pas un organe étatique et pas non plus l'assistant du juge, mais bien le défenseur des intérêts d'une partie et à ce titre il agit unilatéralement en faveur de son mandant». ⁸³ «[Il] doit régler son activité non pas en fonction de l'intérêt qu'a l'Etat à la poursuite pénale, mais en fonction de l'intérêt qu'a [son mandant] à obtenir un acquittement ou un jugement aussi clément que possible». ⁸⁴ «Là où il n'y a pas d'avocat indépendant, il n'y a plus d'Etat de droit». ⁸⁵ Dès lors, la dénonciation par l'avocat doit clairement être exclue des possibilités envisageables.

Dans la même logique, il n'est pas concevable que l'avocat consigne en mains officielles un solde de provision. ⁸⁶ La seule solution proposée qui s'insère dans l'hypothèse de dénonciation, émise par CHAPPUIS et TUNIK, serait que le client, soucieux de conserver son défenseur et dans un «élan de transparence à l'égard des autorités», autorise l'avocat à révéler l'existence des avoirs qu'il détient. ⁸⁷ Toutefois, comme n'ont pas manqué de le noter ces auteurs, cette solution ne semble pas des plus favorables pour le client. En effet, il serait contraint de «dévoiler des faits à l'autorité à la seule fin de pouvoir assurer sa défense», ⁸⁸ ce que nous considérons comme regrettable.

4. Nouveaux fonds

Face à une impasse, le défenseur «n'a pas d'autre choix que de conserver [les avances] par devers lui». ⁸⁹ Afin de pouvoir poursuivre son mandat sans compromettre la relation avec son mandant et sans péjorer la situation de celui-ci, une autre solution envisageable serait de requérir de nouveaux fonds pour financer la défense. MOREILLON prévoit cette possibilité en affirmant: «Personnellement, je demanderais à mon client de s'acquitter de mes honoraires avec des fonds de provenance légale». ⁹⁰

Même si cette solution peut contribuer à la poursuite du mandat, elle pose néanmoins deux problèmes. Premièrement, les avoirs détenus par l'avocat ne pourront pas le rémunérer et il sera contraint de les conserver de manière passive, faute de quoi il pourrait s'exposer à des poursuites pénales. Dans ce cas, attendre la prescription pour restituer les fonds au client constitue, certes, une solution envisageable, mais ne peut être considérée comme une solution adéquate au problème et nous apparaît comme moralement insoutenable. Deuxièmement, il y a lieu de se demander quelles garanties supplémentaires va donner le client pour les nouveaux fonds. L'avocat connaissant l'origine impure des fonds en sa possession, peut-il réellement accepter de bonne foi de nouveaux avoirs en se basant sur les simples déclarations de son client? Ce même client, désireux de conserver une défense de choix, sera-t-il en mesure de s'exprimer librement en-

vers son avocat? Quoi qu'il en soit, rappelons que nous sommes face à un avocat qui a été trahi dans la relation de confiance qu'il a instaurée avec son mandant. Ayant accepté les provisions de bonne foi, il se retrouve dorénavant face à ce problème insoluble à cause de son client. Afin de rétablir le climat de confiance, le mandant aurait tout intérêt à fournir de nouveaux fonds en justifiant de leur licéité. Cette possibilité offerte à l'avocat ne résout que partiellement la problématique qui nous occupe et nous ne saurions nous satisfaire de celle-ci.

5. Discussions et solutions

Penchons-nous sur les différentes solutions envisageables à la problématique de la confiscation des honoraires d'avocat.

a) Privilège pour l'avocat

Bien qu'il puisse apparaître comme injustifié qu'un avocat soit autorisé à recevoir des paiements effectués au moyen d'argent d'origine criminelle, alors que toute autre personne en serait empêchée, cette idée doit être relativisée dès lors que les droits de la défense sont mis à mal et que la problématique dépasse les intérêts pécuniaires de l'avocat. ⁹¹

Le raisonnement de GIANNINI sur le blanchiment d'argent nous semble pertinent. L'avocat qui accepte de bonne foi les provisions ne commet pas l'infraction de blanchiment d'argent en cas de *dolus superveniens* et s'il adopte un comportement purement passif. ⁹² Contrairement à d'autres professions ⁹³ qui n'ont, en général, aucune raison de douter de la licéité des avoirs qui leur sont offerts, l'avocat doit travailler avec des suspects dont les fonds peuvent être de provenance illicite. ⁹⁴ WOHLERS, qui partage le même avis, émet toutefois une réserve en précisant que cette différence ne saurait à elle seule justifier un privilège pour l'avocat. ⁹⁵

Toujours en comparaison d'autres professions, l'avocat rend un précieux service et demeure essentiel à l'existence d'un Etat de droit et à la défense pénale. ⁹⁶ Le défenseur pénal communique avec des délinquants potentiels et est porté à connaître des faits relatifs à leur comportement, ce qui peut conduire à des risques de soupçons pour blanchiment d'argent contre l'avocat, respectivement à une confiscation. Partant, il y a lieu de faire la distinction entre la réception d'honoraires dans les affaires pénales, civiles et administratives. ⁹⁷ Pour un avocat pénaliste, et plus précisément face à des infractions à caractère économique ou très lucratives, il s'avère difficile de montrer qu'il n'avait pas envisagé que l'argent puisse être d'origine illicite. Les poursuites qui pourraient être ouvertes à son encontre sur la base de cette situa-

83 PIERRE CHRISTE, Rôle et fonction de l'avocat dans la protection des droits, RDS 1988 II, pp. 463–503, p. 469.

84 *Ibidem*.

85 CHRISTE (note 83), p. 471.

86 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 92.

87 CHAPPUIS/TUNIK (note 67), p. 118.

88 *Ibidem*.

89 *Ibidem*.

90 GIUSEPPE MELILLO, L'avocat et l'argent du crime, interview de LAURENT MOREILLON, Allez savoir! n° 26, Lausanne 2003, pp. 30–36, p. 35.

91 CHAPPUIS/TUNIK (note 67), p. 118.

92 GIANNINI (note 5), p. 135.

93 GIANNINI cite, à titre d'exemple, les vendeurs de voitures, les médecins ou les boulangers.

94 GIANNINI (note 5), p. 140; du même avis, cf. notamment: WOLFGANG WOHLERS, Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren, Art. 305 StGB als Gefahr für das Institut der Wahlverteidigung, RPS 2002, pp. 197–219, p. 198; NADELHOFER (note 68), p. 348.

95 WOHLERS (note 94), p. 205.

96 GIANNINI (note 5), p. 147.

97 GIANNINI (note 5), pp. 118–119.

tion ne sont, de par les conséquences pour lui et son client, en aucun cas compatibles avec son indépendance et son rôle de contrepois aux charges qui pèsent sur son client.⁹⁸ Si un doute semble toujours exister, la crainte de l'avocat d'être poursuivi pour la perception d'avoirs d'origine illicite ou de faire l'objet d'une mesure de confiscation, peut nuire à l'accès à l'avocat de choix pour celui qui est accusé d'avoir obtenu des avantages financiers par un crime.⁹⁹ Les conflits d'intérêts qui existent entre le client et l'avocat s'exposant à des problèmes en acceptant des fonds douteux sont susceptibles d'instaurer un climat préjudiciable au développement de la confiance nécessaire entre eux.¹⁰⁰ L'avocat ne pourra pas se limiter à représenter les intérêts de son client, mais devra toujours y opposer ses propres intérêts. Le droit à une défense effective, garanti par l'art. 6 CEDH, devient illusoire si l'avocat est pris pour cible par les mesures de l'Etat.¹⁰¹ Celui dont les avoirs sont considérés comme litigieux serait limité dans l'accès à une défense effective, alors qu'il pourrait être déclaré innocent en fin de procédure. Les avoirs litigieux vont, par mélange, contaminer tous les avoirs licites dont dispose le prévenu, de sorte que l'avocat craignant des mesures contre sa personne et les avoirs mis à sa disposition fera preuve de réticence envers un potentiel mandat, alors qu'il aurait pu être rémunéré par des fonds gagnés licitement.¹⁰² Cela conduit GIANNINI à estimer que la pleine application de l'infraction de blanchiment d'argent aux avocats engendre une violation des articles 32 Cst., 6 § 3 let. c CEDH et 14 § 3 let. d Pacte ONU II.¹⁰³

En suivant ce raisonnement, GIANNINI propose que le paiement jusqu'à CHF 10 000.– d'honoraires et de provisions en faveur d'un avocat ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une poursuite pour blanchiment, être confiscable ou encore être sujet à créance compensatrice, pour des raisons de sécurité du droit.¹⁰⁴ Cet auteur précise que cela permettrait d'assurer le recouvrement des honoraires lors de l'enquête préliminaire, afin que l'avocat puisse conseiller au mieux son client, sans qu'il doive rechercher la provenance des valeurs patrimoniales. De plus, comme nous l'avons vu, l'avocat ne peut pas demander sa nomination d'office sans envoyer un signal de culpabilité aux autorités. La proposition de GIANNINI contient l'avantage de ne pas mettre l'avocat dans une situation inconfortable et garantit au client la possibilité de conserver l'avocat qu'il a choisi, en réalisant également l'objectif d'amélioration de l'accès à l'avocat de choix.¹⁰⁵ Ainsi, cette solution nous semble acceptable, mais le plafond de CHF 10 000.– nous paraît faible, eu égard au montant des provisions dans les affaires financières. En effet, le Tribunal fédéral ayant mentionné cette proposition dans l'unique jurisprudence en la matière n'a pas eu à se prononcer faute d'applicabilité au cas d'espèce, en raison des montants versés

aux avocats.¹⁰⁶ Néanmoins, la référence faite à cet auteur nous laisse espérer qu'un éventuel revirement de la pratique se fasse dans ce sens.

MOREILLON et BURNAND sont allés beaucoup plus loin. En l'absence de toute jurisprudence en la matière et à l'image des règles canadiennes, ils ont considéré qu'il n'existait pas d'autre solution à ce problème que d'assurer l'immunité à l'avocat, aussi bien pour les infractions de recel et de blanchiment d'argent que pour la confiscation et cela quelle que soit l'infraction originale.¹⁰⁷ De plus, selon eux, cette immunité devrait prévaloir même lorsque l'avocat a connaissance de l'origine impure des honoraires qui lui sont versés, mais devrait se limiter à une rémunération raisonnable pour la défense pénale. Comme nous l'avons vu dans l'affaire Behring, le Tribunal fédéral a précisé que cette proposition ne peut être appliquée *de lege lata*.¹⁰⁸ Toutefois, soulevons qu'une année auparavant, MOREILLON s'est montré outré qu'au Canada l'avocat puisse être payé en connaissance de cause par le produit direct de l'infraction et que c'était dépasser les limites du raisonnable que d'autoriser l'avocat à être rémunéré en toute conscience avec des avoirs impurs.¹⁰⁹

GIANNINI ne partage pas l'idée d'un privilège total qui aurait, selon lui, de nombreux inconvénients. Le dommage direct causé par l'infraction principale ne serait pas pris en compte et un risque de paiement d'honoraires abusifs devrait être considéré.¹¹⁰ Dans la même optique, CHAPPUIS et TUNIK ne s'opposent pas à une modification législative en faveur de l'avocat, mais précisent qu'une telle modification devrait prendre en compte les intérêts de la victime. C'est pourquoi ils sont d'avis que des dérogations à la règle en faveur des avocats devraient être aménagées en relation avec l'art. 71 CP prévoyant les créances compensatrices. Le produit direct de l'infraction pouvant rester en possession de l'avocat porterait atteinte aux droits de la victime à la restitution des avoirs en rétablissement de ses droits (art. 70 al. 1 *in fine* CP).¹¹¹

Nous ne partageons pas l'avis de MOREILLON et BURNAND visant à assurer une immunité à l'avocat.¹¹² Néanmoins, celle-ci aurait l'avantage de régler tous les problèmes mis en exergue dans cette contribution, sans toutefois tenir compte des droits de la victime, ce que nous considérons comme regrettable. Enfin, nous estimons, comme GIANNINI¹¹³, qu'une telle immunité n'apparaît pas nécessaire, d'autant plus que ce privilège finirait par nuire à la réputation des avocats de la défense et par affaiblir leur position.

b) Réforme de l'assistance judiciaire

CHAPPUIS et TUNIK proposent une réforme de l'assistance judiciaire, afin qu'elle soit octroyée à celui dont les avoirs sont blo-

98 GIANNINI (note 5), p. 141.

99 GIANNINI (note 5), p. 148.

100 GIANNINI (note 5), p. 149.

101 WOHLERS (note 94), p. 206.

102 GIANNINI (note 5), p. 168.

103 GIANNINI (note 5), p. 168.

104 GIANNINI (note 5), pp. 213 ss.

105 *Ibidem*.

106 Arrêt 1S.5/2006 consid. 3.2.3, SJ 2006 I, p. 493, voir *supra* IV.

107 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24.

108 Arrêt 1S.5/2006 consid. 3.2.3, SJ 2006 I, p. 493, voir *supra* IV.

109 MELILLO (note 90), p. 35–36.

110 GIANNINI (note 5), p. 197.

111 CHAPPUIS/TUNIK (note 67), p. 118.

112 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24.

113 GIANNINI (note 5), p. 197.

qués ou soupçonnés de provenir d'une activité délictueuse.¹¹⁴ GIANNINI a également préconisé la modification de l'avant-projet du code de procédure pénale suisse pour y insérer un alinéa prenant en compte le cas de celui qui ne peut avoir un défenseur de choix car ses avoirs sont mis en cause.¹¹⁵ Le code de procédure pénale, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, ne fait pas mention de cette hypothèse à son article 132. Cependant, selon la jurisprudence, lors du contrôle des ressources financières de la personne en vue de l'octroi de l'assistance judiciaire, il ne sera pas tenu compte de la fortune qui a fait l'objet d'une mesure de blocage.¹¹⁶ En revanche, GIANNINI ajoute qu'il ne faut pas se contenter de prévoir la possibilité de la défense d'office, mais qu'il faut, d'une manière générale, améliorer l'accès à l'institution de la défense de choix.¹¹⁷ Dans tous les cas, «il est inacceptable de se borner à décréter que l'avocat ne peut pas être rémunéré lorsque les avoirs de son client mis en cause dans une procédure pénale sont suspects, laissant alors le client dans l'incapacité de se défendre efficacement».¹¹⁸

c) Durcissement des conditions de confiscation auprès du tiers

NADELHOFER s'est penchée sur la question de la confiscation auprès du tiers et en a conclu qu'elle comporterait un caractère punitif. Visant à détourner le tiers de l'acquisition de biens d'origine délictueuse, elle a une fonction dissuasive. Cette auteure soutient également que cette forme de confiscation poursuit les mêmes buts que la punition du blanchisseur d'argent et est portée par les mêmes motifs répressifs.¹¹⁹ Partant, elle considère que, d'une manière générale, les conditions de la confiscation auprès du tiers devraient être modifiées. De par la ressemblance entre la confiscation et la répression du blanchiment d'argent et du recel, cette auteure considère que la confiscation est animée par des motifs typiques de répression pénale.¹²⁰ Les conditions de la confiscation étant plus larges que celles du blanchiment d'argent, il en résulterait un élargissement du champ d'application de la confiscation «à des comportements dont la pénalisation paraît plus que douteuse», ce qui mettrait à mal le principe de subsidiarité du droit pénal.¹²¹ NADELHOFER prône une application conforme à la Constitution de l'art. 70 al. 2 CP, dès lors que la confiscation reviendrait *de facto* à une peine.¹²² Ainsi, les règles générales de la fixation de la peine de l'art. 47 CP devraient trouver application et une confiscation devrait être subordonnée aux mêmes conditions objectives et subjectives prévues à l'art. 305^{bis} CP pour le blanchiment d'argent.¹²³

NADELHOFER résume la sanction pour blanchiment d'argent à la confiscation des valeurs patrimoniales blanchies, alors qu'un cas simple de blanchiment peut conduire à une peine privative de liberté allant jusqu'à trois ans et que la confiscation aura lieu quelle que soit la peine prononcée. Sans contester le caractère répressif qui peut ressortir de cette mesure, nous n'adhérons pas à ce raisonnement. «La confiscation ne représente pas une peine, mais une mesure indépendante de la culpabilité de l'auteur».¹²⁴ De plus, il y a fort longtemps que la jurisprudence a soulevé la particularité de cette mesure, en affirmant que «*die Einziehung unrechtmässig erlangter Vermögensvorteile bezweckt somit nicht den Schutz der öffentlichen Sicherheit, sondern hat repressiven Charakter. Sie nähert sich der Strafe*».¹²⁵ Nous avons certes introduit cette contribution en rappelant qu'à l'origine, les mesures centrées sur les gains illicites sont nées pour combattre le crime organisé,¹²⁶ mais ceci ne doit pas ouvrir la porte à des prétextes visant à rendre inefficace la confiscation. C'est pourquoi nous ne partageons pas cet avis et estimons qu'une telle modification n'est ni nécessaire, ni justifiée, car elle ne vise qu'à restreindre la portée de cette mesure.

d) Ordonnance de séquestre: l'élément clé

Dans l'affaire Behring, concernant le choix de n'opérer la confiscation qu'à partir de la date de l'ordonnance de séquestre, alors que la mauvaise foi avait été acquise antérieurement selon l'état de faits,¹²⁷ WOHLERS¹²⁸ et NADELHOFER¹²⁹ s'accordent à dire que c'est à juste titre que la confiscation a été fixée à partir de cette date uniquement, car du point de vue de la sécurité du droit, elle fixe un point précis défini dans le temps et reconnaissable par toutes les parties. Comme il a été précisé au début de notre contribution, nous estimons que le réel problème se situe au niveau de la bonne foi de l'avocat. C'est pourquoi nous partageons pleinement cet avis et pensons qu'il s'agit de l'élément clé sur lequel il faut se pencher pour aboutir à une solution plus respectueuse des droits de l'avocat et de son client.

Comme point de départ de notre réflexion, revenons d'abord sur la raison d'être de la relation d'un avocat, pénaliste en ce qui nous concerne, avec son client. Ce dernier sera nécessairement une personne susceptible d'être condamnée. En effet, l'art. 111 CPP définit le prévenu comme «toute personne qui, à la suite d'une dénonciation, d'une plainte ou d'un acte de procédure accompli par une autorité pénale, est soupçonnée, prévenue ou accusée d'une infraction». Dans la logique d'une défense de choix, l'avocat, libre d'accepter les mandats, n'en demeure pas moins cantonné aux approches de clients potentiels. C'est pourquoi il y a lieu de tenir compte du choix restreint dont dispose l'avocat dans la conclusion de ses mandats et du rôle de représentant ex-

114 CHAPPUIS/TUNIK (note 67), p. 118.

115 GIANNINI (note 5), p. 219.

116 ATF 118 la 369; Arrêt du Tribunal fédéral du 15 juin 2006, 1P.241/2006.

117 GIANNINI (note 5), p. 220.

118 CHAPPUIS/TUNIK (note 67), p. 118.

119 NADELHOFER DO CANTO (note 15), p. 313.

120 *Ibidem*.

121 NADELHOFER DO CANTO (note 15), p. 314.

122 *Ibidem*.

123 *Ibidem*.

124 GABRIEL AUBERT, Note sur la confiscation de l'avantage illicite (art. 58 CP), SJ 1976, pp. 264–270, p. 269.

125 ATF 105 IV 169 consid. 1.

126 CASSANI (note 1), p. 258.

127 Arrêt 1S.5/2006 consid. 4.3.1 in SJ 2006 I, p. 494.

128 WOLFGANG WOHLERS, Einziehung von Kostenvorschüssen von Rechtsanwälten, PJA 2006, pp. 1161–1166, p. 1165.

129 NADELHOFER (note 68), p. 351.

clusif des intérêts de ses mandants qu'il exerce. Sans vouloir élever l'avocat à un rang d'intouchable, mais bien en se souciant des droits qui entourent cette profession, nous considérons que les mesures à son encontre devraient être pesées au vu des conséquences qu'elles engendrent. Comme nous l'avons vu, l'art. 70 al. 2 CP confère une protection au «tiers»; or l'avocat ne nous apparaît pas comme un tel «tiers». Dans les affaires de criminalité économique ou celles relatives à des infractions très lucratives, à l'exemple du trafic de drogue, l'argent dont dispose le client peut être de source illicite, c'est pourquoi un avocat méfiant pourra toujours douter de la provenance des fonds qu'il reçoit.

La protection accordée au tiers par le code pénal requiert la bonne foi de celui-ci au moment de sa contre-prestation, comme cela a été précisé par le Tribunal fédéral dans l'affaire Behring. Tout avocat requerra une avance d'honoraires pour pouvoir financer son travail et cette façon de procéder posera le problème de la confiscation en cas de *dolus superveniens*. Malgré cela, l'avocat ne peut renoncer à cette pratique, car «l'avance d'honoraire (provision – Vorschuss) à la conclusion du mandat est d'usage; elle est, commandée par la déontologie, dans l'intérêt des deux parties».¹³⁰ MOREILLON évoque la solution américaine d'être payé en fin de procédure qui éviterait que l'avocat ne touche directement l'argent du crime, en rappelant cependant qu'en Suisse, celui qui ne sollicite pas une provision commet déjà une faute professionnelle.¹³¹

Revenons au but même de la confiscation. Elle vise à éviter qu'une personne puisse tirer avantage d'une infraction.¹³² L'avocat effectuant sa contre-prestation de bonne foi pourra s'opposer à la confiscation et donc se rémunérer sur l'argent du crime. En accordant une telle protection au tiers, la loi ne réalise pas l'adage «le crime ne paie pas». Ainsi, il est aberrant d'exclure un paiement de l'avocat devenu de mauvaise foi, mais de l'accepter en cas de bonne foi. Sans remettre en question le fait que «les avantages financiers illégitimes doivent être supprimés parce qu'il serait non seulement moralement inacceptable que l'auteur de l'infraction bénéficie économiquement de son acte, mais aussi que tout tiers subséquent puisse tirer profit de gains illicites»,¹³³ nous pouvons nous demander si l'avocat en tire réellement profit et si cette mesure répond à une nécessité au vu des inconvénients qu'elle engendre. La fonction de l'avocat est, comme nous l'avons relevé, indispensable à la bonne marche de la justice, à tel point que si le prévenu est indigent il pourra bénéficier de l'assistance judiciaire. En d'autres termes, l'avocat peut être rémunéré par son client, dans notre cas avec de l'argent sale, ou par l'Etat en cas de défense d'office.

Concernant la rémunération de l'avocat, deux inconvénients peuvent découler de la confiscation. Premièrement, l'avocat ne pourra pas demander à être payé comme avocat d'office de manière rétroactive.¹³⁴ Or, comme nous l'avons relevé, il n'a pas de

réelle échappatoire et se retrouve à la merci des enquêtes pénales qui aboutiront, peut-être, à une confiscation sur ses provisions, contre laquelle il ne pourra opposer sa contre-prestation que jusqu'au jour où il aura été de bonne foi. Force est de constater que cette situation est inadmissible. Face à cette crainte, l'avocat devenu «de mauvaise foi» pourrait être tenté de diminuer l'activité consacrée à son client, réduisant ainsi les risques de non-paiement suite à une confiscation. L'avocat opposerait ainsi ses propres intérêts à ceux de son client, de sorte que la défense en serait dégradée. Deuxièmement, la nomination en tant que défenseur d'office engendrera une perte financière due à une rémunération, de toute évidence, moindre au regard d'une rémunération privée, ce que la doctrine a soulevé à juste titre.¹³⁵ La rémunération d'office ne correspond pas à des honoraires mais plutôt à «une indemnité qui sera fixée par les règlements cantonaux applicables en la matière, dès lors que le tarif horaire ne correspond pas à celui qu'un avocat facturera à la personne qui l'aura personnellement mandaté».¹³⁶ Toutefois, la jurisprudence a précisé que cette rémunération doit être équitable, même si elle est inférieure à celle d'un avocat choisi.¹³⁷ «Un régime excessivement ingrat pour l'avocat d'office ne favorise pas une conduite optimale des affaires qui lui sont attribuées. Une rémunération insuffisante peut ainsi, indirectement, entraver l'assistance judiciaire qui est garantie au citoyen».¹³⁸

Une solution pourrait exister afin d'éviter ces deux inconvénients. Dans l'optique de garantir les droits de la défense et la liberté économique de l'avocat, nous considérons que la confiscation ne devrait pas pouvoir se faire dès la survenance de la mauvaise foi, mais uniquement à partir de l'ordonnance de séquestre. Cette solution éviterait à l'avocat de devoir choisir l'un ou l'autre des comportements énoncés précédemment et lui permettrait de remplir au mieux son rôle de conseil et de défenseur des intérêts de son mandant. La date précise de cette décision apporterait une sécurité juridique pour l'avocat, inexistante aujourd'hui, et les droits de son client en seraient sauvegardés. Toutefois, pour que cette pratique ne conduise pas à des abus, il convient d'instaurer un cadre à la perception de provisions et d'en fixer un plafond raisonnable. Ensuite, concernant la rémunération accordée à l'avocat d'office, nous sommes amenés à nous demander si, suite à la confiscation, l'avocat ne pourrait pas être rémunéré de la même façon que quand il était avocat de choix et ce à hauteur du montant confisqué. D'autant plus que la confiscation a comme objectif que «le crime ne paie pas» et non

135 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24; GIANNINI (note 5), p. 177.

136 VINCENT SPIRA, L'avocat au bénéfice de l'assistance juridique, in *Défis de l'avocat au XXI^e siècle*, in: *Mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger, Slatkine*, Genève 2008, pp. 313–346, p. 332 et les références citées; sur la fixation des honoraires, cf. notamment FRANÇOIS BOHNET, La fixation et le recouvrement des honoraires de l'avocat, in *Quelques actions en paiements*, Schulthess, Neuchâtel 2009, pp. 1–39; LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI, La taxation des honoraires de l'avocat, in: *Défis de l'avocat au XXI^e siècle*, *Mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger, Slatkine*, Genève 2008, pp. 291–312.

137 Arrêt du Tribunal fédéral du 15 juin 2000, 1P.28/2000.

138 Arrêt du Tribunal fédéral du 15 juin 2000, 1P.28/2000 consid. 3.

130 PIERRE ENGEL, *Contrat de droit suisse*, Stämpfli, Berne 2000, p. 494.

131 MELILLO (note 90), p. 36.

132 KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (note 2), p. 278; ATF 117 IV 107 consid. 2a.

133 NADELHOFER DO CANTO (note 15), pp. 308–309.

134 ATF 122 I 203.

d'enrichir l'Etat ou de réduire les déficits des caisses publiques.¹³⁹ Cependant, ne serait-il pas déraisonnable d'accorder un tel avantage aux seuls avocats faisant l'objet d'une mesure de confiscation sur leurs provisions? De même, cela ne constituerait-il pas une inégalité de traitement vis-à-vis de tout autre tiers? C'est par l'affirmative que nous nous devons de répondre à ces interrogations. Si cette solution éviterait une perte financière pour l'avocat, elle ne semble pas répondre à un impératif, d'autant plus que l'avocat peut espérer un retour à meilleure fortune de son client et ainsi récupérer le manque à gagner occasionné par une défense d'office.¹⁴⁰ De plus, une telle solution risquerait de se heurter aux droits du lésé, ce qui n'est en aucun cas admissible. Enfin, nous ne pouvons partager les objections émises par la doctrine quant au privilège de l'Etat, par rapport à l'avocat, à confisquer alors qu'il ne fournit aucune contre-prestation,¹⁴¹ car positionner l'Etat sur un pied d'égalité avec les particuliers et attendre de lui qu'il réponde aux mêmes exigences que ces derniers, ne nous paraît pas raisonnable. Partant, nous devons admettre qu'un seul des inconvénients soulevés ne peut être évité.

En résumé, l'avocat devenu de mauvaise foi en cours de mandat pourra bénéficier d'une rémunération complète pour les prestations fournies jusqu'à la date de l'ordonnance de séquestre et sera, par la suite, soumis au régime de l'assistance judiciaire gratuite s'il en a fait la demande.

Ainsi, la solution que nous proposons ne devrait pas s'appliquer de manière générale à tous les avocats. Contrairement aux propositions précédemment citées de GIANNINI et de MOREILLON et BURNAND, cette solution distingue le cas de l'avocat qui accepte en toute connaissance de cause la provenance illicite des fonds lors de la conclusion du mandat et celui du *dolus superveniens*. Indépendamment de la punissabilité pour blanchiment, l'avocat de mauvaise foi lors de la réception des fonds ne devrait pas être protégé contre une confiscation. Contrairement au cas du *dolus superveniens*, nous ne considérons pas que cet avocat ait un droit de bénéficier des valeurs en question. Conscient de la provenance des fonds, il accepte le risque que les provisions soient confisquées.

En vertu de l'art. 71 al. 1 CP, une créance compensatrice peut être ordonnée contre un tiers uniquement si les conditions de l'art. 70 al. 2 CP ne sont pas réalisées, de sorte qu'il faudra exclure cette possibilité, faute de quoi notre solution perdrait tout son sens.

L'inconvénient de cette méthode est qu'il appartient à l'Etat de prouver que l'avocat a acquis les fonds de mauvaise foi et la preuve de celle-ci au moment de la réception peut s'avérer difficile à apporter. Toutefois, n'en est-il pas également ainsi pour la preuve à apporter par l'Etat lors de la commission de toute infraction? Cet «inconvénient» n'est ainsi rien d'autre que le poids du

fardeau de la preuve incombant à l'Etat. Rappelons que le doute doit profiter à la personne auprès de laquelle la mesure de confiscation est envisagée. Toutefois, cette personne doit contribuer à étayer son droit et ne peut rester dans le silence après avoir fait part de sa revendication, mais le doute ne peut en aucun cas profiter à l'Etat.¹⁴² La doctrine s'est interrogée sur l'applicabilité de la présomption d'innocence et du «bénéfice du doute» à la confiscation. Cependant, la procédure de confiscation ne nécessite pas la responsabilité pénale de quelqu'un et n'est pas nécessairement dirigée contre un prévenu. Ces deux principes sont respectés si la confiscation n'est pas comprise comme un acte entraînant la culpabilité du prévenu.¹⁴³ Les difficultés de mise en œuvre méritent d'être prises en compte, mais d'un point de vue théorique, nous estimons que cette solution répond aussi bien aux droits du prévenu qu'à ceux de l'avocat, tout en tenant compte des droits de la victime.

VI. Conclusion

Avant de conclure, nous tenons à relever la pratique de certains avocats qui méconnaissent ou font abstraction de la problématique ayant fait l'objet de cette contribution. Il n'est pas rare que des avocats demandent la libération de fonds séquestrés afin d'être rémunérés. Nous pouvons nous interroger sur la bonne foi de l'avocat qui procède ainsi sur des avoirs qui, par définition, sont de provenance douteuse et qui devront probablement être restitués au lésé ou confisqués.¹⁴⁴ Il est d'autant plus surprenant de constater qu'une telle demande puisse être fondée sur l'arrêt du Tribunal fédéral 1S.5/2006. Ce fut pourtant le cas dans un arrêt récent rendu par le Tribunal pénal fédéral.¹⁴⁵ Dans cette affaire, la recourante a soutenu «qu'il ressortirait de la doctrine et de la jurisprudence relative à l'art. 70 al. 2 CP, qu'aucun montant destiné à rémunérer immédiatement ou à terme un avocat de bonne foi ne peut être séquestré parce qu'il ne serait pas confiscable».¹⁴⁶ Le Tribunal pénal fédéral n'a pas manqué de rappeler la véritable portée de l'arrêt du Tribunal fédéral qui, comme nous l'avons vu, «traite de la question de savoir si une provision sur honoraires, respectivement des honoraires eux-mêmes déjà versés à un avocat peuvent faire l'objet d'une mesure de séquestre confiscatoire, le tout sous l'angle de l'art. 70 al. 2 CP et de la condition de la bonne foi de l'avocat en tant que tiers saisi».¹⁴⁷ En l'espèce, la qualité de tiers saisi revenait à la recourante et non aux avocats, de sorte que le grief tiré de la bonne foi des avocats a été déclaré dénué de fondement.¹⁴⁸ Ignorance ou volonté délibérée d'utiliser à mauvais escient une jurisprudence pourtant claire? Libre à chacun d'en tirer ses propres conclusions,

139 JACQUES ANTENEN, Problématique nouvelle relative à la poursuite pénale du blanchissage d'argent, à la confiscation et au sort des avoirs confisqués, RPS 1996 I, pp. 42–59, p. 58.

140 Art. 135 al. 4 let. b CPP; toutefois, ce cas ne se présentera que rarement en pratique.

141 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24; ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 92.

142 DENIS PIOTET, Les effets civils de la confiscation pénale, Stämpfli, Berne 1995, p. 66.

143 BAUMANN (note 9), art. 70–71 CP, n° 35a–35b et les références citées.

144 Art. 263 al. 1 let. c et d CPP.

145 Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 27 avril 2011, BB.2010.92.

146 Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 27 avril 2011, BB.2010.92 consid. 4.2.3.

147 *Ibidem*.

148 *Ibidem*.

mais il nous semblait important de mettre en lumière cette pratique paraissant faire fi des règles de la bonne foi au sens large.

Notre contribution avait pour but d'exposer un problème, qui, certes, ne se présente que rarement devant nos juridictions, mais n'en demeure pas moins important et susceptible de toucher chaque avocat. A travers l'étude de la jurisprudence et de la doctrine, nous avons pu nous forger une opinion et prendre position. Dès lors et en guise de conclusion, interrogeons-nous sur l'applicabilité d'une telle solution. Rappelons qu'elle vise, en cas de *dolus superveniens*, à assurer une protection jusqu'à l'ordonnance de séquestre, en ce sens qu'une confiscation avant cette date ne pourra pas être opérée.

Le Tribunal fédéral ne semble pas réticent à prendre en considération les propositions de la doctrine, à l'image de l'arrêt rendu

dans le cadre de l'affaire Behring. Une application jurisprudentielle pourrait suffire à fixer la règle de l'ordonnance de séquestre comme référence pour la confiscation. Cependant, les cas d'application demeurent rares et nous doutons qu'une pratique puisse s'installer en la matière. De plus, afin d'éviter des dérives, il convient de proscrire une application extensive de cette solution. Partant, une modification législative réglementant spécifiquement la confiscation auprès de l'avocat est préférable, restreignant ainsi le pouvoir d'appréciation du juge. A notre sens, ce n'est qu'ainsi qu'une véritable sécurité juridique pourra être créée et que les droits de la défense et de l'avocat pourront être garantis, sans pour autant instaurer un régime de faveur allant au-delà du nécessaire. ■

Walter Fellmann*

Haftungsrisiken im neuen Produktesicherheitsgesetz

Stichworte Produktsicherheit, Sicherheitsanforderungen beim Inverkehrbringen, Nachmarktpflichten, Verletzung von Schutzpflichten

I. Einleitung

Am 12. Juni 2009 hat die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft das Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG) beschlossen. Am 1. Oktober 2009 ist die Referendumsfrist unbenutzt abgelaufen. Das PrSG ist auf den 1. Juli 2010 in Kraft getreten. Es ersetzt das Gesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG) vom 19. März 1976 (Art. 20 Abs. 1 PrSG) und passt die Rechtslage in der Schweiz den neuen internationalen Gegebenheiten an.¹ Das Produktesicherheitsgesetz soll die Sicherheit von Produkten gewährleisten und den grenzüberschreitenden freien Warenverkehr erleichtern (Art. 1 Abs. 1 PrSG). Es bringt eine Angleichung an die Richtlinie 2001/95/EG der Europäischen Gemeinschaft über die allgemeine Produktsicherheit.²

Am 31. Dezember 2011 ist die Übergangsfrist des Art. 21 PrSG abgelaufen. Seit dem 1. Januar 2012 dürfen nur noch Produkte in Verkehr gebracht werden, welche die Sicherheitsanforderungen des PrSG erfüllen. Hersteller, Importeure und Händler

müssen zudem bereit sein, den Nachmarktpflichten nach Art. 8 PrSG nachzukommen. Sie müssen in der Lage sein, die Pflicht zur Produktbeobachtung zu erfüllen und die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen sowie der zuständigen Behörde Meldung zu erstatten, wenn von einem Produkt eine Gefahr für die Sicherheit oder die Gesundheit der Verwender oder Dritter ausgeht. Bei Widerhandlung gegen diese Pflichten drohen empfindliche Strafen und es besteht die Gefahr, sich finanziell haftbar zu machen.

II. Anwendungsbereich

Nach Art. 1 Abs. 3 PrSG ist das PrSG anwendbar, «soweit nicht andere bundesrechtliche Bestimmungen bestehen, mit denen dasselbe Ziel verfolgt wird». Besteht für eine bestimmte Materie ein sektorieller Erlass, findet das PrSG nur Anwendung, wenn der Erlass zu einem bestimmten Thema, den das PrSG regelt, keine spezielle Norm enthält.³ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der sektorielle Erlass keine Produktbeobachtungspflicht im Sinne von Art. 8 Abs. 2 PrSG oder keine Meldepflicht im Sinne von Art. 8 Abs. 5 PrSG vorsieht.⁴ Sieht der sektorielle Erlass für eine bestimmte Frage eine Lösung vor, weicht diese jedoch von jener ab, die das PrSG enthält, geht der sektorielle Erlass vor, wenn er das gleiche Ziel verfolgt und das gleiche Schutzniveau aufweist wie das PrSG, das dem Standard der EG-Richtlinie entspricht. In

* Prof. Dr. iur., Professor für schweizerisches und europäisches Privatrecht an der Universität Luzern, Rechtsanwalt in Luzern, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht.

1 Botschaft zum Produktesicherheitsgesetz (Totalrevision des Bundesgesetzes über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten) vom 25. Juni 2008, BBl 2008, 7408; zu den Rechtsquellen der technischen Normierung in der Schweiz vgl. ANDREAS FURRER, Produktsicherheit, Produkthaftung und technische Normung in der Schweiz, in: Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, Tagung vom 31. März 2011 in Luzern, Walter Fellmann und Andreas Furrer (Hrsg.), Bern 2011, S. 5 ff.

2 Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. Nr. L 11 vom 15. Januar 2002, S. 4 ff.

3 Vgl. dazu eingehend RAINER WEY, Die Stellung des PrSG im Geflecht sektorieller Normen, in: Produktesicherheit und Produkthaftung – Die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei, Tagung vom 23. März 2012, Walter Fellmann und Andreas Furrer (Hrsg.), Bern 2012, S. 29 ff.

4 Botschaft PrSG (Fn. 1), S. 7433.