

Benoît CHAPPUIS

*Ancien professeur aux Universités
de Genève et Fribourg
Ancien bâtonnier
Avocat*

**Avis de droit
à l'intention du Département fédéral des finances**

sur

*Le projet de loi sur la transparence des personnes morales et
l'identification des ayants droit économiques (LTPM)
et
les modifications de la LBA*

sous l'angle du secret professionnel de l'avocat

23 avril 2024

Table des matières

Abréviations	4
I. Résumé général.....	5
II. Mission.....	7
III. Les principes de base concernant le secret de l'avocat.....	7
A. Le secret de l'avocat dans le système juridique suisse	7
1. Les principes constitutionnels et conventionnels.....	7
2. L'art. 321 CP	9
a) Le principe.....	9
b) La réserve de l'art. 321 ch. 3 CP	9
3. L'art. 13 LLCA	10
4. Les codes de procédure fédéraux	11
B. La jurisprudence du Tribunal fédéral	12
1. Le droit jurisprudentiel sur le refus de collaborer avec l'autorité	12
2. La notion d'activités typiques et atypiques	12
3. Les activités mixtes	13
C. Le secret de l'avocat face au blanchiment d'argent	14
1. L'intermédiation financière en tant qu'activité atypique	14
2. L'obligation de communiquer les soupçons fondés	14
3. La protection du secret pour les activités typiques.....	15
IV. Les mesures d'organisation interne de l'étude.....	15
A. La <i>compliance</i> et la détection des risques	15
B. La séparation des activités typiques et des atypiques.....	17
C. Les activités atypiques soumises à des réglementations légales.....	19
V. Le projet LTPM et son impact sur le secret de l'avocat.....	20
A. Les dispositions nouvelles concernant les avocats	20
B. Les dispositions de la LTPM.....	20
1. Art. 16 LTPM : annonce des rapports de fiducie à la société.....	20
2. Art. 44 LTPM : devoir de renseigner des entités et des tiers concernés.....	21
C. Les modifications de la LBA.....	21
1. Présentation générale des modifications de la LBA par rapport aux avocats.....	21
2. Art. 2b Règles de coordination matérielles.....	22
3. Art. 2 al. 1, let. c, al. 3 ^{bis} , al. 3 ^{ter} et al. 4 LBA	22
a) Les activités concernées.....	22

b) La question des activités typiques	23
4. Art. 8b LBA : obligations de diligence	24
5. Art. 8d LBA : mesures organisationnelles	26
6. Art. 9 al. 2 LBA : obligation de communiquer	26
7. Art. 18a LBA : respect du secret professionnel dans le contexte des contrôles LBA	27
VI. Conclusion.....	30
Bibliographie et documentation	32

* * *

Abréviations

AELE	Association européenne de libre-échange
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CAJ CN	Commission des affaires juridiques du Conseil national
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CF	Conseil fédéral
CO	Code des obligations
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CSD	Code suisse de déontologie
Cst.	Constitution fédérale
DFF	Département fédéral des finances
EEE	Espace économique européen
FSA	Fédération suisse des avocats
GAFI	Groupe d'action financière
LAVS	Loi sur l'assurance-vieillesse et survivants
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme
LEFin	Loi fédérale sur les établissements financiers
Leg	Loi sur l'égalité entre femmes et hommes
LEmb	Loi fédérale sur l'application de sanctions internationales (Loi sur les embargos)
LLCA	Loi sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats)
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
LSFin	Loi sur les services financiers
LTPM	Loi sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques (projet)
LTr	Loi sur le travail
OAR	Organisme d'autorégulation
OAR FSA/FSN	Organisme d'autoréglementation de la Fédération suisse des avocats et de la Fédération suisse des notaires
OEFin	Ordonnance sur les établissements financiers
RS	Recueil systématique du droit fédéral
TF	Tribunal fédéral
TPF	Tribunal pénal fédéral
UE	Union européenne

I. Résumé général

1. Le projet sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques, soit la LPTM elle-même accompagnée de modifications de la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA), comporte diverses dispositions applicables aux avocats. Certaines de ces dispositions visent tant des activités atypiques des avocats (l'intermédiation financière) que certaines activités typiques (le conseil juridique), étant précisé que seules ces dernières sont protégées par le secret professionnel de l'avocat au sens de l'art. 321 CP.
2. Les obligations nouvelles qui seraient imposées aux avocats sont des devoirs de diligence et d'organisation, internes à l'étude, qu'il s'agisse de la détermination de l'identité du client et de l'ayant droit économique, de la tenue d'une documentation appropriée ou de la formation du personnel. En elles-mêmes, ces obligations n'impliquent pas de divulgation d'informations confidentielles à des tiers de la part de l'avocat. Elles ne mettent donc pas en péril le secret professionnel ni ne l'affaiblissent. Elles supposent une tenue adéquate des dossiers, notamment pour séparer les informations soumises au secret de celles qui ne le sont pas, exigence qui peut déjà être déduite du droit actuel.
3. Les mesures organisationnelles susmentionnées ne concernent pas l'entier des activités de l'avocat, mais celles qui sont limitativement énumérées dans la LTPM et la LBA. On doit relever que certaines d'entre elles sont des activités typiques, protégées par le secret professionnel. Cependant, dans la mesure où aucune transmission d'informations à des tiers ne doit intervenir en vertu des nouvelles dispositions, la protection du secret professionnel n'est pas affectée.
4. La bonne exécution de ces obligations peut cependant faire l'objet d'un contrôle. Dans ce contexte, la transmission d'informations confidentielles protégées par le secret professionnel pourrait intervenir, puisqu'un tiers serait chargé d'examiner les dossiers de l'avocat concerné. Le risque qui pourrait en découler est cependant maîtrisé du fait que le contrôle sera confié à des organismes d'autorégulation (OAR), en application de l'art. 18a LBA. Cette disposition préserve expressément le secret de l'avocat auquel seront soumis les contrôleurs, eux-mêmes titulaires d'un brevet d'avocat.
5. L'obligation de communiquer de l'art. 9 al. 2 LBA n'a pas été modifiée sur le fond, puisqu'elle est toujours limitée aux seules activités d'intermédiation financière des avocats. Cette disposition a toutefois été remaniée et bénéficie maintenant d'une rédaction qui règle plus clairement et précisément la portée du secret professionnel de l'avocat en la matière.
6. La Cour européenne des droits de l'homme a posé le principe que la lutte contre le blanchiment d'argent constitue un objectif important pour un Etat démocratique, de sorte qu'elle peut justifier des limitations de certains droits constitutionnels, si ces dernières sont proportionnées. A cet égard, les mesures envisagées dans le projet LTPM ne contiennent pas des atteintes à des droits fondamentaux, tel le secret professionnel de l'avocat, qui contreviendraient à ce principe.
7. De plus, les mesures prises pour la préservation du secret sont adéquates, puisque seules des personnes soumises au secret de l'avocat seraient amenées à contrôler des avocats. Les règles instaurées dans la LTPM et dans les nouvelles dispositions de la LBA sont ainsi conformes au droit conventionnel (CEDH) et au droit constitutionnel suisse, tout en étant

en harmonie avec la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de secret professionnel, rendue en application de l'art. 321 CP et de l'art. 13 LLCA.

* * *

II. Mission

Par mandat du 17 octobre 2023, le Département fédéral des finances a confié au soussigné le mandat d'établir un avis de droit avec la mission suivante :

- *Rechtliche Prüfung des Vorentwurfs zur Änderung des Geldwäschereigesetzes und des Anwaltsgesetzes unter dem Gesichtspunkt des Anwaltsrechts und insbesondere des Schutzes des Berufsgeheimnisses.*
- *Erstellung eines Rechtsgutachtens, das zur Veröffentlichung vorgesehen ist, auf Grundlage der Fragen, die vom SIF formuliert werden.*

Ce mandat a été étendu à l'examen du projet tel que modifié à la suite de la consultation (30 août – 30 novembre 2023) et porte sur la compatibilité de la révision proposée de la LBA avec les règles de la profession d'avocat, en particulier le secret professionnel de l'avocat.

Le présent avis de droit se limite aux seules questions posées dans la mission telle que rappelée ci-dessus. Il ne se prononce pas sur l'utilité, l'opportunité, ni l'efficacité de la nouvelle réglementation proposée.

III. Les principes de base concernant le secret de l'avocat

A. Le secret de l'avocat dans le système juridique suisse

1. Les principes constitutionnels et conventionnels

Le secret professionnel est considéré comme l'un des fondements de la profession d'avocat et d'un État de droit¹. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a relevé, le secret est susceptible de compliquer la recherche de la vérité, mais il s'agit cependant d'un inconvénient qui doit être accepté dans un État de droit². Tout en mettant régulièrement en évidence le rôle particulier de l'avocat par rapport à la justice et la protection de cette dernière par l'institution du secret³, il n'en relève pas moins que le secret professionnel sert aussi bien les intérêts du client de l'avocat que ceux de la justice⁴. Il retient ainsi une conception mixte par laquelle il considère que l'institution du secret professionnel protège tant des intérêts privés que l'intérêt public⁵.

S'il n'est pas expressément protégé par le droit constitutionnel, le secret de l'avocat n'en est pas moins une institution essentielle de l'ordre juridique suisse, consacrée indirectement par plusieurs dispositions de la Constitution fédérale⁶, particulièrement celles visant la sphère

¹ Le secret professionnel est le « *Markenzeichen* » de la profession, Komm. BGFA-NATER/ZINDEL, art. 13 N 1 ; le « *Baustein des formellen und materiellen Rechtsstaates* », SCHLUEP, p. 63 ; « *one of the most fundamental obligations that a lawyer has towards a client* », KNAKE JEFFERSON RENEE et alii, p. 233.

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

³ ATF 135 III 597, consid. 2c = SJ 2010 I 145.

⁴ ATF 117 Ia 341, consid. 6a.

⁵ CHAPPUIS/GURTNER, N 669.

⁶ RS 101. Komm. BGFA-NATER/ZINDEL, art. 13 N 8.

privée et le secret de la correspondance (art. 13 Cst.)⁷. Le droit conventionnel protège également le secret professionnel, lorsqu'il assure le respect de la vie privée (art. 8 CEDH)⁸.

L'État garde cependant la possibilité de restreindre les droits fondamentaux, pour autant que les conditions de l'art. 36 Cst. soient réunies : une restriction doit être fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et proportionnée au but visé.

À cet égard, la CourEDH a posé le principe que, pour revêtir un caractère nécessaire dans une société démocratique (cf. art. 8 § 2 CEDH), une ingérence doit se fonder sur un besoin social impérieux et notamment demeurer proportionnée au but légitime recherché⁹.

Dans le contexte du présent avis, il est important de relever que ce principe a été rappelé par la CourEDH dans un arrêt précisément consacré aux règles relatives au blanchiment régissant certaines activités des avocats, en particulier en ce qui concerne le devoir de communication¹⁰ :

« [c]ertes, comme indiqué précédemment, le secret professionnel des avocats a une grande importance tant pour l'avocat et son client que pour le bon fonctionnement de la justice. Il s'agit à n'en pas douter de l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique. Il n'est cependant pas intangible, et la Cour a déjà eu l'occasion de juger qu'il peut notamment devoir s'effacer devant le droit à la liberté d'expression de l'avocat (Mor c. France, no 28198/09, 15 décembre 2011). Il convient en outre de mettre son importance en balance avec celle que revêt pour les Etats membres la lutte contre le blanchiment de capitaux issus d'activités illicites, susceptible de servir à financer des activités criminelles notamment dans le domaine du trafic de stupéfiants ou du terrorisme international (Grifhorst c. France, no 28336/02, § 93, 26 février 2009). La Cour observe à cet égard que les directives européennes qui constituent le fondement de l'obligation de déclaration de soupçon que le requérant met en cause s'inscrivent dans un ensemble d'instruments internationaux dont l'objectif commun est la prévention d'activités constitutives d'une grave menace pour la démocratie (voir notamment les recommandations du GAFI et la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme [renvoi omis]) »¹¹.

Autrement dit, la lutte contre le blanchiment d'argent est une cause suffisamment importante dans le fonctionnement de l'Etat, pour que ce dernier puisse envisager des restrictions au secret de l'avocat, si elles se révèlent indispensables pour atteindre le but visé. Encore faut-il que l'ampleur de ces restrictions soit mise en balance, de façon proportionnée, avec l'importance de la lutte entreprise contre le blanchiment.

⁷ ATF 117 Ia 341, consid. 4 ; TF, 1P.32/2005, consid. 3.3 ; TF, 2P.313/1999, consid. 2a ; Petit Comm. Cst.-MAHON, art 13 N 13 ; BOHNET/MARTENET, N 1700.

⁸ RS 0.101. TF, 2P.313/1999, consid. 2a.

⁹ CourEDH, Schönenberger Edmund, Durmaz Mehmet c. Suisse, arrêt no. 4/1987/127/178, 20 juin 1988, consid. 27.

¹⁰ CourEDH, Michaud c. France, arrêt no. 12323/11, 6 décembre 2012, consid. 120. Pour un commentaire de cet arrêt, CHAPPUIS, Forumpoenale, passim.

¹¹ CourEDH, Michaud c. France, arrêt no. 12323/11, 6 décembre 2012, consid. 123.

2. L'art. 321 CP

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats ; LLCA)¹², le 1^{er} juin 2002, la profession d'avocat ne faisait pas l'objet d'une réglementation fédérale, de sorte que le droit fédéral n'instituait pas lui-même un secret pour les avocats.

En revanche, dès l'entrée en vigueur du CP¹³, le 1^{er} janvier 1942, l'art. 321 CP a réprimé la violation intentionnelle du secret au bénéfice duquel se trouvaient les professions exhaustivement énumérées par cette disposition, au nombre desquelles les avocats.

Depuis ce moment, le droit fédéral a donc réprimé la violation d'un secret qu'il n'instituait pas lui-même. La plupart des cantons avaient cependant édicté des lois sur les avocats instituant un tel secret, lequel découlait également de la déontologie professionnelle¹⁴. Les avocats soumis à ces lois cantonales enfreignaient donc l'art. 321 CP, s'ils violaient leur secret.

a) Le principe

L'art. 321 CP dispose que les professionnels énumérés qui révèlent un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci sont punissables. Ainsi que le texte de l'art. 321 CP l'énonce, une révélation ne peut être faite qu'avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'autorise par écrit.

La punissabilité, en vertu de l'art. 321 CP, d'une violation du secret n'avait cependant aucune incidence sur l'opposabilité du secret face aux autorités, question qui ne relève pas de la loi pénale, mais des dispositions de procédure. Or, avant l'entrée en vigueur du CPC¹⁵ et celle du CPP¹⁶, aucune loi fédérale ne réglementait les conséquences procédurales du secret. Autrement dit, la question de savoir si un avocat pouvait opposer son secret aux autorités – judiciaires, pénales ou administratives – n'était pas réglée au niveau fédéral¹⁷. Elle relevait du droit de procédure cantonal et de la jurisprudence fondée sur les règles constitutionnelles¹⁸.

b) La réserve de l'art. 321 ch. 3 CP

L'art. 321 ch. 3 CP institue une réserve importante au principe du secret, puisqu'il dispose que « *demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice* ».

C'est sur cette base que les législateurs cantonaux, puis le législateur fédéral, ont pu instituer divers droits ou obligations faites aux professionnels visés par l'art. 321 CP de témoigner ou de renseigner les autorités, que ce soit en matière de procédure civile, pénale, administrative ou en droit de fond (p. ex. la protection de l'adulte réglée aux art. 360 ss CC et à l'art. 397a CO).

¹² RS 935.61.

¹³ RS 311.0.

¹⁴ CORBOZ, p. 77 ss ; CHAPPUIS, Evolution, p. 449 ss.

¹⁵ RS 272.

¹⁶ RS 312.0.

¹⁷ CORBOZ, p. 77 ss.

¹⁸ P. ex. ATF 117 Ia 341.

En matière de procédure civile, ce sont les art. 160, 163 al. 1 let. b et 166 al. 1 let. b CPC qui traitent de la question, alors qu'en procédure pénale, ce sont les art. 171 et 264 CPP qui fixent les règles en la matière (*infra* III.A.4.).

3. L'art. 13 LLCA

L'entrée en vigueur de la LLCA a provoqué un substantiel changement concernant les fondements du secret de l'avocat. Alors qu'aucune disposition n'était prévue sur ce point dans le projet de la LLCA tel qui fut initialement soumis au parlement, ce dernier ajouta un article – l'art. 13 – instituant un tel secret et en décrivant les limites. Le fondement fédéral du secret se lit donc désormais comme suit (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. Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés ».

A rigueur de texte, l'art. 13 LLCA s'applique « aux titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse », ainsi que l'énonce l'art. 2 al. 1 LLCA qui circonscrit le champ d'application personnel de la loi. De fait, le champ d'application de la loi est variable. Selon la jurisprudence, les règles professionnelles de l'art. 12 LLCA couvrent l'ensemble des activités de l'avocat, alors que l'art. 13 LLCA s'étend quant à lui à toutes les activités typiques de l'avocat (pratique judiciaire et conseil juridique ; sur la notion d'activité typique, *infra* III.B.2) qu'elles relèvent d'un monopole ou non¹⁹. Pour être soumis à l'art. 13 LLCA, l'avocat doit être inscrit au registre cantonal (art. 5 LLCA)²⁰.

Concernant le champ d'application de l'art. 13 LLCA, on doit relever qu'il s'applique tant aux avocats suisses qu'aux avocats UE/AELE, en vertu des sections 4, 5 et 6 LLCA, destinées à régir le statut des avocats ressortissants de l'une ou l'autre de ces union et association. Ces avocats jouissent des mêmes droits que ceux des avocats titulaires d'un brevet suisse et inscrits à un registre cantonal²¹. Ainsi, lorsque la loi mentionne un avocat « autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la loi du 23 juin 2000 sur les avocats » (par ex. l'art. 264 al. 1 let. d CPP), elle englobe tant les avocats titulaires d'un brevet suisse et inscrits au registre que les avocats UE/AELE. C'est donc dire que les avocats ressortissants UE/AELE disposent d'un secret égal à celui dont bénéficient les avocats suisses, alors que tel n'est pas le cas des avocats d'autres pays²².

Le secret professionnel de l'avocat est souvent décrit comme absolu, du fait que, même délié de son secret, l'avocat reste libre de procéder ou non à la révélation des faits couverts par ce secret²³. Cette formule est excessive en ce qu'elle pourrait conduire à penser qu'un fait couvert par le secret ne pourrait ou ne devrait jamais être révélé. Il existe pourtant des circonstances où l'avocat a soit la possibilité soit l'obligation de révéler des faits confidentiels. Cela dit, il y a lieu d'observer que, si l'art. 13 LLCA institue le secret de l'avocat, l'obligeant à un strict devoir de confidentialité, il ne traite pas de la question de son opposabilité aux autorités, pas plus

¹⁹ ATF 143 IV 462, consid. 2.2 ; TF, 1B_380/2012, consid. 3.1 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 697 ; Komm. BGFA-NATER, art. 2 N 8 ; Komm. BGFA-NATER/ZINDEL, art. 13 N 26.

²⁰ CR LLCA-CHAPPUIS/MAURER, art. 13 N 12.

²¹ CHAPPUIS/GURTNER, N 43 ss et N 701 ss.

²² CHAPPUIS, Crimen, p. 1 in fine et 2.

²³ ATF 136 III 296, consid. 3.3.

que l'art. 321 CP ne le fait (*supra* III.A.2). En effet, la deuxième phrase de l'art. 13 al. 1 LLCA, permettant à l'avocat de ne pas divulguer des faits, même délié du secret, n'a pas en lui-même une portée procédurale.

Ce mode de faire s'explique par le fait que la LLCA – initialement prévue pour permettre la libre circulation des avocats en Suisse en vue de l'entrée de la Suisse dans l'EEE, entrée finalement refusée par le peuple – ne fait que réglementer la profession et instituer les devoirs fondamentaux auxquelles cette dernière est soumise (diligence, indépendance, interdiction des conflits d'intérêts, etc.). Les questions ayant trait à la collaboration des avocats avec les autorités – devoir de collaborer ou droit de refus – relevaient du droit de procédure entrant encore pour l'essentiel dans la compétence des cantons au moment de la promulgation de la LLCA.

4. Les codes de procédure fédéraux

Les entrées en vigueur simultanées, le 1^{er} janvier 2011, du CPC et du CPP ont marqué une étape essentielle dans la prise en compte, de manière unifiée au plan national, du secret professionnel de l'avocat en procédure civile et en procédure pénale.

Se fondant largement sur l'idée exprimée à la deuxième phrase de l'art. 13 al. 1 LLCA, le législateur fédéral a accordé une place particulière au secret de l'avocat. Contrairement à ce qui est prévu pour d'autres professions (médecins, notaires, ecclésiastiques, etc.), l'avocat dispose d'une faculté presque absolue d'opposer son secret à une demande de témoignage ou de production de pièces couvertes par le secret.

Cette approche a été confirmée lors des débats tenus dans le contexte de l'adoption, le 28 septembre 2012, de la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats²⁴. Cette loi était apparue nécessaire, d'une part, parce que l'harmonisation des différentes règles procédurales concernant le secret professionnel avait été oubliée durant les débats parlementaires consacrés aux nouveaux codes de procédure et, d'autre part, parce que la question de la procédure administrative et celle de la procédure pénale administrative n'y avaient pas été abordées²⁵.

Il y a maintenant une cohérence complète dans la façon de protéger le secret de l'avocat en matière procédurale. Cependant, si la protection du secret est assurée dans tous les cas en matière de procédure civile, il n'en va pas de même en procédure pénale, puisque l'avocat ne peut pas invoquer son secret s'il est lui-même prévenu dans la même affaire, ce que l'art. 264 al. 1 let. c et d CPP précise expressément²⁶.

En matière pénale, le CPP contient deux normes principales concernant la protection du secret :

- l'art. 171, intitulé « *droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel* ». L'al. 4 de cette disposition réserve expressément la LLCA dont l'art. 13 al. 1 dispose que, même délié du secret, l'avocat n'est pas obligé de témoigner. Il lui revient donc en dernier ressort de choisir s'il veut témoigner. L'avocat est le seul professionnel qui dispose du droit absolu

²⁴ RO 2013 847.

²⁵ CAJ CN.

²⁶ TF, 1B_303/2013, consid. 6.

de refuser de témoigner et représente ainsi le « *dernier refuge de la personne* »²⁷.

- L’art. 264, intitulé « *restrictions* », ce par quoi il faut comprendre les restrictions apportées au droit de l’autorité de procéder à un séquestre d’objets ou de valeurs²⁸. Le secret professionnel de l’avocat est pleinement protégé par les restrictions faites au droit des autorités pénales de pratiquer des séquestres, notamment de documents et de moyens de preuves couverts par ce secret. Où qu’ils se trouvent et quel que soit le moment auquel ils ont été établis, ne peuvent être séquestrés ni la correspondance entre un prévenu et son défenseur ni les documents et correspondances qui proviennent d’une relation d’affaires établie par le prévenu avec une personne ayant le droit de refuser de témoigner au sens des art. 170 à 173 CPP. *A contrario*, l’autorité pénale peut saisir ou obtenir des renseignements d’un avocat, lorsque ce dernier n’a pas exercé une activité typique ou qu’il est lui-même prévenu dans la même affaire.

B. La jurisprudence du Tribunal fédéral

1. Le droit jurisprudentiel sur le refus de collaborer avec l’autorité

Avant même que le droit fédéral réglât la question, le Tribunal fédéral avait reconnu depuis des décennies le principe du droit de l’avocat d’opposer son secret aux autorités, en se fondant soit sur les principes résultant de l’art. 321 CP, soit sur les lois cantonales dont il revoyait l’application, soit encore sur les principes constitutionnels et conventionnels rappelés ci-dessus (*supra* III.A.1.).

Cela dit, le Tribunal fédéral n’a pas reconnu cet effet au secret professionnel de l’avocat sans poser des conditions précises au droit de refus de collaborer de l’avocat. Ainsi, l’avocat suspecté de la commission d’une infraction et contre lequel une procédure est ouverte ne peut opposer son secret, pas plus que l’avocat qui abuse de son droit ne peut le faire²⁹. En d’autres termes, l’institution du secret ne doit pas être détournée de ses fins légitimes pour servir des buts qui lui sont étrangers.

À ce principe de base, s’ajoute la distinction fondamentale que le Tribunal fédéral a établie entre les activités typiques de l’avocat et les atypiques. Alors que les premières sont couvertes par le secret, les secondes ne le sont pas. Il y a donc lieu d’examiner ces deux notions.

2. La notion d’activités typiques et atypiques

Les activités typiques englobent deux domaines différents : les activités judiciaires et le conseil. Les premières sont emblématiques de la profession d’avocat, de sorte que la question n’a jamais fait l’objet de véritable contestation.

Pour ce qui est de l’activité de conseil, il faut relever qu’il ne s’agit pas d’une activité qui entre dans l’un ou l’autre des monopoles au bénéfice desquels l’avocat se trouve³⁰. Il n’en reste pas moins que, de jurisprudence constante, le Tribunal fédéral n’a jamais remis en cause ce concept, considérant à raison que le conseil est consubstantiellement lié à la profession d’avocat. Il n’est pas nécessaire, pour que l’activité soit considérée comme typique, que

²⁷ Message CPC FF 2006 6928.

²⁸ Pour des cas d’application de ces dispositions concernant des avocats, cf. TF, 1B_167/2015 ; TF, 1B_350/2013 ; TF, 1B_303/2013 ; ATF 138 IV 225 = JdT 2014 IV 24.

²⁹ TF, 1P.32/2005, consid. 3.2 ; ATF 117 Ia 341, consid. 6c.

³⁰ Sur la question des monopoles de l’avocat et de leur portée, cf. CHAPPUIS/GURTNER, N 110-128.

l'avocat effectue des prestations qui impliquent des considérations juridiques ou procédurales. Si, dans le cadre d'une enquête dirigée contre l'un de ses clients, l'avocat se contente d'exposer à l'intention de l'administration les faits que son client lui a communiqués, il déploie incontestablement une activité typique, sans pour autant avoir à argumenter en droit de fond ou de procédure. Son activité est donc couverte par le secret³¹.

Pour ce qui est des activités atypiques, il s'agit de tout autre travail effectué par l'avocat qui n'entre pas dans les deux catégories qui viennent d'être examinées. Les plus fréquentes sont l'intermédiation financière, la gestion de sociétés, l'administration de sociétés, la gestion de fortune ou encore la promotion immobilière. Si les avocats peuvent les pratiquer sans contrevenir à la LLCA – pour autant que, ce faisant, ils respectent toutes ses règles, en particulier l'indépendance (art. 12 let. b LLCA) et l'interdiction des conflits d'intérêts (art. 12 let. c LLCA) –, ils travaillent sans la protection du secret professionnel qu'ils ne pourront donc pas invoquer. A cet égard, le Tribunal fédéral s'exprime comme suit :

« [n]icht vom Berufsgeheimnis geschützt ist nach der Praxis des Bundesgerichtes und der einschlägigen Lehre die sogenannte (akzessorische) anwaltliche "Geschäftstätigkeit". Diese umfasst insbesondere die Geschäftsführung bzw. Verwaltung einer Gesellschaft oder die Vermögensverwaltung. Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung ist, ob bei den fraglichen Dienstleistungen die kaufmännisch-operativen oder die anwaltsspezifischen Elemente objektiv überwiegen. »³²

3. Les activités mixtes

Dans le contexte d'un mandat, un avocat peut être amené à exercer aussi bien des activités typiques que des activités atypiques, ce qui a des conséquences importantes sur l'étendue du secret qui pourrait protéger le travail que l'avocat a exécuté.

Une telle situation se présente notamment lorsque, avant d'accomplir une activité atypique pour le compte d'un client – par exemple la gestion d'une société ou la fonction de *trustee* – l'avocat analyse pour son client la situation de fait et le but poursuivi, pour lui présenter la solution la plus appropriée. Cela peut par exemple impliquer des recherches et des conseils en droit matrimonial, successoral ou fiscal. Le Tribunal fédéral a récemment jugé que le conseil juridique ayant pour objet l'utilisation de sociétés *offshore* est couvert par le secret professionnel, mais qu'il n'en va plus de même des démarches liées à la constitution proprement dite des sociétés ni des pièces y relatives qui ne sauraient bénéficier de la protection du secret professionnel de l'avocat, puisqu'il s'agit d'activités atypiques de la profession d'avocat³³.

Il ne faut pas confondre cette situation – l'avocat exécutant dans la même affaire un mandat typique et, successivement ou parallèlement, un mandat atypique – avec celle où l'avocat conduit un mandat typique auquel est liée une opération financière qui n'en est que l'accessoire. Cette opération financière est alors également couverte par le secret. Le Tribunal fédéral s'est exprimé à deux reprises sur ce point :

³¹ TF, 1B_380/2012, consid. 3.2.

³² TF, 1B_85/2016, consid. 4.2.

³³ TF, 1B_264/2018, consid. 2.2.

« Anders sieht es aus, wenn der Anwalt mit Zahlungen betraut wird, die in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen mit berufstypischen anwaltlichen Bemühungen (etwa Überweisungen für Prozesszwecke, Akontozahlungen für anwaltliche Dienstleistungen und Substitutionen oder Zahlungen im Zusammenhang mit anwaltlich geführten Vertrags- oder Vergleichsverhandlungen). Insofern lassen sich akzessorische Inkasso- und Zahlungsaufträge von den anwaltlichen Bemühungen nicht sachgerecht trennen. Andernfalls würde das Anwaltsgeheimnis unterlaufen »³⁴.

« Il en va différemment si l'avocat est crédité de montants qui se trouvent en relation immédiate avec son mandat traditionnel (comme c'est le cas pour les virements liés à une procédure, les acomptes sur honoraires et ceux en relation avec des discussions transactionnelles ou contractuelles) ; il faut alors que ces paiements soient indissociables de cette activité »³⁵.

C. Le secret de l'avocat face au blanchiment d'argent

1. L'intermédiation financière en tant qu'activité atypique

L'intermédiation financière est une activité atypique de l'avocat qui la pratique (sous réserve des opérations indissociablement liées à un mandat typique d'avocat (*supra* B.3 ; *infra* III.C.3)). Il en résulte que cette activité est soumise à la LBA (art. 2 al. 3 LBA)³⁶, y compris à l'obligation de communiquer les soupçons fondés au sens de l'art. 9 LBA³⁷.

2. L'obligation de communiquer les soupçons fondés

Sous réserve du régime juridique couvrant leurs activités typiques (art. 9 al. 2 LBA, *infra* III.C.3), les avocats ne sont pas dispensés de l'obligation de communiquer leurs soupçons fondés au MROS, lorsque ces derniers concernent une affaire atypique et, partant, n'entrant pas dans le champ d'application de l'art. 321 CP. Cette solution, en vigueur depuis l'entrée en vigueur de la LBA (1^{er} avril 1998), est conforme au droit constitutionnel suisse et au droit conventionnel³⁸.

Autrement dit, dès lors qu'il s'agit d'intermédiation financière, la communication est obligatoire et le secret inopérant, ce que le Tribunal fédéral a rappelé à réitérées reprises :

« [d]ie akzessorische Geschäftstätigkeit eines Anwaltes als Finanzintermediär fällt unter die geldwäschereigesetzliche Melde- und Anschlusspflicht (Art. 9 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 3 GwG; BGE 132 II 103 E. 2.2 S. 105 f.). Bei problematischen Misch- bzw. Globalmandaten, bei denen sich anwaltsspezifische Dienstleistungen und akzessorische Geschäftstätigkeit überschneiden, kann sich der Anwalt oder die Anwältin nach der bundesgerichtlichen Praxis nicht integral und umfassend auf das Berufsgeheimnis berufen. »³⁹

³⁴ TF, 1P.32/2005, consid. 3.4.

³⁵ TF, 4A_343/2019, consid. 3.2.2.

³⁶ RS 955.0.

³⁷ CR LBA-VILLARD, art. 9 N 152 et 155.

³⁸ Pour une présentation de la problématique de l'avocat face au blanchiment d'argent, cf. CHAPPUIS, *Forumepoenale*, passim.

³⁹ Voir parmi d'autres, TF, 1B_85/2016, consid. 4.2.

3. La protection du secret pour les activités typiques

Dans sa teneur actuelle, l'art. 9 al. 2 LBA dispose que « [l]es 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 ».

Dans le projet de loi examiné dans cet avis, cette disposition se lit comme suit :

« ² Celui qui agit en sa qualité d'avocat ou de notaire est seulement soumis à l'obligation de communiquer ses soupçons si les conditions suivantes sont réunies :

- a. il effectue une transaction financière au nom ou pour le compte d'un client;
- b. les informations dont il dispose ne sont pas protégées par le secret professionnel au sens de l'art. 321 CP. »

Cette mention à l'art. 321 CP implique un renvoi à la jurisprudence rendue en la matière selon laquelle seules les activités typiques sont soumises au secret professionnel (*supra* III.B.2.).

Dans ce contexte, il est important de rappeler que l'exécution d'activités typiques peut impliquer que l'avocat procède à des opérations financières qui leur sont liées. Si la transaction financière n'est que l'accessoire⁴⁰ du mandat d'avocat ou lui est indissociable⁴¹ (*supra* III.B.3), elle est alors également couverte par le secret et ne tombe pas sous le coup de l'art. 9 al. 1 LBA.

IV. Les mesures d'organisation interne de l'étude

A. La *compliance* et la détection des risques

Le projet de loi présentement analysé contient une disposition, l'art. 8d LBA, qui institue des mesures organisationnelles que doit prendre l'avocat (*infra* V.C.5). Il vaut donc la peine, avant de l'examiner, de rappeler quelles sont les mesures d'organisation qu'une étude doit aujourd'hui adopter selon la loi ou devrait adopter en vertu du principe de prudence.

Les études d'avocats, comme toute autre entreprise, doivent respecter un certain nombre de dispositions légales, soit qu'elles concernent directement leurs activités (comme la LLCA ou les lois de procédure), soit qu'elles aient trait au droit du travail pour leurs employés (CO⁴², LTr⁴³, LEg⁴⁴, LAVS⁴⁵, LPP⁴⁶, etc.), à leur comptabilité ou à leur fiscalité par exemple.

La gestion d'une étude actuelle implique donc la mise en place d'une organisation efficace permettant à l'avocat tant de respecter ces impératifs légaux et réglementaires que de prévenir les risques d'entreprise. Même si le terme est encore peu utilisé dans les études d'avocats, c'est donc un véritable système de *compliance* qui doit être mis en place, seul à même de permettre à l'avocat de ne pas s'impliquer dans des opérations pouvant conduire à

⁴⁰ TF, 1P.32/2005, consid. 3.4.

⁴¹ TF, 4A_343/2019, consid. 3.2.2.

⁴² RS 220.

⁴³ RS 821.11.

⁴⁴ RS 151.1

⁴⁵ RS 831.10.

⁴⁶ RS 831.40.

la mise en cause de sa responsabilité contractuelle, civile, disciplinaire ou, dans les cas les plus graves, pénale⁴⁷.

De manière générale, tout mandataire (avocat, banquier, médecin, etc.) est tenu de constituer un dossier propre au mandant (physique ou électronique) qui doit renfermer toute la documentation nécessaire à la conduite du mandat et à la reddition de compte due au client (art. 400 CO)⁴⁸, étant précisé que, pour certaines professions, l'obligation de tenir un dossier est expressément instituée par la loi administrative⁴⁹. L'étude de la jurisprudence montre à cet égard que les exigences en la matière vont croissant, notamment afin d'assurer que le mandataire soit en mesure d'exécuter correctement son devoir contractuel d'information et celui de reddition de compte.

Parmi les risques importants qui doivent être pris en considération dans cette détection des risques par l'avocat, on peut retenir dans le cadre de la présente consultation :

- la détection des conflits d'intérêts⁵⁰ ;
- les risques de blanchiment⁵¹.

Ces deux problématiques impliquent que l'avocat établisse de manière claire et documentée, l'identité de son client. A cet égard, il est utile de rappeler que la dernière version du CSD, promulguée le 9 juin 2023 par la FSA, dispose expressément en son art. 8 al. 2 que « *l'avocat-e vérifie avec le soin nécessaire l'identité de ses client-es et recueille les informations nécessaires afin de contrôler l'existence d'éventuels conflits d'intérêts* ».

En outre, il peut également être utile et hautement recommandable, selon les circonstances entourant l'affaire, que l'avocat détermine qui est l'ayant droit économique finalement intéressé par l'issue de l'affaire, en particulier s'il s'agit d'une société ou autre entité juridique, ainsi que l'arrière-plan et le but de l'opération dont il est chargé⁵². Cette exigence est en harmonie avec l'art. 8 al. 3 CSD selon lequel « *L'avocat-e établit avec ses client-es des relations clairement définies, en particulier sur le contenu et les objectifs du mandat* ».

A défaut d'agir de la sorte :

- L'avocat risque d'ignorer qu'il agit pour un client qui n'est autre que l'ayant droit économique d'un autre de ses clients ou d'une partie adverse. Cette situation est susceptible de faire naître à terme un conflit d'intérêts entre ces deux clients, voire avec une partie adverse. L'avocat doit en être conscient au moment où il accepte le mandat.
- L'avocat risque de s'engager dans une opération susceptible de constituer une opération de blanchiment. La connaissance précise du client, ainsi que celles de l'ayant droit économique, de la provenance des fonds, de la plausibilité de l'opération et de son but sont autant d'éléments qui permettront à l'avocat de se mettre à l'abri d'un tel risque⁵³.

⁴⁷ Pour une présentation générale de la question, CHAPPUIS/CHUFFART-FINSTERWALD, *passim*.

⁴⁸ ATF 141 III 363, consid. 5.1 = JdT 2015 II 428, pour ce qui concerne un médecin.

⁴⁹ Pour les médecins, cf. ATF 149 II 109, consid. 12.1.

⁵⁰ Sur la détection des conflits d'intérêts et les mesures organisationnelles à mettre en place pour les prévenir, cf. CHAPPUIS/GURTNER, N 1359 ss ; CHAPPUIS/CHUFFART-FINSTERWALD, p. 123.

⁵¹ CHAPPUIS/CHUFFART-FINSTERWALD, p. 126.

⁵² CHAPPUIS/CHUFFART-FINSTERWALD, p. 126.

⁵³ CHAPPUIS/CHUFFART-FINSTERWALD, p. 126.

- L’avocat peut enfin être exposé à participer à une opération tombant sous le coup d’une mesure de coercition ordonnée par le CF en vertu de la Loi fédérale sur l’application de sanctions internationales (Loi sur les embargos ; LEmb).

Même si l’avocat n’est pas expressément tenu par une disposition spécifique d’agir de la sorte, cela relève à tout le moins d’une gestion prudente de l’étude que de nombreux avocats pratiquent déjà actuellement.

B. La séparation des activités typiques et des atypiques

Comme relevé ci-dessus, nombre d’avocats exercent simultanément des activités typiques et atypiques dont on a vu qu’elles sont soumises à des régimes juridiques différents eu égard au secret professionnel (*supra* III.B.3). Cette situation a pour conséquence que l’avocat doit établir une stricte séparation entre les unes et les autres. Une saine gestion de l’étude implique que des dossiers distincts soient ouverts pour un même client et les documents classés en conséquence.

Des mesures organisationnelles doivent donc être prises au sein de l’étude⁵⁴. Cela est essentiel, car en cas de mélange, le risque est grand que, dans le contexte d’une enquête pénale, une autorité saisisse l’entier de la documentation, procédant ensuite à un tri en fonction du type d’activité que l’avocat a déployée pour les personnes concernées par l’enquête⁵⁵. Ce mélange met en péril le secret professionnel, puisqu’il risque de provoquer, dans un premier temps, la saisie de documents qui contiennent des informations couvertes par le secret.

Cette précaution est d’autant plus importante du fait que, si l’avocat n’y prend pas garde au moment de leur rédaction, certains documents, notamment des courriers, peuvent contenir à la fois des informations couvertes par le secret et d’autres qui ne le sont pas. Pour éviter cette difficulté, l’avocat veillera à une séparation rigoureuse entre les deux activités. En l’absence d’une telle séparation, l’avocat requis de fournir des documents à des autorités, prendra toutes les mesures utiles (caviardage notamment) pour empêcher la divulgation de faits couverts par le secret⁵⁶.

Cette problématique s’est posée en des termes particulièrement complexes à l’occasion d’une affaire dans laquelle une étude d’avocats avait conseillé une banque confrontée à un cas de blanchiment, tout en l’aidant également à établir la documentation à laquelle cette dernière était tenue aux termes de l’art. 7 LBA (« *Obligation d’établir et de conserver des documents* »). Le Tribunal fédéral a d’emblée reconnu que les conseils juridiques donnés étaient couverts par le secret, même s’ils concernaient une affaire de blanchiment :

« [d]ie anwaltliche Rechtsberatung, auch zu juristischen Fragen der Geldwäscherei-Compliance, ist vom Anwaltsgeheimnis grundsätzlich geschützt »⁵⁷.

⁵⁴ CHAPPUIS, Enquête interne, p. 40 ss.

⁵⁵ Pour un exemple d’un tel tri, cf. TF, 8G.9/2004 concernant une procédure pour des infractions fiscales, conduite selon les règles du droit pénal administratif.

⁵⁶ ATF 114 III 105, consid. 3d = JdT 1990 II 98.

⁵⁷ TF, 1B_85/2016, consid. 6.1.

En revanche, il a retenu qu'il n'en allait pas de même de l'activité ayant consisté à aider la banque à établir la documentation prévue à l'art. 7 al. 1 LBA. Cette dernière consiste en tous les documents relatifs aux opérations effectuées, ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la LBA. Cette documentation doit permettre à des tiers experts de se faire une idée objective sur les opérations et les relations d'affaires, ainsi que sur le respect des dispositions de la LBA. Il doit en outre être précisé que l'intermédiaire financier soumis à la LBA doit conserver ces documents de manière à pouvoir satisfaire, dans un délai raisonnable, aux éventuelles demandes d'informations ou de séquestre présentées par les autorités de poursuite pénale (al. 2). Cela signifie que cette documentation est notamment destinée de par la loi à être produite en mains des autorités pénales.

Dans ces conditions, le Tribunal fédéral a considéré qu'il était inconcevable qu'une telle documentation puisse être protégée par le secret professionnel de l'avocat. L'activité de l'étude, protégée par le secret en tant qu'elle avait consisté dans un premier temps à fournir des conseils juridiques, ne l'était plus pour cette deuxième partie du mandat.

L'analyse que l'on peut faire de cette décision consiste à mettre en évidence l'importance fondamentale que revêt la stricte séparation par l'avocat des activités typiques des autres. Comme mentionné ci-dessus, cela implique la tenue de dossiers différents, voire même la constitution d'équipes séparées, de façon que les rôles des intervenants soient clairement définis en fonction de leur mission et que leur production puisse ainsi être soumise, sans contestation possible, au régime juridique qui lui est propre. L'étude qui accepte un tel mandat doit être consciente de cette problématique et prendre des mesures adéquates pour que les informations couvertes par le secret restent isolées des autres⁵⁸.

Dans un arrêt subséquent à celui auquel il vient d'être fait référence, le Tribunal fédéral a expressément repris cette analyse :

« [i]l n'est toutefois nullement contestable que lorsque l'avocat se substitue à la banque ou assiste cette dernière dans l'exécution de tâches qui lui incombent de par la réglementation anti-blanchiment, le secret professionnel n'est pas applicable. La difficulté provient du fait qu'il est difficile, au sein d'un même mandat, de distinguer clairement les deux types d'activité. Lorsque l'avocat effectue un mandat mixte, comprenant aussi bien des conseils juridiques que des tâches de contrôle et d'audit en lien avec le respect des obligations anti-blanchiment, il lui appartient de prendre les mesures nécessaires pour permettre de distinguer ses activités typiques des autres. Cela peut impliquer la tenue de dossiers différents, voire même la constitution d'équipes séparées, de façon que les rôles des intervenants soient clairement définis en fonction de leurs missions respectives et que leur production puisse ainsi être soumise, sans contestation possible, au régime juridique qui lui est propre. L'étude d'avocat qui accepte un tel mandat mixte doit être consciente de cette problématique et prendre les mesures adéquates pour que les informations couvertes par le secret restent isolées des autres (CHAPPUIS, op. cit. in Anwaltsrecht/Droit de l'avocat 1/2017 p. 40 ss, 44-45). En particulier, le client et son avocat doivent mettre sur pied un mode de travail et de communication respectant strictement cette séparation, de sorte que les mémos, e-mails, rapports d'entretiens et tous autres documents ne concernent que l'une des catégories, sans comporter aucun mélange (CHAPPUIS, Les conflits d'intérêts et le secret professionnel de l'avocat, La jurisprudence récente, in Bernasconi/Passucci (éd.) Professione Avvocato, 2021, p. 21

⁵⁸ CHAPPUIS, Enquête interne, p. 45.

ss, 29); la documentation concernant les obligations découlant de la LBA devrait être conservée parallèlement afin de pouvoir être mise à disposition de l'autorité (RAEDLER/CHAPPUIS, op. cit., p. 302). En outre, en présence d'un document qui pourrait apparemment relever des deux types d'activité de l'avocat, il appartient à la banque d'apporter des éclaircissements nécessaires afin de démontrer l'existence d'un secret protégé »⁵⁹.

D'une manière générale, le Tribunal fédéral exige une organisation rigoureuse qui permet de distinguer clairement les différentes activités de l'avocat, lorsqu'elles sont susceptibles d'être soumises à des régimes juridiques différents.

A cet égard, il est intéressant de citer un arrêt rendu par le Tribunal fédéral dans l'affaire d'un avocat qui exploitait tant une étude d'avocats qu'une société (X. Sàrl) fournissant des services notamment en matière d'exécution testamentaire⁶⁰. Il a estimé que les activités de l'avocat A. et de la société X. Sàrl ne pouvaient pas être suffisamment distinguées l'une de l'autre⁶¹. X. Sàrl offrait des services qui correspondaient à des activités typiques de l'avocat. Les services proposés par la société X. Sàrl comprenaient des activités qui imposaient à un avocat inscrit de respecter les règles professionnelles prévues par la LLCA. En tant que gérant de la société X. Sàrl, l'avocat A. avait un devoir de fidélité envers la société X. Sàrl (art. 812 al. 1 et 2 CO), même s'il n'en était ni son employé ni son mandataire, comme il le prétendait. La société X. Sàrl était active dans les mêmes domaines d'activité que l'avocat gérant qui la contrôlait, situation qui soulevait la question de l'apparence d'indépendance⁶². Or l'avocat A. n'avait pris aucune mesure spatiale ou organisationnelle pour délimiter ses activités d'avocat indépendant de celles qu'il exerçait en tant qu'organe de la société X. Sàrl. Au contraire, le siège de la société X. Sàrl était situé dans les locaux de l'avocat A.

Au terme de cette analyse, on constate donc que, indépendamment du projet présentement discuté, les avocats qui souhaitent pratiquer des activités autres que les strictes activités typiques ou le faire dans le cadre de plusieurs structures différentes doivent déjà à l'heure actuelle mettre en place des mesures organisationnelles propres à éviter tout mélange d'activités soumises à des régimes juridiques différents.

C. Les activités atypiques soumises à des réglementations légales

On doit enfin relever que certaines activités atypiques font en elles-mêmes l'objet d'une réglementation légale qui oblige l'avocat qui les pratique à adopter certaines mesures d'organisation.

Les avocats pratiquant l'intermédiation financière (art. 2 al. 3 LBA) sont soumis aux obligations des art. 3 à 8 LBA, notamment celle de formation et de contrôle du personnel ainsi que, de manière générale, celle de la prise des mesures organisationnelles nécessaires pour empêcher le blanchiment (art. 8 LBA). Ils doivent en outre être affiliés à un OAR (art. 14 LBA).

L'avocat qui exerce une activité de gestion de fortune, d'administration de sociétés de domicile ou de *trustee*, peut être soumis à la réglementation de la LSF⁶³, en particulier lorsqu'il est au

⁵⁹ TF, 1B_509/2022, consid. 3.1.4.

⁶⁰ TF, 2C_560/2015. Pour un commentaire de cet arrêt : CHAPPUIS, Sociétés d'avocats, p. 183 ss.

⁶¹ TF, 2C_560/2015, consid. 3.2.

⁶² TF, 2C_560/2015, consid. 3.2, citant BOHNET/MARTENET, N 1351 ss.

⁶³ RS 950.1.

bénéfice d'une procuration sur les comptes de son client⁶⁴. On se souviendra qu'entrent notamment dans les « services financiers » soumis à la LSFIn (art. 2 al. 1 LSFIn) la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers (art. 3 let. c ch. 2 LSFIn), ainsi que l'émission de recommandations personnalisées concernant des opérations sur instruments financiers, c'est-à-dire une activité de conseil en placement (art. 3 let. c ch. 4 LSFIn).

Si certaines de ses activités entrent dans les définitions qui précèdent, l'avocat sera soumis, après avoir été autorisé par la FINMA (art. 5 al. 1 LEFin), à une surveillance prudentielle, pour autant que les seuils de professionnalité définis à l'art. 19 OEFin⁶⁵ soient atteints⁶⁶.

V. Le projet LTPM et son impact sur le secret de l'avocat

A. Les dispositions nouvelles concernant les avocats

Le projet de loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques (LTPM) n'est pas spécifiquement destiné à réguler les activités des avocats. Seules quelques-unes des dispositions nouvelles ont un impact sur certaines de ces activités.

L'analyse qui suit se limitera ainsi exclusivement, vu le cadre de la mission confiée (*supra* II), à celles qui sont susceptibles de remettre en cause la portée du secret professionnel de l'avocat.

B. Les dispositions de la LTPM

1. Art. 16 LTPM : annonce des rapports de fiducie à la société

L'art. 16 LTPM dispose que :

« ¹ Les administrateurs, les gérants, les actionnaires et les associés qui agissent à titre fiduciaire doivent annoncer à la société les informations suivantes au sujet des personnes pour le compte desquelles ils agissent :

- a. pour une personne physique, nom et prénom, date de naissance, nationalité, adresse et pays de résidence ;
- b. pour une personne morale, raison sociale et siège.

² S'ils agissent à titre d'intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 2 et 3, LBA ils sont uniquement tenus d'annoncer l'existence d'un rapport de fiducie. [...] »

L'art. 16 ne vise pas expressément les avocats. Ces derniers ne sont donc pas concernés par cette disposition, lorsqu'ils agissent dans une activité typique soumise au secret professionnel.

Ils ne le seront que s'ils revêtent la fonction d'intermédiaire financier, fonction qui les oblige déjà, parce que non soumise au secret professionnel, à un devoir de communication au MROS en cas de soupçons fondés de blanchiment (art. 9 LBA).

⁶⁴ DU PASQUIER/SAKKAL, p. 162.

⁶⁵ RS 954.11.

⁶⁶ CHAPPUIS/GURTNER, N 734.

Le régime actuel de l'étendue du secret professionnel de l'avocat n'est donc pas modifié par cette nouvelle disposition légale.

2. Art. 44 LTPM : devoir de renseigner des entités et des tiers concernés

L'art. 44 LTPM énonce un devoir de renseigner une autorité de contrôle instituée à l'art. 42 LTPM.

L'alinéa 2 de cette disposition étend ce devoir aux personnes étant en relation contractuelle avec les personnes au sujet desquelles des renseignements pourraient être requis :

« Les tiers qui ont une relation contractuelle avec l'entité contrôlée, ses actionnaires ou associés ou son ayant droit économique sont tenus de fournir des renseignements ou des pièces à l'autorité de contrôle ou aux tiers qu'elle a mandatés dans la mesure où ces renseignements ou ces pièces sont nécessaires pour vérifier l'identité de l'ayant droit économique et sa qualité d'ayant droit économique. L'art. 321 CP est réservé. »

Prima facie, cette formulation pourrait avoir pour conséquence qu'un avocat, engagé dans une relation contractuelle avec l'une des personnes (physiques ou morales) contrôlées en vertu de la LTPM, pourrait être contraint de fournir de renseignements sur son client et ses affaires, même dans l'hypothèse d'un mandat typique d'avocat, pourtant protégé par le secret professionnel⁶⁷. Cette solution, non seulement contreviendrait à la conception actuelle du secret de l'avocat (*supra* III.B., en particulier III.B.2.), mais ne serait pas en harmonie avec le reste du projet législatif présentement analysé, projet qui respecte la distinction entre les activités typiques et atypiques pour ce qui a trait au secret professionnel.

Ce risque est toutefois écarté par la phrase conclusive de cet alinéa qui réserve expressément l'art. 321 CP, soit le secret professionnel auquel l'avocat est tenu dans l'exercice d'activités typiques (sur cette notion, *supra* III.B.2). Or, ainsi qu'on le verra ci-dessous (*infra* V.C.3.b)), les activités typiques, même celles qui sont englobées dans les nouvelles dispositions de la LBA en ce qu'elles font l'objet d'un devoir de diligence particulier, restent pleinement protégées par le secret professionnel.

Il s'ensuit que l'introduction de l'art. 44 LTPM ne modifiera pas le régime du secret professionnel tel qu'en vigueur actuellement.

C. Les modifications de la LBA

1. Présentation générale des modifications de la LBA par rapport aux avocats

Le projet de LTPM est accompagné de plusieurs modifications et compléments apportés à la LBA.

Certaines de ces nouvelles dispositions concernent expressément les avocats ; elles entrent donc dans le champ d'analyse de la présente consultation, en ce qu'elles seraient susceptibles d'avoir un impact sur le secret professionnel.

⁶⁷ Le rapport explicatif mentionne, à titre d'exemple, la relation de mandat avec une société de conseil (cf. DFF, Rapport explicatif LTPM, p. 93).

2. Art. 2b Règles de coordination matérielles

Le projet de modification de la LBA contient un art. 2b nouveau qui dispose ce qui suit :

« ¹ Si, lors de la préparation ou de l'exécution d'une transaction, l'activité relève aussi bien de l'intermédiation financière que du conseil au sens des art. 2, al. 3^{bis} ou 3^{ter}, les dispositions relatives aux intermédiaires financiers sont applicables. »

Cette disposition est d'importance en ce qui concerne le secret de l'avocat, puisqu'elle implique une soumission de ce dernier aux règles de la LBA, qu'il agisse comme intermédiaire financier ou comme conseiller, alors que le régime actuel limite cette conséquence aux seules activités d'intermédiation financière.

L'extension du champ d'application de la LBA à d'autres activités des avocats pourrait être de nature à affaiblir le secret professionnel si elle conduisait à l'obligation de divulguer, en particulier à des autorités, des informations qu'il protège. Cette problématique n'est mentionnée ici qu'à titre introductif, puisque sa résolution ressortira des chapitres suivants, consacrés à l'analyse des nouvelles dispositions de la LBA.

3. Art. 2 al. 1, let. c, al. 3^{bis}, al. 3^{ter} et al. 4 LBA

a) Les activités concernées

Le nouvel art. 2 al. 1 let. c LBA énonce que la loi s'applique, non seulement aux intermédiaires financiers, mais également aux « *conseillers* ». Il s'agit donc d'une extension du champ d'application actuel de la LBA, en ce sens que cette dernière ne s'applique plus exclusivement aux personnes pratiquant l'intermédiation financière, mais également à ceux qui offrent des prestations de conseil en la matière. Le Message précise que, pour entrer dans le champ d'application de la disposition, le conseil doit avoir pour objet la préparation d'une des opérations visées, alors que tel ne serait pas le cas d'un conseil consistant en un simple avis juridique sur l'un des aspects d'une telle opération⁶⁸.

L'avocat, qui par la nature de sa fonction est un conseiller (*supra* III.B.2), devrait donc, *prima facie*, entrer dans le cadre de cette nouvelle catégorie légale. Cependant, l'extension du champ d'application de la loi est limitée par l'al. 3^{bis} qui dispose que :

« sont réputées conseillers les avocats, les notaires et les autres personnes qui, à titre professionnel, donnent des conseils en matière juridique ou comptable, lorsqu'elles assistent leur client dans la préparation ou la réalisation d'une opération concernant :

- a. la vente ou l'achat d'un immeuble;
- b. la création d'une société, d'une fondation ou d'un trust;
- c. la gestion ou l'administration d'une société, d'une fondation ou d'un trust;
- d. l'organisation des apports d'une société;
- e. la vente ou l'achat d'une société. »

Les avocats ne revêtent donc la qualité de conseillers au sens de la LBA que pour certaines de leurs activités qui seules sont soumises à la LBA. Ce n'est ainsi pas la profession d'avocat qui est soumise à la loi, mais certaines de ses activités, limitativement énumérées. Il n'en reste pas

⁶⁸ Message, p. 150.

moins que l'activité de conseil étant typique, la question du secret professionnel se pose. Elle sera examinée ci-après (*infra* V.C.3.b).

De plus, l'art. 2 LBA est complété d'un al. 3^{ter} qui énonce ce qui suit :

« Sont en outre réputées conseillers les personnes qui effectuent, à titre professionnel, les prestations de services suivantes pour leurs clients :

- a. créer une société, une fondation ou un trust ;*
- b. fournir une adresse ou des locaux destinés à servir de siège à une société, une fondation ou un trust ;*
- c. agir en qualité d'actionnaire pour le compte d'un tiers. »*

Même s'ils ne sont pas expressément mentionnés dans cette disposition qui ne mentionne que des « *personnes* », les avocats qui pratiqueraient l'une ou l'autre des activités qui y sont énumérées seront soumis à la LBA.

Cette inclusion des avocats dans cette deuxième catégorie n'est pas susceptible de limiter la portée de leur secret professionnel, puisqu'il s'agit d'activités atypiques que ce dernier ne protège pas.

Ce mode de faire est en harmonie avec la jurisprudence du Tribunal fédéral qui distingue clairement le conseil en matière de constitution de sociétés et la constitution elle-même. Alors que la première de ces activités est couverte par le secret, la seconde ne l'est pas (*supra* III.B.3)⁶⁹.

b) La question des activités typiques

Les activités énumérées à l'art. 2 al. 3^{bis} entre dans le cadre tracé par la R. 22 let. d des recommandations du GAFI de 2012⁷⁰. Cela dit, ce qui doit être relevé, c'est qu'elle ne vise pas exclusivement des activités atypiques de l'avocat, puisqu'elle englobe en effet des activités de conseil juridique, qu'il s'agisse d'une transaction ayant pour objet un immeuble, de l'organisation des apports d'une société ou de la création d'une société.

Il s'agit-là d'un élément qui retient l'attention puisque, comme exposé ci-dessus, les activités typiques sont protégées par le secret professionnel dans l'état actuel du droit suisse. Le chiffre 1 de la note interprétative de la R. 23 des recommandations du GAFI 2012 relève d'ailleurs expressément que « *[I]es avocats, les notaires, les membres des autres professions juridiques indépendantes et les comptables agissant en qualité de professionnels juridiques indépendants ne sont pas obligés de déclarer les opérations suspectes lorsque les informations concernées ont été obtenues dans des circonstances couvertes par le secret ou le privilège juridique professionnels* »⁷¹.

Il conviendra donc d'examiner ci-dessous les nouvelles obligations qui, en vertu des modifications apportées à la LBA, sont imposées à l'avocat pratiquant ces activités, pour

⁶⁹ TF, 1B_264/2018, consid. 2.2.

⁷⁰ Pour un bref résumé du cadre et des obligations, voir not. CR LBA-CHAPPUIS/BURGENER, art. 8a N 84 ss.

⁷¹ Recommandations du GAFI, Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, mise à jour mars 2022, p. 100.

déterminer si elles auraient pour conséquence un affaiblissement voire la suppression de la protection du secret professionnel, en ce qu'il ne couvrirait plus certaines activités typiques.

On doit déjà relever à ce stade que l'art. 2 al. 4 let. c LBA souligne que l'activité exercée par un conseiller dans le cadre de procédures judiciaires, pénales, administratives ou arbitrales n'est pas soumise à la LBA. Le secret professionnel attaché à de telles procédures, activités de base de l'avocat, est donc pleinement respecté. Cette exclusion devra également porter sur toutes les prestations accessoires liées à un mandat judiciaire, y compris le paiement des frais et émoluments au tribunal.

A cet égard, il faut souligner que cette non-applicabilité de la LBA aux activités judiciaires de l'avocat ne se limite pas à celles qui sont soumises au monopole de l'avocat⁷² ; les activités judiciaires au sens large sont aussi expressément exclues du champ d'application de la LBA, de sorte que la représentation des parties dans une procédure administrative ou arbitrale – activités qui n'entrent pas dans un monopole – est pleinement couverte par le secret professionnel⁷³. La protection large accordée à l'activité judiciaire de l'avocat n'est ainsi pas remise en cause.

4. Art. 8b LBA : obligations de diligence

L'art. 8b LBA fait obligation à l'avocat entrant dans le champ d'application de l'art. 2 LBA :

- de vérifier l'identité du client (al. 1 let. a, en lien avec l'art. 3 al. 1 LBA) ;
- d'identifier l'ayant droit économique (al. 1 let. b, en lien avec l'art. 4 al. 1 et 2 let. a et b LBA) ;
- d'établir et de conserver des documents (al. 1 let. c, en lien avec l'art. 7 LBA).

L'avocat doit en outre identifier l'objet et le but de l'opération souhaitée par le client (al. 2).

Enfin, il doit clarifier l'arrière-plan et le but d'une opération lorsque cette mesure est justifiée compte tenu des risques élevés présentés par l'opération ou par le client (al. 3).

Sous l'angle du secret professionnel, on doit retenir que les obligations d'identification du client et de l'ayant droit économique sont des procédures internes à l'étude de l'avocat et ne sont pas censées mener ce dernier à divulguer des informations à quiconque. Elles ne restreignent donc pas la portée du secret professionnel, même si elles visent indistinctement certaines activités typiques de l'avocat et ses activités atypiques. Elles s'inscrivent en outre dans la droite ligne des mesures de prudence et d'organisation que la gestion d'une étude implique, indépendamment des exigences nouvelles de la LBA (*supra* IV).

De la même manière, l'obligation d'établissement et de conservation de la documentation pertinente ne porte pas non plus atteinte en elle-même au secret professionnel, puisqu'elle reste interne à l'étude. Elle n'est pas non plus véritablement nouvelle pour les avocats qui conservent toujours leurs dossiers pendant plusieurs années, à tout le moins jusqu'à ce que le délai de prescription d'une action en reddition de compte ou en responsabilité soit atteint, délai de dix ans dont le *dies a quo* peut toutefois varier. La nouveauté réside en ce que cette obligation est maintenant de nature administrative et ne constitue plus seulement une règle

⁷² Sur la question des monopoles de l'avocat et de leur portée, cf. CHAPPUIS/GURTNER, N 110-128.

⁷³ Au stade de l'avant-projet : DFF, Rapport explicatif LTPM, p. 20 et 103 ss.

de comportement contractuelle que l'avocat prudent devrait adopter pour faire face à ses engagements résultant du contrat qui le lie à son client.

L'élément qui retient l'attention, en relation avec la problématique du secret professionnel analysée dans la présente consultation, réside dans le fait que les obligations de documentation résultant de l'art. 8b LBA doivent être mises en lien avec les alinéas 1, 1^{bis} et 2 de l'art. 7 LBA qui disposent que :

«¹ L'intermédiaire financier doit établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la présente loi de manière à ce que des tiers experts en la matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la présente loi.

^{1bis} Il vérifie périodiquement si les documents requis sont actuels et les met à jour si nécessaire. La périodicité, l'étendue et la méthode de vérification et de mise à jour sont fonction du risque que représente le cocontractant.

² Il conserve les documents de manière à pouvoir satisfaire, dans un délai raisonnable, aux éventuelles demandes d'informations ou de séquestre présentées par les autorités de poursuite pénale. »

Analysant cette disposition légale, la jurisprudence a relevé ceci :

« [c]ette disposition a pour fonction, comme elle le précise, de permettre le cas échéant de disposer d'éléments de preuve en matière de blanchiment et d'examiner le respect de la LBA par l'intermédiaire financier »⁷⁴ ;

« [e]n vertu de l'art. 7 LBA, [l'intermédiaire financier] devait documenter ses démarches et conserver les documents probants au dossier, ceci de manière à pouvoir démontrer, pièces à l'appui, qu'il a bien respecté la LBA »⁷⁵.

Deux éléments requièrent une analyse plus approfondie :

- premièrement, l'art. 7 al. 1 LBA fait mention de « tiers experts » qui pourraient être amenés, grâce à cette documentation, à vérifier de quelle façon l'assujetti a respecté les obligations découlant de l'art. 8b LBA ;
- secondement, la documentation réunie doit, en vertu de l'art. 7 al. 2 LBA, permettre à l'assujetti de satisfaire aux demandes d'information et au séquestre émanant des autorités pénales.

L'intervention de tiers experts qui ne seraient pas soumis au secret professionnel de l'avocat serait évidemment de nature à mettre en péril ce secret lorsqu'il s'applique, c'est-à-dire lorsque ce sont des activités typiques qui sont en question (activité de conseil en matière de vente immobilière, p. ex. ; *supra* V.C.3.a)).

⁷⁴ TF, 8G.9/2004, consid. 9.4.

⁷⁵ TPF CAP, SK.2013.36, consid. 3.3.4

Cette problématique trouve sa solution aux art. 18 et 18a LBA qui réservent aux seuls OAR – et non à une autorité étatique – la surveillance des avocats et des notaires. L’art. 18a al. 4 LBA mentionne en outre expressément que les avocats ou notaires chargés par l’OAR des contrôles sont eux-mêmes soumis au secret et ne peuvent transmettre à l’OAR des informations couvertes par ce dernier. La brèche qui aurait pu résulter de cette nouvelle disposition se trouve ainsi comblée par le système de surveillance mis en place (pour une présentation de ce système, cf. *infra* V.C.7).

La question de la remise de la documentation aux autorités pénales trouve, quant à elle, sa solution dans les règles de procédure pénale énoncées ci-dessus (*supra* III.A.4) : lorsqu’il est entendu comme témoin ou qu’il est destinataire d’une mesure de saisie, l’avocat peut toujours opposer son secret, sauf dans les cas où il aurait lui-même la qualité de prévenu dans la même affaire.

Le système général de la LBA est ainsi fondé sur la reconnaissance du secret professionnel de l’avocat pour ses activités typiques, les mesures de contrôle pour certaines de ces dernières s’effectuant en outre par le biais d’avocats chargés par l’OAR expressément soumis ce secret.

5. Art. 8d LBA : mesures organisationnelles

L’art. 8d LBA dispose ce qui suit :

« Les conseillers prennent dans leur domaine les mesures organisationnelles nécessaires pour empêcher le blanchiment d’argent et le financement du terrorisme, ainsi que la violation des mesures de coercition fondées sur la LEmb. Ils veillent notamment à ce que leur personnel reçoive une formation suffisante et à ce que des contrôles soient effectués. »

Il faut relever que l’organisation de l’étude et la formation du personnel sont des concepts déjà connus des avocats en matière de secret professionnel. En effet, l’art. 13 al. 2 LLCA dispose que l’avocat « *veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel* », ce qui implique une formation adéquate et, on l’a vu, une organisation rigoureuse dans la tenue des dossiers (notamment *supra* IV.B.).

Le devoir de formation imposé par l’art. 8d LBA s’étend donc à des domaines plus spécifiques, cela sans conséquence concernant la protection du secret professionnel. En effet, ces mesures organisationnelles, internes à l’étude de l’avocat, ne sont pas susceptibles de porter atteinte au secret professionnel, puisqu’elles n’impliquent aucune divulgation à des tiers.

6. Art. 9 al. 2 LBA : obligation de communiquer

L’art. 9 al. 2 LBA, dans sa nouvelle version, dispose que :

« ² Celui qui agit en sa qualité d’avocat ou de notaire est seulement soumis à l’obligation de communiquer ses soupçons si les conditions suivantes sont réunies :

- c. il effectue une transaction financière au nom ou pour le compte d’un client ;*
- d. les informations dont il dispose ne sont pas protégées par le secret professionnel au sens de l’art. 321 CP. »*

Cette nouvelle formulation maintient le système qui est déjà en vigueur, en ce sens que l'avocat agissant comme intermédiaire financier – donc hors du champ de ses activités typiques soumises au secret – est tenu de communiquer ses soupçons fondés au MROS.

Mais la teneur de la nouvelle disposition permet d'écartier tout doute quant à la question de savoir si les activités de conseil nouvellement incluses dans la LBA (*supra* V.C.3.a) et V.C.3.b)) seraient également soumises à une telle obligation, malgré le fait qu'il s'agit d'activités typiques. Tel n'est clairement pas le cas, puisqu'il doit s'agir d'une transaction financière (let. a) non soumise au secret (let. b). On comprend clairement que la condition de la let. a et celle de la let. b sont cumulatives. Ainsi, de manière générale, lorsqu'un avocat n'est pas impliqué dans des opérations financières, il n'a pas à se poser la question d'une communication au MROS, quel que soit le contenu de son mandat ou de son activité⁷⁶.

L'art. 9 LBA révisé soulève néanmoins une question d'interprétation. Une transaction financière effectuée au nom et pour le compte d'un client par un avocat n'a pas à faire l'objet d'une communication dans la mesure où elle est faite dans le contexte d'un mandat typique soumis au secret, solution en tout point conforme à la conception actuelle du secret de l'avocat et du système mis en place pour sa protection dans le contexte de la LBA.

Il convient de rappeler la jurisprudence du Tribunal fédéral sur ce point. Un simple mandat d'encaissement pour le compte d'un tiers ou le paiement effectué pour le compte d'un tiers ne constitue pas une activité typique de l'avocat, de sorte que ces activités ne sont pas soumises au secret professionnel. Il s'ensuit que, dans cette hypothèse où l'avocat est soumis au devoir de communication, l'autorité pénale est en droit d'exiger de l'avocat la production des moyens de preuve afférents à ces opérations si ces dernières font l'objet d'une investigation pénale⁷⁷.

Cependant, cette solution ne s'impose que si le mandat d'encaissement ou de paiement n'est pas indissociablement lié à une activité typique d'avocat. Dans ce dernier cas, la transaction financière n'est que l'accessoire⁷⁸ du mandat d'avocat ou lui est indissociable⁷⁹ (*supra* III.B.3) ; dès lors, elle est couverte par le secret. Il en va ainsi de l'avocat qui reçoit sur son compte le paiement d'une somme d'assurance en règlement d'un sinistre dont son client est la victime, qui effectue un paiement au conjoint de son client pour liquider le régime matrimonial ou qui verse le prix de vente d'un contrat qu'il a négocié d'un des actes qui entrent dans sa mission d'avocat. Partant, ces opérations financières sont couvertes par le secret.

7. Art. 18a LBA : respect du secret professionnel dans le contexte des contrôles LBA

Un article 18a LBA est introduit dans la loi, remplaçant les alinéas 3 et 4 de l'art. 18 LBA. Il est spécialement consacré au respect du secret professionnel de l'avocat. Sa teneur est la suivante :

«¹ Les organismes d'autorégulation doivent, en vue de garantir le respect du secret professionnel, faire effectuer les contrôles au sens de la présente loi (contrôles LBA) auprès des avocats et des notaires par des avocats et des notaires.

⁷⁶ Au stade de l'avant-projet : DFF, Rapport explicatif LTPM, p. 106 et 119.

⁷⁷ TF, 1P.32/2005, consid. 3.4.

⁷⁸ TF, 1P.32/2005, consid. 3.4.

⁷⁹ TF, 4A_343/2019, consid. 3.2.2.

² Les avocats et les notaires chargés des contrôles LBA doivent impérativement remplir les conditions suivantes :

- a. détenir le brevet d'avocat ou de notaire ;
- b. offrir toutes les garanties d'une activité de révision irréprochable ;
- c. justifier des connaissances requises en matière de législation sur le blanchiment d'argent ainsi que de l'expérience et de la formation continue adéquates ;
- d. justifier de leur indépendance à l'égard du membre faisant l'objet du contrôle.

³ Dans la mesure strictement nécessaire au contrôle, les avocats et notaires peuvent transmettre des informations soumises au secret professionnel aux avocats et notaires chargés des contrôles LBA.

⁴ Les avocats et notaires chargés des contrôles LBA sont soumis au secret professionnel lorsqu'ils contrôlent l'activité d'un avocat ou d'un notaire. Ils ne peuvent pas accéder aux informations couvertes par le secret professionnel ni les communiquer à l'organisme d'autorégulation ou à d'autres autorités, sauf dans la mesure strictement nécessaire à l'exécution des tâches prévues par la présente loi. »

Les avocats font partie des intermédiaires financiers visés par l'art. 2 al. 3 LBA dont la surveillance est confiée, dans le régime actuel de la LBA, à un OAR en vertu de l'art. 18 LBA, sous le contrôle de la FINMA. Le nouvel art. 18a LBA instituera un régime spécial pour les avocats, reprenant, mais étendant également, les conditions particulières qui leur étaient applicables aux termes des alinéas 3 et 4 de l'art. 18 LBA. Désormais, les personnes déléguées par l'OAR pour effectuer un contrôle devront non seulement être avocats, mais seront maintenant expressément soumises au secret professionnel dans le contexte de cette activité spécifique (art. 18a al. 4 LBA).

Cette rédaction nouvelle lève une incertitude que l'on aurait pu avoir sous le régime de l'art. 18 LBA actuel qui exige certes que le contrôleur soit titulaire d'un brevet d'avocat, sans toutefois que son inscription au registre cantonal des avocats soit requise. En outre, la loi actuelle ne précise pas expressément que l'activité de contrôle LBA entre dans le champ d'application de l'art. 321 CP protégeant le secret professionnel. L'application de cette dernière disposition aurait donc pu, à rigueur de texte, être discutée.

Cela dit, cette question aurait, en tout état de cause, trouvé sa solution dans le fait que les auxiliaires⁸⁰ de l'avocat sont eux-mêmes soumis au secret de l'avocat, tant en vertu de l'art. 321 CP que de l'art. 13 LLCA, ce que le texte de ces deux dispositions énonce expressément⁸¹. Si l'avocat choisit généralement ses auxiliaires de sa propre volonté (p. ex. un détective privé⁸²), la situation juridique n'est pas différente lorsque cet auxiliaire lui est imposé par la loi, comme le fait la LBA. Lorsqu'il exécute des prestations soumises à la LBA, l'avocat doit recourir aux services d'un contrôleur, lequel peut, ainsi qu'on va le voir, être amené à prendre connaissance d'informations couvertes par le secret. Partant, le contrôleur est un auxiliaire de l'avocat dans l'obligation de conservation du secret, avec les conséquences légales qui y sont attachées.

L'art. 18a LBA lève maintenant clairement cette éventuelle incertitude, puisque l'alinéa 4 déclare que l'activité de contrôle est en elle-même soumise au secret professionnel.

⁸⁰ Sur la notion d'auxiliaire, TF, 1B_447/2015, consid. 2.1.2 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 710 ss.

⁸¹ TF, 1B_447/2015.

⁸² TF, 1B_447/2015.

Reste cependant à examiner la portée de l'alinéa 3 :

« Dans la mesure strictement nécessaire au contrôle, les avocats et notaires peuvent transmettre des informations soumises au secret professionnel aux avocats et notaires chargés des contrôles LBA. »

et celle de la deuxième phrase de l'alinéa 4 :

« Ils ne peuvent pas accéder aux informations couvertes par le secret professionnel ni les communiquer à l'organisme d'autorégulation ou à d'autres autorités, sauf dans la mesure strictement nécessaire à l'exécution des tâches prévues par la présente loi. »

La transmission d'informations confidentielles par l'avocat assujetti à l'avocat contrôleur est ainsi expressément envisagée par le législateur.

De fait, cette nouveauté rédactionnelle ne constitue pas un véritable changement par rapport au droit actuel. En effet, il est inévitable que, dans l'accomplissement de sa tâche, le contrôleur prenne connaissance d'informations couvertes par le secret. On peut prendre les quelques exemples suivants.

- Le contrôleur doit notamment s'assurer que les affaires entrant dans son champ de contrôle ont été correctement classifiées par l'avocat. Cette tâche peut l'amener à consulter des dossiers classés comme étant hors du champ LBA, ne serait-ce que pour s'assurer de la justesse de cette conclusion.
- L'analyse du contrôleur doit être plus poussée, lorsqu'il s'agit du contrôle d'obligations de diligence particulières, notamment lorsque la relation d'affaires a été nouée avec une personne politiquement exposée (art. 6 al. 3 et 4 LBA), situation qui implique un devoir de diligence accru (clarification de l'arrière-plan et le but d'une opération, selon l'art. 8b LBA ; *supra* V.C.4).
- Dans les dossiers où des activités typiques prennent place aux côtés d'activités d'intermédiation financière, la distinction entre les unes des autres étant parfois délicate à établir. En conséquence, le contrôleur, vérifiant la séparation entre ces diverses activités, devra inévitablement examiner des informations couvertes par le secret pour forger son opinion quant au respect des règles de la LBA par l'avocat.

Autrement dit, dans l'accomplissement de son travail, le contrôleur prendra connaissance de certains éléments couverts par le secret. Cette situation n'est nullement nouvelle, preuve en est qu'elle a été relevée par le CF dès la promulgation de la LBA⁸³, puis mise en évidence par la doctrine⁸⁴.

Cette transmission d'informations soumises au secret à d'autres personnes, elles-mêmes soumises à ce secret, ne constitue pas, sur le plan de la technique juridique, une entorse à la protection du secret ; en effet, les informations concernées restent sous le contrôle de personnes soumises au secret. Cependant, on doit être conscient que plus grand est le nombre des personnes informées d'un secret, plus grand est le risque de divulgation ; c'est pourquoi il

⁸³ Message LBA 1996, FF III 1098.

⁸⁴ CR LBA-GRODECKI, art. 18 N 16.

conviendra que les contrôleurs et les OAR qui les ont délégués s'en tiennent de manière rigoureuse à la formule énoncée aussi bien à l'alinéa 3 qu'à l'alinéa 4 : « ... *dans la mesure strictement nécessaire* ... ».

A cet égard, il faut relever ce qui suit. Les nouveautés incluses dans le projet de modification de la LBA ont trait, on l'a vu, aux devoirs de diligence que l'avocat devra respecter et ne constituent pas une extension de son devoir de communication. Le contrôle ne devra donc pas aller au-delà de la vérification du respect de ces devoirs par l'avocat. Il s'ensuit que la communication du contrôleur à l'OAR d'éventuels manquements de l'avocat devra se limiter à la description de ces derniers (absence d'identification du client ou de l'ayant droit économique, absence de documentation adéquate, défaut d'organisation, etc.), sans que, généralement, des indications précises couvertes par le secret soient soumises à l'OAR. Si la transmission de documents devait se révéler nécessaire, le contrôleur devrait alors veiller à caviarder les informations couvertes par le secret.

Sur la base de ces manquements, l'OAR sera en mesure de prendre les sanctions appropriées conformément à ses statuts, allant de l'avertissement à l'exclusion, en passant par l'amende (cf. par exemple l'art. 46 des statuts de l'OAR FSA/FSN).

Autrement dit, une pratique des OAR conforme au système mis en place par les nouvelles dispositions de la LBA n'est ainsi pas susceptible d'affaiblir la protection du secret professionnel.

VI. Conclusion

Le projet législatif présentement analysé (LTPM, accompagné de modifications de la LBA) ne porte pas atteinte au secret professionnel de l'avocat.

La nouveauté essentielle du projet réside dans la promulgation d'obligations organisationnelles et de diligence imposées aux avocats, obligations relatives à certaines de leurs activités, dont des activités typiques. Il s'agit d'une modification substantielle sur le plan des principes, puisque ces activités ne sont régulées à l'heure actuelle que par les normes générales de la LLCA, loi administrative régissant la profession d'avocat. Il s'agit donc d'une extension de l'arsenal législatif destiné à lutter contre le blanchiment d'argent qui touche les avocats dans leurs activités typiques.

Dans la mesure où cette modification législative ne porte pas atteinte au secret professionnel, elle ne contrevient pas aux principes constitutionnels et conventionnels le protégeant. Le système mis en place pour vérifier la bonne exécution de ces obligations nouvelles, soit le recours à des avocats chargés par un OAR, dont la soumission au secret professionnel de l'avocat est expressément mentionnée, permet de garantir son respect.

En tout état, on doit garder à l'esprit la jurisprudence de la CourEDH qui a posé le principe que, pour juger de la compatibilité de norme anti-blanchiment avec la CEDH, il fallait procéder à une pesée des intérêts. Alors que la nécessité de lutter contre le blanchiment d'argent est une tâche importante que les Etats signataires de la convention doivent accomplir, la protection du secret professionnel de l'avocat est un aspect essentiel de leur système judiciaire. Il faut donc mettre en balance ces deux composantes du système juridique des Etats démocratiques. Ainsi, des limitations au secret de l'avocat ne peuvent être acceptées que si elles sont destinées à protéger des intérêts supérieurs d'une façon proportionnée. En l'occurrence, le contrôle des

mesures organisationnelles prises par l'avocat et le respect des obligations de diligence est soumis aux OAR, dont le mécanisme, régulé par l'art. 18a LBA, préserve expressément le secret professionnel. L'éventuelle transmission d'informations confidentielles dans le processus de contrôle est admissible, premièrement, parce qu'elle aura lieu envers des personnes elles-mêmes soumises au secret et, secondement, elle ne pourra avoir que dans des conditions très restrictives.

Il n'y a donc pas d'atteinte effective au secret professionnel de l'avocat, de sorte que la loi nouvelle est conforme aux exigences tant du droit constitutionnel suisse qu'à celles de la CEDH, ainsi qu'en harmonie avec la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral jusqu'à ce jour en matière de secret professionnel.



Prof. Benoît Chappuis

23 avril 2024

Bibliographie et documentation

Doctrine

BOHNET François/MARTENET Vincent, *Droit de l'avocat*, Berne 2009.

CHAPPUIS Benoît, Arrêt TF 1B_333/2020 du 22.6.2021 : Le secret professionnel des avocats extra-communautaires, in *Crimen.ch* 29, 24 août 2021 (cité : Crimen)

CHAPPUIS Benoît, Trois décennies d'évolution du secret de l'avocat, in *Mélanges à la mémoire du juge fédéral Bernard Corboz (Bovey/ Chappuis/ Hirsch, édit.)*, Société genevoise de droit et de législation, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 449 ss (cité : Évolution).

CHAPPUIS Benoît, Enquête interne et secret professionnel, in *Revue de l'avocat*, 1/2017, p. 40 ss (cité : Enquête interne).

CHAPPUIS Benoît, Les sociétés d'avocats et l'indépendance structurelle, Tribunal fédéral, arrêt 2C_560/2015, in *Revue de l'avocat* 4/2016, p. 183 ss (cité : Sociétés d'avocats).

CHAPPUIS Benoît, Le secret de l'avocat face aux exigences de la lutte contre le blanchiment d'argent : l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Forumpoenale* 2013, p. 118 ss (cité : Forumpoenale).

CHAPPUIS Benoît/BURGENER Fabio, in *Commentaire romand, Loi sur le blanchiment d'argent (Cassani/Bovet/Villard, édit.)*, Bâle 2022, Commentaire art. 8a (cité : CR LBA-CHAPPUIS/BURGENER, art. 8a).

CHAPPUIS Benoît/CHUFFART-FINSTERWALD Stéphanie, La compliance dans les études d'avocat : quelques sujets topiques choisis, in *Revue de l'avocat* 3/2020, p. 121 ss.

CHAPPUIS Benoît/GURTNER Jérôme, *La profession d'avocat*, Genève/Zurich/Bâle 2021.

CHAPPUIS Benoît/MAURER Pascal, in *Commentaire romand, Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Valticos/Reiser/Chappuis/Bohnet, édit.)*, 2^e éd., Bâle 2022, commentaire art. 13 (cité : CR LLCA-CHAPPUIS/MAURER, art. 13).

CORBOZ Bernard, Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP, in *Semaine judiciaire* 1993, p. 77 ss.

DU PASQUIER Shelby/SAKKAL Isy Isaac, LEFin – LSFIn : L'avocat dans le viseur, in *Revue de l'avocat* 4/2020, p. 158 ss.

GRODECKI Stéphane, in *Commentaire romand, Loi sur le blanchiment d'argent (Cassani/Bovet/Villard, édit.)*, Bâle 2022, Commentaire art. 18 (cité : CR LBA-GRODECKI, art. 18).

KNAKE JEFFERSON Renee/PEARCE Russel G./GREEN Bruce A./JOY Peter A./KIM SUNG Hui/MURPHY M. Ellen/TERRY K S./BROWN Lonnie T. (JR.), *Professional Responsibility: A Contemporary Approach*, Interactive Casebook Series, 4^e édition, St. Paul 2020.

MAHON Pascal, in *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1990* (Aubert/Mahon, édit.), Zurich/Bâle/Genève 2003, Commentaire de l'art. 13 (cité : *Petit Comm. Cst.-MAHNON*, art. 13).

NATER Hans/ZINDEL Gaudenz G. (édit.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte* (Felmann/Zindel, édit.), 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011, Commentaire de l'art. 13 (cité : *Komm. BGFA-AUTEUR/E – art.*).

SCHLUEP Walter, *Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat*, Zurich 1994.

VILLARD Katia, in *Commentaire romand, Loi sur le blanchiment d'argent* (Cassani/Bovet/Villard, édit.), Bâle 2022, Commentaire art. 9 (cité : *CR LBA-VILLARD*, art. 9).

Autres sources

Commission des affaires juridiques du Conseil national, *Rapport sur la motion 09.3362 (Adaptation des dispositions relatives au secret professionnel des avocats dans les différentes lois fédérales de procédure)*, 18 janvier 2010 (cité : *CAJ CN*).

Conseil fédéral, *Message relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchissage d'argent, LBA)*, 17 juin 1996, FF 1996 III 1057 ss (cité : *Message LBA 1996*).

Département fédéral des finances, *Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation, Loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques*, Berne, 30 août 2023 (cité : *Rapport explicatif LTPM*).

Parlement européen et Conseil, *Directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme*.