

LE SECRET DE L'AVOCAT – QUELQUES QUESTIONS ACTUELLES

BENOÎT CHAPPUIS

Avocat, professeur titulaire aux Universités de Genève et Fribourg

Mots-clés: secret professionnel, blanchiment, FATCA, protection de l'adulte

Le secret professionnel se trouve au centre de l'actualité. Alors qu'il vient d'être renforcé par les codes de procédure fédéraux, son étendue est remise en cause par l'accord FATCA et par les nouvelles tendances de la lutte contre le blanchiment en ce qui concerne l'activité de conseil juridique. Enfin, le nouveau droit de la protection de l'adulte impose quant à lui des obligations au mandataire qui entrent en conflit avec l'obligation de confidentialité à laquelle l'avocat est soumis.

I. Introduction

Le secret professionnel reconnu à l'avocat est au centre de réflexions récurrentes dans la mesure où il constitue une exception fondamentale dans l'ordre juridique suisse. En ce qu'il est absolu, il donne en effet à l'avocat, contrairement à tout autre citoyen, la possibilité de refuser de renseigner les autorités, que ce soit par témoignage ou remise de documents. En tout cas, lorsqu'il concerne une procédure judiciaire, le secret professionnel doit dans tous les cas être respecté, aucune restriction ne pouvant toucher «à l'essence même de la mission de défense qui (...) constitue le fondement du secret professionnel des avocats».¹ Il est ainsi susceptible de compliquer la recherche de la vérité, ce qui constitue un inconvénient qui doit être accepté dans un État de droit.²

Cela dit, certaines innovations législatives récentes méritent que l'on y revienne succinctement en tant qu'elles renforcent ce secret ou, au contraire, qu'elles en limitent la portée.

Premièrement, il est heureux de voir que, quand bien même la notion même de secret n'a pas toujours bonne presse, le législateur helvétique n'a pas cédé à des tendances sécuritaires exacerbées et a posé des limites larges au secret de l'avocat. L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2011, du CPC et du CPP a en effet eu pour conséquence l'instauration de dispositions spécifiques qui n'existaient pas auparavant et en vertu desquelles le secret professionnel se trouve aujourd'hui renforcé.

La question est plus délicate lorsqu'on s'éloigne du domaine de la stricte défense en justice et que l'on considère l'activité de conseil de l'avocat. Il en va en particulier de la sorte en regard des normes contre le blanchiment d'argent, où la question de l'impact de l'obligation de dénoncer sur le secret professionnel est de plus en plus débattue au plan européen.³ Les nouvelles recommanda-

tions du GAFI ont eu des répercussions importantes sur le droit suisse, renforcées de manière indirecte par la réglementation fiscale américaine FATCA. En tant qu'elles imposent des devoirs de communication à une autorité étatique, ces réglementations touchent au premier chef les avocats actifs dans les domaines concernés.

Enfin, la réforme du droit de la protection de l'adulte, destinée à protéger juridiquement ce dernier de manière plus efficace contre les risques liés à l'incapacité ou à la capacité réduite, est susceptible de remettre en cause certains aspects du secret professionnel; elle implique en effet une collaboration active de certains mandataires vis-à-vis de l'autorité.

II. Le régime du CPP

Le CPP contient deux normes principales concernant la protection du secret, l'art. 171 («droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel») et l'art. 264 (intitulé «restrictions», par quoi il faut comprendre les restrictions apportées au droit de l'autorité de procéder à un séquestre d'objets ou de valeurs).⁴ Cette dernière disposi-

- 1 CEDH, Michaud c/France, n° 1233/11, du 6.12.2012, § 128; pour une analyse de cet arrêt, CHAPPUIS, Le secret de l'avocat face aux exigences de la lutte contre le blanchiment d'argent: l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Forumpoenale* 2013, (cité «Forumpoenale»), p. 122 ss.
- 2 ATF 112 Ib 606, c. 2b = JdT 1987 IV 150 = SJ 1987 539.
- 3 Sur cette question, CHAPPUIS, *Forumpoenale* (cité n. 1), *passim*.
- 4 Pour des cas d'application de ces dispositions concernant des avocats, cf. TF, 1B_167/20015; 1B_350/2013; 1B_303/2013; ATF 138 IV 225 = JdT 2014 IV 24. Pour une présentation générale du système, CHAPPUIS, *La profession d'avocat, tome I, Le cadre légal et les principes essentiels*, 2^e édition, Genève, Zurich, Bâle 2016 (cité «Profession d'avocat»), p. 203 ss.

tion institue des restrictions au droit des autorités pénales de pratiquer des séquestres, notamment de documents et de moyens de preuves. Où qu'ils se trouvent et quel que soit le moment auquel ils ont été établis, ne peuvent être séquestrés la correspondance entre un prévenu et son défenseur ainsi que 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.

La question qui retient le plus l'attention dans ce contexte – maintenant bien connu et largement commenté – est la modification de l'art. 264 CPP, adoptée le 28.9.2012 par le Parlement, dans la «loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats». ⁵ Il contient en effet depuis lors une let. d) qui dispose que «ne peuvent être séquestrés [...] les objets et les documents concernant des contacts entre une autre personne et son avocat, si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la loi du 23.6.2000 sur les avocats et n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire».

Antérieurement, le CPP n'offrait pas une protection générale des courriers d'avocat. Cette dernière existait en effet pour autant que la correspondance ait été entretenue entre l'avocat et le prévenu lui-même, mais non avec une tierce personne. ⁶ N'était ainsi pas couverte par la protection du secret professionnel la correspondance entretenue par d'autres participants à la procédure (plaignant, témoins, etc.) et leur avocat, en particulier celle entre l'avocat et l'employeur du prévenu. ⁷

Le CPP prévoit maintenant que les autorités pénales ne peuvent pas séquestrer les objets et les documents concernant des contacts entre une autre personne et son avocat. Le régime institué aujourd'hui par le CPP constitue une avancée essentielle par rapport à la situation qui prévalait antérieurement, sous l'empire des codes de procédure cantonaux et de la jurisprudence rendue dans ce cadre par le Tribunal fédéral. Ce dernier considérait que le secret professionnel couvrait les documents établis par l'avocat ou reçus par ce dernier pour autant qu'ils fussent conservés à son étude. Cette protection cessait dès l'instant que l'avocat s'en dessaisissait en main de son client ou de tiers ⁸, hormis la situation exceptionnelle de l'avocat qui avait perdu la possession d'un document contre sa volonté à la suite d'un vol. ⁹ Les règles du CPP ne contiennent quant à elles aucune restriction géographique et ne limitent donc pas le champ d'application du secret professionnel aux seuls locaux de l'étude de l'avocat. Le secret est dû, quel que soit le lieu où les documents se trouvent. ¹⁰

III. Le droit de protection de l'adulte

Dans le contexte de la modification du droit de protection de l'adulte entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013 – essentiellement contenue dans le CC –, le législateur a introduit un article 397a dans le CO qui dispose que «lorsque le mandant est frappé d'une incapacité de discernement probablement durable, le mandataire doit en informer l'autorité

de protection de l'adulte du domicile du mandant pour autant que la démarche paraisse appropriée au regard de la sauvegarde de ses intérêts». ¹¹

L'art. 397a CO est une disposition spécifique du droit du mandat prévoyant un véritable devoir d'information à l'autorité de protection de l'adulte. ¹² Savoir si les conditions posées par cette disposition légale sont réunies repose sur l'appréciation du mandataire qui dispose d'une importante latitude.

Alors que l'art. 443 CC réserve expressément le secret professionnel, l'art. 397a CO est muet sur la question. Pour certains, le secret professionnel l'emporte sur le devoir d'information à l'autorité de protection de l'adulte. ¹³ Il faut approuver cette conception: la primauté du secret professionnel de l'avocat résulte de l'importance particulière que le législateur lui accorde, notamment dans le droit de la protection de l'adulte qui réserve le secret professionnel. ¹⁴

Ainsi, le mandataire soumis au secret professionnel ne peut pas informer l'autorité de protection de l'adulte du fait que son mandant est incapable de discernement sans avoir obtenu préalablement la levée de son secret. ¹⁵ Cette dernière peut en principe être obtenue soit par le consentement exprès du mandant, soit par l'autorisation de l'autorité de surveillance, moyen subsidiaire au consentement du client. ¹⁶ En raison même de la situation – l'absence de discernement du mandant –, il faut cependant exclure que ce dernier soit en mesure de donner un consentement valable à la levée du secret dans le cadre de l'application de l'art. 397a CO. Le mandataire devra donc toujours requérir l'autorisation de l'autorité compétente qui vérifiera que les conditions de 397a CO sont effectivement remplies. ¹⁷

⁵ Cf. Message du CF relatif à la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, FF 2011 7509.

⁶ TF, 1B_103/2012, c. 3.1.

⁷ TF, 1B_103/2012, c. 3.1.

⁸ TF, 1B_101/2008, c. 4.4.1; 1P.133/2004, c. 3.2 et 4.2; TF, SJ 1994 106, c. 3c; ATF 117 Ia 341, c. 6c.

⁹ ATF 117 Ia 341, c. 6c.

¹⁰ TF, 1B_167/20015, c. 3.1; 1B_303/2013, c. 6; ATF 138 IV 225 = JdT 2014 IV 24, c. 6.1.

¹¹ Pour une présentation générale du système, CHAPPUIS, Profession d'avocat (cit. n. 4), p. 198 ss.

¹² BREITSCHMID, Meldepflicht des Beauftragten gemäss Art. 397a OR: in welchen Fällen zwingend?, in SJZ 11/2013, p. 252; ZONDLER/NÄF, Die Banken und das Erwachsenenschutzrecht, in PJA 8/2013, p. 1236.

¹³ FELLMANN, Meldepflicht des Beauftragten nach art. 397a OR, in Revue de l'Avocat 8/2013, p. 357; FREI/HOLDEREGGER, Der Vorsorgeauftrag im neuen Erwachsenenschutzrecht: erste Erfahrungen aus der Praxis zum Vorsorgeauftrag und Überlegungen zu Art. 397a OR im Lichte des Berufsgeheimnisses der Rechtsanwältin, PJA 8/2013, p. 1231, qui recommande d'obtenir préalablement l'autorisation de l'autorité de surveillance, quand bien même ils considèrent que la révélation à l'autorité de surveillance conformément à CO 397a serait justifiée par l'art. 14 CP.

¹⁴ FELLMANN (cit. n. 13), p. 357.

¹⁵ FELLMANN (cit. n. 13), p. 357.

¹⁶ FELLMANN (cit. n. 13), p. 357.

¹⁷ FELLMANN (cit. n. 13), p. 357.

Il est soutenu dans une partie de la doctrine qu'il ne serait pas nécessaire d'obtenir la levée du secret professionnel, préalablement à la révélation à l'autorité de protection de l'adulte.¹⁸ Les auteurs qui défendent cette opinion le font au motif que, contrairement à l'art. 443 CC, aucune réserve en faveur du secret professionnel n'est faite à l'art. 397a CO. Cette dernière disposition ne s'appliquant que dans des situations extrêmes, elle devrait selon eux l'emporter sur le secret professionnel.¹⁹ L'art. 397a CO constituerait ainsi une obligation légale d'aviser l'autorité de protection de l'adulte, lorsque le mandant est incapable de discernement, l'art. 14 CP justifiant la violation du secret professionnel.²⁰

Cette opinion n'emporte pas l'adhésion. Le secret professionnel de l'art. 321 CP est protégé de manière forte dans l'ensemble du système juridique. Il l'est même de façon absolue pour ce qui est des avocats puisque l'art. 13 LLCA, 2^e phrase dispose que «le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés».

Si le secret de l'avocat est protégé de manière absolue même en procédure pénale – comme on vient de le voir ci-dessus –, on ne peut admettre qu'une dérogation à ce principe soit instituée pour obliger l'avocat à communiquer spontanément des faits confidentiels dans le contexte d'un contrat spécifique. On ne voit aucune justification particulière clairement reconnaissable à une telle dérogation. Les travaux préparatoires sont muets sur la question et l'on n'y discerne par conséquent pas la volonté du législateur de s'éloigner des principes généraux de la protection du secret professionnel. A cela s'ajoute qu'il serait inexplicable que le législateur ait institué une obligation si forte dans le seul contrat de mandat. Les intérêts de l'adulte incapable de discernement peuvent en effet être mis en péril de la même manière dans le contexte d'un contrat de dépôt que dans un contrat de mandat sans, pour autant, que le dépositaire ne soit tenu à une obligation d'informer l'autorité. Cette disparité de traitement, selon la qualification juridique du contrat, tend à démontrer que l'art. 397a CO est propre au droit du mandat et qu'il ne relève pas de la sauvegarde générale des intérêts de l'adulte, impliquant l'abandon du secret professionnel.

En conséquence, si le mandataire estime que les intérêts de son mandant sont en péril et qu'une intervention des institutions de protection de l'adulte est nécessaire, il devra solliciter l'autorisation de l'autorité compétente pour la levée du secret, avant de révéler à l'autorité de protection de l'adulte que son mandant est incapable de discernement.

IV. Les règles sur le blanchiment

1. L'évolution de la législation et son impact sur les avocats

Les diverses dispositions sur le blanchiment d'argent instituées par le droit suisse (essentiellement les art. 305^{bis} et 305^{ter} CP ainsi que la LBA), sont susceptibles d'avoir un

impact important sur le secret professionnel de l'avocat professionnel.

Premièrement, l'avocat peut se trouver lui-même pris dans une enquête pénale pour blanchiment. Or les règles du CPP afférant à la protection du secret en procédure – telles qu'elles ont été rappelées ci-dessus – ne s'appliquent qu'à la condition que l'avocat ne fasse pas lui-même l'objet de l'enquête. Dans cette dernière situation, l'avocat ne peut en effet invoquer le secret pour se soustraire à son obligation de répondre à l'autorité pénale.²¹ Une décision formelle de mise en prévention n'est pas nécessaire pour qu'une personne ait le statut de prévenu;²² il suffit que cette dernière soit «soupçonnée, prévenue ou accusée d'une infraction» (art. 111 al. 1 CPP). Si ces conditions sont réunies, le secret professionnel s'efface devant les besoins de l'enquête.

Secondement, si l'avocat sort du cadre de ses activités typiques et agit comme intermédiaire financier, il est pleinement soumis aux obligations de la LBA, au nombre desquelles l'obligation de communiquer les soupçons de blanchiment qu'il pourrait avoir à l'égard de son client. Ce dernier ne bénéficie pas de la protection du secret, même si son mandataire exerce la profession d'avocat.

Ce sont ces deux thèmes qu'il convient d'examiner maintenant, à la lumière des modifications législatives récentes.

Le 12.12.2014, la loi sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI a été adoptée par le Parlement.²³ Son entrée en vigueur a été échelonnée entre le 1^{er} juillet 2015 et le 1^{er} janvier 2016. Cette loi a emporté des modifications de diverses autres lois, au nombre desquelles la LBA et le CP, dont les versions modifiées sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2016. Désormais, les délits fiscaux, s'ils atteignent une certaine gravité («délit fiscal qualifié», art. 305^{bis} al. 1^{bis} CP), peuvent:

- constituer une infraction préalable au blanchiment au sens de l'art. 305^{bis} CP;
- entrer dans le champ d'application des obligations à charge des intermédiaires financiers soumis à la LBA, soit celles de diligence particulière (art. 6 LBA), de communication au MROS (art. 9 LBA) et de blocage des avoirs ayant un lien avec la communication (art. 10 LBA).

Cette modification apporte un changement important dans le système juridique suisse, notamment en érigeant un délit – et non seulement un crime – comme infraction

¹⁸ FREI/HOLDEREGGER (cité n. 13), p. 1231.

¹⁹ EMMENEGGER, *Erwachsenenschutzrecht und Meldepflicht der Bank (Art. 397a OR)*, in *Das Bankkonto: Policy, Inhaltskontrolle, Erwachsenenschutz*, Bâle 2013, p. 161.

²⁰ EMMENEGGER (cité n. 19), p. 161; FREI/HOLDEREGGER (cité n. 13), p. 1231.

²¹ ATF 126 II 495, c. 5e/dd = JdT 2004 IV 138; TF, 1P.32/2005, c. 3.2; CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, 3^e édition, Berne 2010, CP 321 N 65

²² PC CPP-MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 111 N 4.

²³ RO 2015 1389; FF 2014 585.

préalable au blanchiment. Il ne faut cependant pas en surestimer les conséquences. Le législateur a en effet donné une définition étroite de l'infraction fiscale préalable au blanchiment, puisque seul l'usage de faux est réprimé, à l'exclusion de tout autre comportement trompeur. En outre, en matière de fiscalité directe, la loi ne vise que l'impôt sur le revenu et la fortune, mais non celui sur les successions ou les donations.

Malgré ces limitations, l'extension du champ d'application des normes anti-blanchiment aux infractions fiscales est susceptible d'avoir des conséquences directes sur les obligations et la responsabilité des avocats, l'activité fiscale constituant une part non négligeable du travail de nombre d'entre eux en Suisse.²⁴

La criminalisation de certains comportements contraires à la loi fiscale joue un rôle important dans le contexte des activités atypiques d'intermédiation financière, pour lesquelles l'avocat est soumis à la LBA. On songe ici à la position d'administrateur d'une société de domicile ou encore à celle d'un exécuteur testamentaire qui, en plus de ses fonctions officielles, participe au partage de la succession.²⁵ L'avocat expose sa responsabilité pénale, si dans l'exécution de ces missions, il participe à la commission d'un délit fiscal grave ou au recyclage du produit d'un tel délit.

La question est d'autant plus délicate que, si la loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif et, partant, ne s'applique pas à des infractions commises antérieurement à son entrée en vigueur, elle concerne toutes les activités illicites exercées après, y compris celles qui trouveraient leur fondement dans des faux établis antérieurement.²⁶ L'avocat ayant mis sur pied des structures qui violaient gravement la loi fiscale antérieurement à l'entrée en vigueur du CP révisé, devra s'en être totalement désengagé dès le 1^{er} janvier 2016. Les impôts sur le revenu, la fortune, le bénéficiaire et le capital sont en effet des obligations périodiques, de sorte que l'usage de documents faux antérieurs à 2016 constituera une nouvelle infraction à chaque nouvelle période de taxation.²⁷

Ce serait cependant une erreur que de réduire le risque découlant de ces modifications législatives aux seules activités atypiques. Lorsque l'avocat agit comme conseiller fiscal, activité reconnue comme typique²⁸, il est soumis aux règles du CP, à l'instar de tout autre justiciable.²⁹ Soit premièrement observé que le conseil fiscal, s'il a un but illicite, peut constituer un acte d'instigation ou de complicité de l'activité illicite du client; les lois fiscales répriment d'ailleurs depuis longtemps ce type de comportement émanant d'un conseiller.³⁰ Secondement, même si l'avocat n'est pas considéré comme participant aux infractions fiscales de son client, la connaissance – qu'il a acquise en sa qualité de conseiller – du caractère illicite des opérations entreprises par ce dernier, l'expose aujourd'hui aux sanctions de l'art. 305^{bis} CP. Comme relevé en introduction, le seul fait qu'une enquête pénale soit ouverte contre lui de ce chef aura pour effet que son secret sera levé et ne couvrira plus les activités soupçonnées d'être illicites.

La question centrale de l'application aux avocats de l'arsenal de la lutte contre le blanchiment est celle des contraintes découlant du secret professionnel. L'un des fondements de cette lutte réside en effet dans l'obligation qui est faite aux professionnels de communiquer à une autorité étatique les soupçons qu'ils peuvent avoir à l'égard de leur client. Or cette obligation entre en conflit avec celle qui impose le secret à l'avocat; cette question n'a cessé d'alimenter la polémique depuis l'origine et reste source de tensions.³¹

2. La CDB 16

Pour tenir compte de la révision des articles 305^{bis} et de la LBA, la version 2008 de la convention (CDB 08) a été modifiée le 1^{er} juin 2015, avec effet au 1^{er} janvier 2016.

Le chapitre 4 de la CDB 16 institue, à charge de la banque, un devoir d'identification de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales qui sont déposées auprès d'elle. Contrairement à ce qui prévalait sous l'empire de la CDB 08, cette identification doit intervenir dans tous les cas et non pas seulement lorsque la banque sait que son cocontractant n'est pas l'ayant droit économique ou lorsqu'elle a un doute à cet égard. Ce qui était antérieurement le principe est devenu maintenant une exception: la banque est libérée de son obligation de vérification lorsqu'elle n'a aucun doute quant au fait que le cocontractant est aussi l'ayant droit économique (art. 29).

L'art. 36 CDB 16 institue une deuxième exception qui concerne précisément les avocats. Cet article dispose en effet que la banque peut renoncer à l'identification de l'ayant droit économique lorsque des comptes ou des dépôts sont ouverts au nom d'un avocat ou d'un notaire autorisé à exercer en Suisse, ou une étude d'avocats ou de notaires organisée en la forme de société, pour le compte de clients. Pour que ce mode de faire soit admissible, il faut que l'avocat cocontractant confirme par écrit à la banque que:

²⁴ Pour une présentation de l'impact de la nouvelle réglementation sur la profession d'avocat, cf. BEGUIN, *L'avocat face à la révision GAFI 2012*, in *Revue de l'Avocat* 2009, p. 256 ss, *passim*.

²⁵ BEGUIN (cité n. 24), p. 257; Circ.-FINMA 11/1, cm 141.

²⁶ Message du Conseil fédéral du 13.12.2013 concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, FF 2014 650; CASSANI, *L'extension du système de lutte contre le blanchiment d'argent aux infractions fiscales: Much Ado About (Almost) Nothing*, in *RSDA* 2015, p. 89; FISCHER/MACALUSO/MARIAIA/MEYER/DE MONTMOLLIN/NEUKOMM/REISER, *Développements actuels en droit pénal, fiscal et réglementaire: impacts significatifs sur la profession d'avocat*, in *Revue de l'Avocat* 2015 (cité «FISCHER ET ALII»), p. 423.

²⁷ FISCHER ET ALII (cité n. 26), p. 424.

²⁸ Voir par exemple, TF, 1B_380/2012.

²⁹ FISCHER ET ALII (cité n. 26), p. 425.

³⁰ Sur la question du conseil fiscal ayant un but illicite et ses conséquences juridiques, cf. CHAPPUIS, *La responsabilité contractuelle du conseiller fiscal*, in *La pratique contractuelle 4. Symposium en droit des contrats*, Université de Fribourg (PICHONNAZ/WERRO éds), Genève, Zurich, Bâle 2015, 169 ss et 178 ss concernant l'implication personnelle du conseiller.

³¹ Concernant la relation entre le secret professionnel et l'obligation de communiquer, cf. CHAPPUIS, *Forum poenale* (cité n. 3), *passim*.

- il n'est pas lui-même l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales;
- il est soumis à la législation cantonale et fédérale applicable aux avocats ou aux notaires;
- il est soumis au secret professionnel protégé par la loi (article 321 CP) en ce qui concerne les valeurs en compte;
- le compte/dépôt est exclusivement utilisé dans le cadre de l'activité d'avocat ou de notaire.

L'alinéa 2 de cet article précise que la confirmation écrite doit se faire au moyen d'un «formulaire R». Ce dernier, annexé à la convention, a connu des formes et contenus différents au gré des différentes versions de la CDB. A l'heure où cet article est mis sous presse, le contenu exact du formulaire R, version 2016, n'est pas encore connu, en raison de discussions encore en cours pour le rendre compatible avec les exigences américaines découlant de l'accord FATCA (sur cette question, infra, ch. 3).

La référence faite à l'art. 36 CDB 16 au secret professionnel de l'art. 321 CP de même que la mention de l'«activité d'avocat» indiquent clairement que l'avocat ne peut procéder à l'ouverture d'un compte par le biais d'un formulaire R que dans le cadre de ses activités typiques³². Que ce soit la liquidation d'une succession, l'acquisition d'une société, la conclusion ou l'exécution d'une convention transactionnelle, les occasions sont nombreuses dans lesquelles un avocat, dans l'exécution d'une activité typique, peut être amené à ouvrir un compte en banque en son nom, mais pour le compte de son client. On pense en particulier à la création d'un *escrow account*³³.

Lorsque l'avocat agit hors de ses activités typiques, particulièrement lorsqu'il est intermédiaire financier au sens de la LBA, il ne peut pas faire usage d'un formulaire R pour établir une relation bancaire en son nom, mais pour le compte de l'un de ses clients. S'il entend ouvrir le compte à son nom, il devra faire usage du formulaire A et indiquer à la banque le nom de l'ayant droit économique.

3. L'influence de l'accord FATCA

La difficulté que l'ASB a rencontrée dans l'élaboration de cette nouvelle réglementation provient de l'influence considérable que le FATCA exerce sur la pratique des banques suisses.

Le FATCA est une loi fiscale américaine qui permet aux Etats-Unis d'obtenir l'imposition de tous les comptes détenus à l'étranger par les personnes soumises à l'impôt aux Etats-Unis³⁴. En vertu de cette loi, les institutions financières étrangères doivent transmettre aux autorités fiscales américaines des informations relatives aux comptes américains qu'elles détiennent.

Le 14. 2. 2013, la Suisse a conclu avec les Etats-Unis un accord sur la coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA³⁵. Le parlement suisse a alors adopté une loi (loi FATCA), destinée à mettre en œuvre l'accord FATCA conclu entre la Suisse et les Etats-Unis³⁶. Cette loi est entrée en vigueur le 30. 6. 2014.

Il a résulté de la mise en œuvre de cette législation nouvelle et de l'interprétation qui en a été donnée par le Secrétariat d'Etat suisse aux questions financières internationales que l'utilisation du formulaire R ne pourrait plus intervenir que de façon très réduite. La FSA s'est immédiatement inquiétée de cette évolution, en faisant valoir que ce mode de faire aurait pour conséquence d'obliger les avocats à violer le secret professionnel auquel ils sont soumis (art. 13 LLCA). Il semble que ces objections aient été entendues dans une certaine mesure, tant par les autorités suisses que par les américaines qui sont prêtes à revoir l'interprétation stricte initialement donnée à l'accord passé entre les deux pays.

Aucune conclusion n'a cependant été atteinte à ce jour. Alors que la CDB 16, disponible auprès de l'ASB, mentionne le recours au formulaire R (art. 36 al. 2), tout en décrivant le contenu et les conditions (art. 36 al. 1), le modèle de formulaire R ne figure cependant pas encore dans les annexes attachées à la CDB. Le contenu exact dépend encore des discussions en cours auprès des autorités suisses et américaines.

V. Conclusion

Il n'est pas rare d'entendre des avocats manifester leurs craintes que leur secret ne soit menacé par l'évolution des mentalités qui a pour effet que la transparence est devenue une valeur promue au rang de fondement de la société moderne³⁷. Il n'en est en réalité rien sur le plan du principe. La protection dont ce secret bénéficie, tant dans la loi que dans la jurisprudence, est élevée. Les lois de procédure fédérales, récemment adoptées, en sont la preuve.

Cependant, il est vrai que le champ d'application du secret a tendance à se resserrer. L'avocat suisse est certes habitué depuis longtemps, concernant la portée du secret professionnel, à la distinction faite par le Tribunal fédéral entre les activités typiques et les atypiques³⁸. Seules celles entrant dans le cadre traditionnel du métier d'avocat sont couvertes par le secret, à l'exclusion des activités pure-

³² LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, 2^e édition, Genève 2008, p. 1022, N 59; THELESKLAFF/WYSS/ZOLLINGER/VAN THIEL, VSB art. 5, N 46.

³³ THELESKLAFF/WYSS/ZOLLINGER/VAN THIEL, *Geldwäschereigesetz: Kommentar zu GwG, GwV-EBK, StGB (Auszug)*, sowie die einschlägigen Verordnungen und Texte von UNO, FATF, Basler Ausschuss und Wolfsberg-Gruppe, 2^e édition, Zurich 2009, art. 5, N 46.

³⁴ Cf. la présentation de la réglementation FATCA faite par Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales. <https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/themen/internationale-steuerpolitik/fatca-abkommen.html>.

³⁵ RS 0.672.933.63.

³⁶ RS 672.933.6.

³⁷ Pour une présentation générale de cette problématique, CHAPPUIS, *De l'opacité à la transparence, quelle place pour le secret de l'avocat?*, in *Transparence et secret dans l'ordre juridique*, Liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret, Genève 2010 (FOËX/HIRSCH (éds), p. 277 ss.

³⁸ ATF 112 Ib 606, c. 2c = JdT 1987 IV 150 = SJ 1987 539; ATF 114 III 105, c. 3 = JdT 1990 II 98.

ment commerciales. Le Tribunal fédéral n'a jamais varié dans sa conception et les arrêts les plus récents reprennent les mêmes principes³⁹.

Il faut toutefois garder à l'esprit que la tendance qui s'observe au plan international, particulièrement européen, consisterait à n'englober dans les activités soumises au secret que l'activité judiciaire et le conseil juridique, pour autant que ce dernier ait trait à l'évaluation de la situation juridique du client. On pourrait désigner cette forme de conseil juridique comme une «activité de conseil au sens étroit», qui peut par exemple consister en l'analyse des droits et obligations d'un particulier à la suite d'un accident, ceux existant dans un conflit successoral ou encore dans l'inexécution d'un contrat. Il n'en irait en revanche pas de même lorsque l'avocat assiste son client dans l'élaboration ou la réalisation d'un projet, qu'il s'agisse de la rédaction d'un contrat, de la création d'une société ou de toute autre activité qui ne se limite pas à l'analyse d'une situation existante («activité de conseil au sens large»)⁴⁰. Le secret ne trouverait alors pas à s'appliquer à une telle situation.

La question fait l'objet d'intenses débats, en particulier sous l'impulsion de l'Union Internationale des Avocats qui s'est inquiétée de cette évolution⁴¹. La Suisse n'est pour l'instant pas touchée par cette dernière, mais on ne peut exclure que, dans un avenir plus ou moins proche, sous la pression du GAFI ou d'autres instances internationales, elle soit contrainte de se joindre au mouvement. Le secret serait alors limité à l'activité d'avocat dans la plus stricte acception du terme, la défense de particuliers, mais non à l'activité de conseil au sens large. Ce serait une révolution dans le paysage juridique suisse où de très nombreux avocats pratiquent le conseil juridique au sens large.

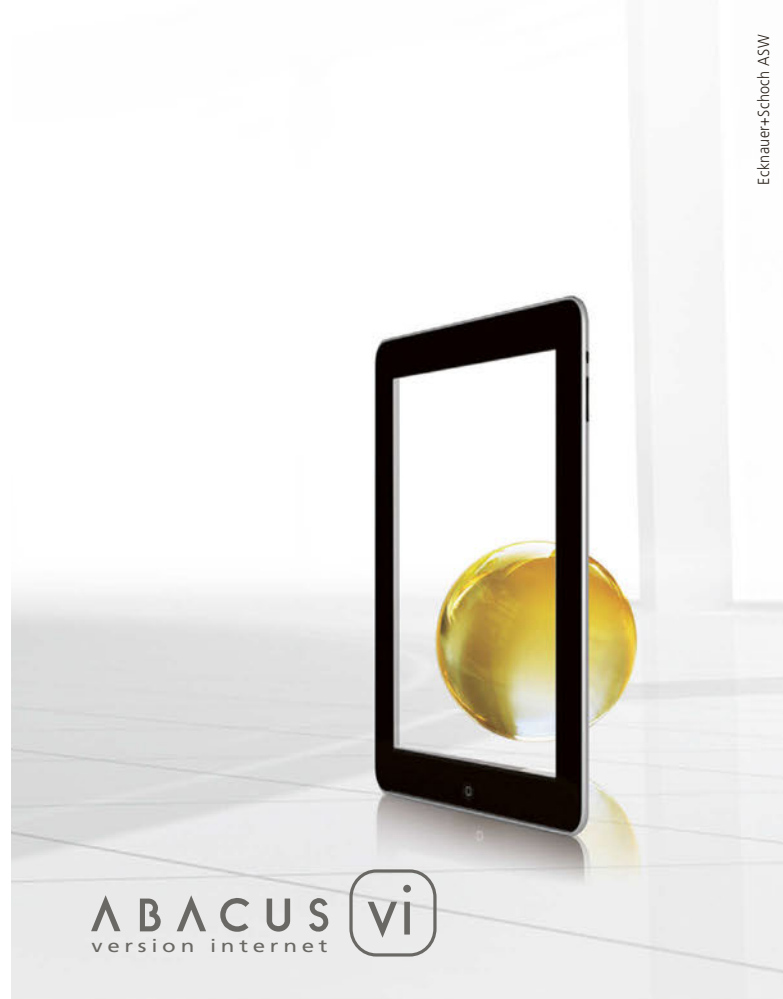
La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas encore prononcée de manière expresse sur la question. Elle n'a pour l'instant fait qu'observer que l'obligation de déclaration de soupçon limitée par le droit français à une liste d'activités précises «ne touche pas à l'essence même de la mission de défense qui [...] constitue le fondement du secret professionnel des avocats»⁴². Elle n'a en revanche pas eu à se prononcer sur l'éventualité d'une abolition pure et simple du secret pour les activités de conseil comprises au sens large. C'est dire que la question reste encore ouverte et que les contours du champ d'application que le secret professionnel aura à l'avenir restent encore incertains.

³⁹ TF, 1B_380/2012, c. 3.1; ATF 135 III 410, c. 3.3; 132 II 103, c. 2.1.

⁴⁰ Sur cette question, CHAPPUIS, *Forumpoenale* (cité n. 1), p. 121 ss.

⁴¹ UIA, 2/2012, p. 36 ss, prise de position de l'Union Internationale des Avocats (Sous-comité GAFI) sur les Directives de l'UE relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

⁴² CEDH du 6. 12. 2012, *Michaud c. France*, requête no 12323/11, § 127 *in fine*; cf. CHAPPUIS, *Forumpoenale* (cité n. 1), p. 122.



ABACUS
version internet



Business Software für rationelle Leistungserfassung

- > Apps für Smartphones und iPads zur Arbeitszeit-, Leistungs- und Spesenerfassung
- > Flexible Definition von Leistungsarten
- > Stundenkontrolle nach verrechenbaren Stunden, Gleitzeit, Absenzen
- > Fristen- und Aktivitätenkontrolle
- > Projektübersichten mit Auftragseingängen und Projektabschlüssen
- > Automatische Fakturierung von Pauschalen, Vertragshonoraren
- > Produktivitätsauswertungen

www.abacus.ch

 **ABACUS**
business software