

2/19

Beiträge | Contributions

FINMA's Enforcement in Court

Urs Zulauf | Roy Gava

Enquêtes internes et secret professionnel de l'avocat

Benoît Chappuis

[In]effectivité du secret professionnel

Miguel Oural

Crowdfunding mittels Initial Coin Offering

Rolf H. Weber | Rainer Baisch

Äquivalenzverfahren der EU im Bereich Finanzdienstleistungen

Susan Emmenegger | Andrea Bigler

Le fonds de placement contractuel immobilier et la Lex Koller

Cécile Berger | Giulia Neri-Castracane

Berichterstattung | Comptes-rendus

Europareport

Thomas Lübbig | Christian Pitschas

Das schweizerische Bankprivatrecht 2018

Susan Emmenegger | Luc Thévenoz | Martina Reber | Célian Hirsch

Pflichten der Finanzdienstleister im Anlagegeschäft

Bundesgerichtsurteil 4A_248/2018 vom 12. September 2018

Fleur Baumgartner | Hans Caspar von der Crone

Rétrocessions et gestion déloyale

ATF 144 IV 294

Katia Villard | Célian Hirsch

**SZW /
RSDA**

Herausgeber:

H. C. von der Crone (Vorsitz) | M. Amstutz | R. Bahar | U. Bertschinger |
J.-L. Chenux | F. De Rossa Gisimundo | S. Emmenegger | I. Romy |
R. Sethe | W. A. Stoffel | L. Thévenoz | F. Thouvenin

Schriftleiterin:

Charlotte M. Baer

Enquêtes internes et secret professionnel de l'avocat

Benoît Chappuis*

The Federal Court recently rendered two decisions on the issue of the protection of the lawyer's professional secrecy within the context of internal inquiries. These decisions represent an important step, since there were contradictory opinions in legal writings on the issue of whether lawyers' participation in internal inquiries should be regarded as a typical activity, and consequently covered by the secrecy or not. Several decades ago, case law laid down the principle according to which the secrecy applied only to lawyers' typical activities, i.e. judicial activities and legal advice, but not to commercial ones such as assets management, direction of companies, etc. The particularities of these cases lay in the fact that they were related to criminal suspicions of money laundering within the bank. Resting on the fact

that financial intermediaries have own obligations according to the Federal Act on Combating Money Laundering and Terrorist Financing, that they cannot transfer to third parties, and the obligation to document their performance at the attention of criminal and surveillance authorities, the Federal Court laid down that banks are not allowed to substitute lawyers to themselves in order to avail themselves of their secrecy to escape from their own duties. Such a scheme would be tantamount to an abuse of rights. The present contribution analyses the pertinence of this solution and insists on the fact that it must be strictly limited to actual abuses of rights, so as not to unduly limit the extent of the professional secrecy.

Table des matières

Introduction

- I. Le secret de l'avocat dans les enquêtes internes selon la jurisprudence du Tribunal fédéral
- II. Les principes régissant le secret de l'avocat
- III. La problématique de l'enquête interne face au secret de l'avocat
 - 1. La notion d'enquête interne
 - 2. Le contenu classique d'une enquête interne
- IV. L'activité classique de l'avocat
 - 1. L'établissement des faits
 - 2. L'appréciation juridique des faits constatés
 - 3. Les conseils découlant de l'appréciation juridique des faits
- V. L'enquête en tant qu'activité typique de l'avocat
 - 1. La comparaison des activités de l'enquêteur et de l'avocat
 - 2. Le domaine juridique concerné par l'enquête
- VI. L'enquête en tant qu'activité atypique de l'avocat
 - 1. L'exécution d'obligations propres de l'entreprise
 - 2. Les obligations actuelles du client
 - 3. L'établissement de la documentation appropriée
- VII. Les conséquences pratiques

Conclusion

Introduction

La problématique du secret professionnel de l'avocat dans le contexte d'une enquête interne s'est brusquement trouvée placée au centre des préoccupations de nombreux juristes ou de banquiers suisses, après le prononcé de deux décisions du Tribunal fédéral, l'une le 20 septembre 2016,¹ l'autre quelque dix-huit mois plus tard, le 21 mars 2018.² Dans les deux cas, le Tribunal fédéral a refusé d'étendre la protection du secret professionnel à l'entier de la documentation réunie par des avocats qui avaient mené une enquête au sein d'une banque, dans le contexte d'un blanchiment d'argent ayant conduit à l'ouverture d'une procédure pénale. La solution retenue par les juges fédéraux a parfois été ressentie par certains comme une remise en cause générale du champ d'application du secret professionnel et les milieux professionnels ont bruisé de commentaires alarmés.

Il importe donc d'y revenir pour tenter de rechercher la véritable portée de ces deux arrêts. L'auteur les ayant déjà commentés dans deux articles,³ il ren-

¹ TF, 1B_85/2016.

² TF, 1B_433/2017.

³ Chappuis, Enquête interne et secret professionnel, Revue de l'Avocat 1/2017, p. 40 ss concernant l'arrêt 1B_85/2016 et Raedler/Chappuis, Les enquêtes internes et le secret professionnel de l'avocat: la fin d'une époque?, Revue de l'Avocat 6/7/2018, p. 297 ss, concernant l'arrêt 1B_433/2017.

* Benoît Chappuis est avocat et professeur aux universités de Genève et Fribourg.

verra à ces derniers en ce qui concerne les principes de base et les références essentielles, afin d'éviter d'inutiles redites. Le but présentement recherché consiste à s'interroger plus avant sur la nature de l'activité traditionnelle de l'avocat, telle qu'elle est admise dans la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral – rendue en dehors de la problématique des enquêtes internes – et de la comparer à celle que l'avocat déploie dans le contexte de telles enquêtes.

Avant de s'engager dans cette analyse, il vaut la peine de relever que la confrontation entre le secret professionnel et les enquêtes internes n'est pas une spécificité suisse. Elle se rencontre également dans d'autres pays, ce qui ne constitue évidemment pas une surprise, tant il est vrai qu'il existe une tension inévitable entre le principe du secret – destiné à empêcher la divulgation des informations qu'il couvre – et le but de toute enquête qui, le plus souvent, cherche à mettre à jour des dysfonctionnements et à parvenir à un résultat exploitable. Il ne saurait être question de procéder à une véritable comparaison internationale, ce qui sortirait du cadre restreint de la présente contribution. On mentionnera simplement deux affaires, l'une anglaise,⁴ l'autre allemande.⁵ La première se conclut par la reconnaissance de la protection du secret professionnel, l'autre non. La comparaison s'arrête là, car la lecture de ces décisions montre combien la solution dépend de l'état de fait concret de l'affaire – quelle enquête, quels avocats avec quelle mission – et du système juridique qui régit la question, en particulier le régime du secret de l'avocat dans le pays en cause et son opposabilité aux autorités. Si cette constatation n'étonne évidemment pas, car elle est propre à toute analyse juridique, elle démontre néanmoins qu'il faut être prudent dans l'analyse et les comparaisons.

Autrement dit, on ne peut pas simplement poser la question de savoir si, d'une manière générale, le secret de l'avocat subsiste lorsque ce dernier s'implique dans une enquête interne, comme s'il s'agissait d'une problématique générale qui trouverait une solution standardisée. Il faut bien plus se demander quel a été le rôle précis de l'avocat dans l'enquête, quel est le régime juridique qui est applicable au se-

cret – en particulier lorsqu'il s'agit d'une affaire dont le caractère international découle soit de la nationalité de l'entreprise soit de celle des avocats qui sont intervenus – et finalement quelle est la réglementation juridique qui régit le domaine dans lequel l'enquête a pris place (bancaire, financier, droit de la concurrence, etc.). Ce n'est finalement que de la confrontation de ces divers éléments que sortira la solution.

I. Le secret de l'avocat dans les enquêtes internes selon la jurisprudence du Tribunal fédéral

De manière sommaire, on peut retenir ce qui suit de la première décision rendue par le Tribunal fédéral.⁶ Elle s'inscrivait dans le contexte d'une enquête pénale dirigée contre un employé d'une banque suisse mis en prévention pour blanchiment et faux dans les titres. Parallèlement à cette procédure pénale, la banque avait mandaté des avocats, afin qu'ils analysent la diligence avec laquelle elle avait suivi le client impliqué, puis déterminent, si elle avait respecté les obligations de diligence imposées par la LBA. En cours d'exécution, le mandat donné aux avocats fut étendu pour conduire à la mise en place d'une véritable enquête interne comprenant le dépouillement de notes internes de la banque et à l'interrogatoire de certains de ses employés.

Le ministère public fédéral ordonna la saisie de la documentation réunie par les avocats concernant les relations bancaires suspectes, avocats qui firent valoir leur secret professionnel. Au terme de la procédure de recours devant le Tribunal fédéral, le secret fut levé, avec le caviardage de certains passages en ce qui concerne les procès-verbaux d'entretiens des collaborateurs de la banque, un projet de rapport sur le dépouillement de la documentation bancaire par les avocats. Il fut en revanche préservé pour un procès-verbal d'entretien des avocats avec la banque, ainsi que pour un procès-verbal d'entretien des avocats avec le gérant incriminé.

Le raisonnement du Tribunal fédéral s'appuie essentiellement sur le fait que les questions sur lesquelles les avocats devaient travailler avaient trait aux obligations propres que la banque avait en tant qu'intermédiaire financier soumis à la LBA et à

⁴ Court of appeal, *SFO v Eurasian Natural resources Corp* [2018] EWCA Civ 2006.

⁵ Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, 2 BvR 1562/17, 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17, rendu dans l'affaire dite du «VW-Dieselskandal».

⁶ TF, 1B_85/2016.

l'OBA-FINMA. Or celle-là impose des devoirs spécifiques à l'intermédiaire financier, à savoir :

- Art. 3 : la vérification de l'identité du cocontractant ;
- Art. 4 : l'identification de l'ayant droit économique ;
- Art. 5 : le renouvellement de la vérification ;
- Art. 6 : des obligations de diligence particulière, soit l'identification de l'objet et du but de la relation d'affaires, la clarification de l'arrière-plan et du but d'une transaction ou d'une relation d'affaires.

Il s'agit d'obligations propres de l'intermédiaire financier que, dans les cas complexes, il peut certes déléguer à des spécialistes externes, qu'il s'agisse de sociétés d'audit ou d'avocats. Il ne peut en revanche pas contourner les exigences de la loi, en invoquant la protection du secret professionnel du mandataire auquel il a délégué ces tâches. Si ce dernier était applicable sans réserve, l'intermédiaire financier pourrait se soustraire à l'obligation de documenter les mesures prises dans le suivi des transactions effectuées par ses clients, puisqu'elles auraient été accomplies par un avocat dont il opposerait le secret.

Cette considération trouve appui à l'art. 7 LBA. L'alinéa 1 de cette disposition précise – sous le titre marginal «Obligation d'établir et de conserver des documents» – que «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». Cette obligation est renforcée par l'alinéa 2 qui ajoute que l'intermédiaire financier «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». Autrement dit, non seulement l'intermédiaire financier a des obligations propres, mais il a en plus le devoir exprès de documenter la façon dont il en assure le respect et, plus encore, d'être prêt à remettre la documentation ainsi récoltée à la disposition des autorités pénales. Il s'agit d'un réquisit légal exceptionnel qui fait entrer le devoir de documentation dans le cercle des obligations à la charge de celui qui doit respecter celles faisant l'objet de la documentation.

Le mandat confié aux avocats dans le cas d'espèce s'est vu qualifié de mandat mixte. Le Tribunal fédéral a considéré que, si, initialement, il s'était agi d'un mandat typique dont l'objet était de fournir des conseils juridiques à la banque, la mission avait évolué et s'était élargie, dès l'instant que les avocats furent chargés d'accomplir des obligations propres que l'intermédiaire financier avait aux termes de la LBA. Le travail effectué par les avocats était dès lors soumis à un régime mixte, une partie bénéficiant du secret, alors que l'autre ne profitait pas d'une telle protection.

Cette manière de scinder un mandat en deux parties distinctes n'est pas nouvelle et n'a pas été élaborée par le Tribunal fédéral à l'occasion de cette affaire ; elle est retenue par la jurisprudence, chaque fois qu'un avocat assume des fonctions mixtes dans le cadre d'un même dossier ou, à tout le moins, pour le même client.⁷ En conséquence, en cas d'enquête conduisant à une saisie de documents en mains de l'avocat, l'autorité doit procéder à un tri en fonction du type d'activité que l'avocat a déployé pour les personnes concernées par l'enquête.⁸

La difficulté de compréhension de la portée exacte de la décision réside dans le fait que la description des documents saisis et de leur contenu est trop sommaire pour que le lecteur puisse se faire une idée précise des informations collectées par les avocats, ce qui s'explique sans doute par la protection des secrets en question, mais qui est néanmoins regrettable pour la communauté juridique qui peine quelque peu à interpréter la jurisprudence.⁹

Le Tribunal fédéral aurait pu arrêter son raisonnement une fois parvenu à une telle conclusion. Il l'a cependant complété par l'invocation de l'abus de droit que constituerait l'invocation du secret de l'avocat pour la deuxième partie du mandat, puisqu'elle couvrirait des obligations légales propres du client. Ce dernier pourrait ainsi se soustraire à ses obligations

⁷ Chappuis, La profession d'avocat, Tome I – Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 189. Pour un exemple d'une telle situation, ATF 135 III 410 ; 114 III 105, c. 3d = JdT 1990 III 105.

⁸ 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.

⁹ Garbarski, Violation de l'obligation de communiquer des soupçons de blanchiment d'argent – enquête interne – secret professionnel de l'avocat, <<http://www.verwaltungsstrafrecht.ch>> du 15 octobre 2018.

d'intermédiaire financier – en particulier celles de l'art. 7 LBA décrites ci-dessus – parce qu'il en aurait opportunément confié l'exécution à un avocat soumis au secret.

Le deuxième arrêt présente des caractéristiques similaires, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'y revenir longuement ici, sauf pour signaler que l'affaire été renvoyée au TPF pour nouvelle décision. Celui-ci a rendu son arrêt le 13 septembre 2018,¹⁰ dans lequel il a considéré que les tâches de controlling et d'audit étaient exclues du champ du secret professionnel de l'avocat, de sorte que les documents établis par des avocats dans l'accomplissement de ces tâches pouvaient être saisis par l'autorité pénale.¹¹ L'affaire a, derechef, été portée devant le Tribunal fédéral qui a confirmé la décision du TPF (arrêt 1B_453/2018 du 6 février 2019).

A la lecture de ces décisions, la question fondamentale qui se pose consiste à savoir si elles traitent du secret dans une enquête interne en matière de LBA ou plus largement, du secret dans toute enquête interne, ou encore si, plus radicalement, elles constitueraient une remise en cause plus générale du secret. Pour répondre à ces questions, il faut en premier lieu rappeler les fondements juridiques du secret de l'avocat.

II. Les principes régissant le secret de l'avocat

Les fondements légaux du secret se trouvent à l'art. 321 CP et 13 LLCA. L'avocat en est le titulaire – ou le porteur – alors que le client en est le bénéficiaire, à l'exclusion de toute autre personne. L'obligation de secret empêche l'avocat de divulguer à quiconque quelque fait ou information confidentielle dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession.

L'élément essentiel mis en évidence par la jurisprudence – déterminant pour la question présentement analysée – est que le secret ne couvre que les activités typiques de l'avocat, soit la représentation en justice et le conseil juridique. Le Tribunal fédéral précise qu'«entrent dans la notion d'activité typique de l'avocat, couverte par le secret professionnel, la rédaction de projets d'actes juridiques, l'assistance et la

représentation d'une personne devant des autorités administratives ou judiciaires, ainsi que les conseils juridiques». ¹² Il ne s'applique en revanche pas aux activités commerciales, telles que l'administration de société, le courtage, la gestion de fortune, etc.

Le Tribunal fédéral ne montre pas de volonté de changer cette conception, élaborée depuis des décennies. C'est ainsi qu'il vient de confirmer que le conseil juridique en matière de sociétés *offshore* bénéficie du secret professionnel: «En effet, les conseils donnés en vue de choisir une forme juridique et/ou le lieu du siège de celle-ci relèvent sans équivoque d'une activité typique d'un avocat. Dans ce cadre, ce dernier doit informer son mandant sur les différentes possibilités existantes, ainsi que sur les avantages ou les risques – notamment quant à la responsabilité civile et/ou pénale – des unes et des autres solutions proposées, respectivement soumettre à son client celle lui paraissant la plus appropriée à sa situation spécifique. Lors de cet examen, l'avocat doit prendre en compte des impératifs découlant des prescriptions légales, en particulier en lien avec le droit des sociétés, fiscal, matrimonial, successoral et/ou international». ¹³

Cela fait, et conformément à la solution consacrée par sa jurisprudence traditionnelle, le Tribunal fédéral pose une claire limite à l'extension du secret professionnel: «S'agissant ensuite des démarches liées à la constitution proprement dite des sociétés, les pièces y relatives ne sauraient en revanche bénéficier de la protection du secret professionnel de l'avocat. Cette constatation découle en particulier du fait que les documents en lien avec la constitution d'une société n'ont généralement pas vocation à rester en mains de l'avocat et/ou de son client, mais à être transmis aux services administratifs du lieu du siège choisi pour l'entité à créer, respectivement permettront ensuite d'en démontrer l'existence». ¹⁴

L'une des conséquences du secret, instituées par les lois de procédure, réside dans le fait que l'avocat peut opposer son secret aux autorités, qu'elles soient pénales (art. 171 et 264 CPP), civiles (art. 163 CPC) ou administratives et pénales administratives (par exemple au niveau fédéral, art. 13 al. 1^{bis} PA et 46 al. 3 DPA). Sur ce point, la situation de l'avocat se distingue de celle des autres professions soumises au secret, en

¹⁰ TPF, BE.2018.3.

¹¹ TPF, BE.2018.3, consid. 9.5 et 10.

¹² TF, 1B_486/2017, consid. 3.2. Cf. également ATF 143 IV 462, consid. 2.2; 135 III 410, consid. 3.3.

¹³ TF, 1B_264/2018, consid. 2.2.

¹⁴ TF, 1B_264/2018, consid. 2.2.

ce sens que ce droit est absolu et ne souffre aucune exception. L'autorité n'a pas à effectuer une pesée entre l'intérêt à la protection du secret de l'avocat et celui de la manifestation de la vérité, contrairement à ce qu'elle doit faire avec les autres professions tant en procédure pénale (art. 171 al. 3 CPP) qu'en procédure civile (art. 166 al. 1 let. b CPC). Plus encore, l'avocat est le seul à pouvoir décider de s'exprimer puisque l'art. 13 al. 1 2^e phrase LLCA dispose que « le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés ».¹⁵

La seule exception au caractère absolu du secret a été introduite par la jurisprudence qui a posé le principe que, comme tout autre droit, celui d'opposer son secret était limité par l'interdiction de l'abus de droit. Autrement dit, l'avocat ou son client ne peuvent pas contourner les exigences de la loi par le recours au secret. En particulier, ce dernier n'est pas destiné à permettre l'utilisation d'études d'avocat à des fins criminelles, notamment pour d'y cacher le produit d'infractions ou des moyens de preuve, de sorte qu'il y a abus de droit « lorsque le client entend mettre en lieu sûr le produit de l'infraction ou l'instrument ayant servi à la commettre, ou encore lorsque les documents qui lui sont remis sont en réalité destinés à un tiers ».¹⁶ Il en va de même lorsque le détenteur du secret est lui-même soupçonné dans une enquête pénale,¹⁷ ce que l'art. 264 al. 1 let. c et d CPP exprime maintenant expressément. Le secret ne peut en effet avoir pour fin de protéger l'avocat lui-même, mais bien seulement la personne qui lui a confié des informations confidentielles.

Très récemment, le Tribunal fédéral a donné une extension à l'application de l'abus de droit au secret : un justiciable, demandeur poursuivant un médecin dans un procès civil, s'opposait à la levée du secret professionnel d'un autre médecin, lequel l'avait sollicité auprès de l'autorité compétente, afin de pouvoir témoigner dans le procès, à la requête du défendeur.¹⁸ Le Tribunal fédéral a considéré qu'en refusant de justifier les raisons de son opposition à la levée, le titulaire du secret commettait un abus de droit ; il empê-

chait la manifestation de la vérité dans un procès qu'il avait lui-même initié, sans donner la moindre explication sur les raisons de son opposition. Le seul silence du détenteur du secret qui refuse ainsi de justifier son opposition à la levée du secret de son mandataire peut, selon les circonstances, commettre un abus de droit.¹⁹ Cet arrêt mérite une mention dans le présent contexte, car il montre que la solution retenue dans les arrêts analysés – la limitation du secret par l'invocation de l'abus de droit – n'est pas isolée et seulement destinée à la problématique du blanchiment d'argent, mais s'inscrit bien dans une conception générale de la jurisprudence qui ne souffre d'ailleurs pas la critique.

III. La problématique de l'enquête interne face au secret de l'avocat

Les bases juridiques du secret de l'avocat étant ainsi posées, on peut alors s'interroger sur son applicabilité à l'activité que l'avocat exerce lorsqu'il participe à une enquête interne. Pour ce faire, il va s'agir de décrire le travail qu'une enquête requiert classiquement et le comparer à celui que l'avocat accomplit dans une activité typique, au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

1. La notion d'enquête interne

La première difficulté que l'on rencontre réside dans le fait que la notion d'enquête interne n'est pas légalement définie. C'est un moyen d'action qui s'est développé en pratique et qui revêt des formes variées.²⁰ On peut en retenir comme définition qu'il s'agit d'une procédure spéciale exécutée à l'interne d'une entreprise et décidée par elle, parfois sur influence plus ou moins directe – voire sur son injonction – d'une autorité (par ex. la FINMA), en vue de clarifier un état de fait lié à la possible violation de règles applicables.²¹ Les domaines d'application sont nombreux ; qu'il s'agisse du droit du travail, de la criminalité interne à

¹⁵ Sur les raisons et l'historique de cette particularité, *Chappuis*, Les droits des tiers dans la procédure de levée du secret : l'ATF 142 II 256, in *Revue de l'Avocat*, 11/12/2018, p. 509.

¹⁶ ATF 117 Ia 341.

¹⁷ TF, 1P.32/2005.

¹⁸ ATF 142 II 256.

¹⁹ Pour une analyse critique de cette décision, *Chappuis*, Les droits des tiers dans la procédure de levée du secret : l'ATF 142 II 256, *Revue de l'Avocat* 2018, p. 504.

²⁰ Pour une présentation complète de la problématique des enquêtes internes, *Raedler*, Les enquêtes internes dans un contexte suisse et américain, Thèse, Lausanne 2018.

²¹ *Raedler*, p. 47–48 ; *Readler/Chappuis* (n. 3), p. 298.

l'entreprise, de l'organisation de cette dernière ou encore du *compliance*, il n'est pas véritablement de domaine de la vie de l'entreprise qui ne puisse faire l'objet d'une enquête interne.

2. Le contenu classique d'une enquête interne

2.1 Etablissement des faits

Le premier travail, consubstantiel à la notion d'enquête, consiste en l'établissement des faits pertinents pour l'objet de l'enquête (*mobbing* au sein de l'entreprise, soupçons de manquements aux règles légales ou internes, défauts d'organisation, etc.). L'enquêteur procédera à la collecte des documents et des données nécessaires, de même – le plus souvent – qu'à l'audition des collaborateurs susceptibles de lui apporter les renseignements adéquats ou potentiellement visés par l'enquête.

2.2 L'analyse

La seconde tâche est celle de l'analyse des faits ainsi récoltés et de la situation mise en évidence. Cette analyse peut être technique (financière, comptable, industrielle, médicale, etc.), organisationnelle (la structure de travail au sein de l'entreprise, le processus de production, etc.), mais également juridique, en particulier lorsqu'il s'agit de savoir si toutes les normes applicables à la situation analysée ont été respectées.

2.3 Les recommandations

Le rapport d'enquête interne peut se terminer – même si cela n'est pas indispensable, selon la mission confiée à l'enquêteur – par des recommandations. Du licenciement d'un ou plusieurs employés, à une dénonciation pénale ou administrative, en passant par une action civile ou une réorganisation de l'entreprise, la nature des recommandations de l'enquêteur variera en fonction de l'objet analysé, de la mission reçue et sa compétence particulière.

IV. L'activité classique de l'avocat

L'avocat est soumis à un devoir de diligence, institué à l'art. 12 let. a LLCA et à l'art. 398 CO. La jurisprudence en a déduit plusieurs principes relatifs à l'éten-

due et la nature de la tâche qu'il doit accomplir pour son client.²²

1. L'établissement des faits

Le premier élément essentiel qui découle du devoir de diligence de l'avocat est que ce dernier doit soigneusement établir les faits nécessaires à l'accomplissement de sa mission, en particulier en vérifiant les indications données par le client.²³ Il s'agit d'une activité classique de tout mandat d'avocat qui est couverte par le secret, même en l'absence de toute analyse juridique, lorsque le mandat n'est pas de nature commerciale, mais relève bien de l'activité typique de l'avocat (*supra*, II).²⁴

Mener à bien un tel travail implique, lorsque le client est une entreprise, une forme d'enquête au sein de cette dernière. Elle peut prendre une forme rudimentaire, tels des entretiens répétés avec le juriste de la banque et le gestionnaire de fortune concerné, lorsqu'une banque doit faire face à une réclamation d'un client qui se plaint de la gestion de son compte. Elle peut cependant prendre une forme plus développée, si le problème soumis à l'appréciation de l'avocat touche plus largement l'entreprise dans son activité. On peut par exemple songer à un grand litige dans le domaine de la construction nécessitant l'étude de l'entier de la conception et du suivi d'un vaste chantier, ou, dans le contentieux médical, l'analyse de l'entier du processus de prise en charge du patient dans un hôpital ayant conduit à une erreur médicale, ou, enfin, dans celui de la révision comptable, l'analyse des travaux effectués pendant plusieurs années par l'auditeur dans la révision des comptes d'une société. Dans de tels cas, il arrive fréquemment que l'étude d'avocats délègue plusieurs de ses membres chargés de réunir de nombreuses pièces et de conduire des entretiens avec plusieurs employés engagés dans divers services de l'entreprise. Sans qu'on donne généralement à ce type de processus un tel nom, il s'agit alors bel et bien d'une véritable enquête interne.

²² Chappuis, La profession d'avocat. Tome II – La pratique du métier : De la gestion d'une étude et la conduite des mandats à la responsabilité de l'avocat, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 166 ss.

²³ ATF 117 II 563; TF, 4A_446/2010.

²⁴ TF, 1B_380/2012.

2. L'appréciation juridique des faits constatés

L'avocat doit ensuite procéder à l'appréciation juridique de la situation qu'il a aidé à mettre en lumière. Il s'agira pour lui d'exposer à son client dans quelle mesure celui-ci a respecté les normes qui étaient applicables et, si tel ne semble pas être le cas, quels sont les risques découlant de cet état de fait.

3. Les conseils découlant de l'appréciation juridique des faits

La mission essentielle de l'avocat consiste finalement à conseiller et à orienter son client quant aux possibilités juridiques ou pratiques qui se présentent à lui.²⁵ Le plus souvent, il ne suffit en effet pas au client de savoir quels sont les manquements qui pourraient lui être reprochés, qu'ils soient civils, pénaux ou administratifs; il veut que des modes d'action ou des stratégies de défense lui soient proposés par l'avocat qu'il consulte: dénonciation des faits à l'autorité, refus ou acceptation partielle, voire totale, des prétentions qui sont articulées contre lui, négociation avec la partie adverse, mise sur pied d'un arbitrage ou d'une médiation, les solutions envisageables sont multiples. Il appartient à l'avocat de les élaborer et d'en expliquer les avantages et inconvénients pour que son client puisse prendre une décision sur la suite à donner aux événements constatés.

V. L'enquête en tant qu'activité typique de l'avocat

1. La comparaison des activités de l'enquêteur et de l'avocat

La comparaison entre l'activité de l'enquêteur interne et celle de l'avocat dans son activité typique – telles qu'elles viennent d'être décrites – conduit à la conclusion qu'il n'y a pas d'opposition de principe ou de nature entre l'une et l'autre. Dans les deux cas, il s'agit d'établir des faits, après avoir effectué l'enquête nécessaire notamment au sein de l'entreprise, d'analyser les conséquences juridiques des faits constatés et, enfin, d'émettre les recommandations nécessaires à l'intention du client. A première analyse, l'enquête interne est donc une activité typique de l'avocat, de

sorte qu'il n'y a pas d'obstacle de principe à ce que la protection du secret s'applique.

2. Le domaine juridique concerné par l'enquête

Le champ des activités juridiques de l'avocat n'a pas de limites, hormis naturellement celles des compétences de l'avocat concerné. Il n'y a pas de domaines juridiques qui seraient en eux-mêmes exclus du champ des activités typiques, pour autant que l'avocat se cantonne aux activités de représentation en justice ou de conseil juridique (*supra*, II).

La jurisprudence récente ne dit pas le contraire. C'est ainsi que le Tribunal fédéral fait une nette distinction entre le conseil offert au client en matière de constitution de sociétés *offshore* (utilité de telles sociétés, limites de ce procédé, compatibilité avec le droit des successions, conséquences fiscales, etc.) et le processus même de la constitution de la société et la conservation des documents sociaux (*supra*, II).²⁶ Le conseil en matière de sociétés *offshore* est une activité typique, alors que tout ce qui a trait à la constitution, l'administration et la gestion de la documentation sociale ne l'est pas. Autrement dit, le domaine des *offshore* n'est pas en lui-même hors du cercle des activités typiques; c'est la nature de l'activité de l'avocat qui est déterminante pour tracer la frontière entre les activités typiques et les atypiques.

Il en va de même du blanchiment d'argent. C'est en effet le même raisonnement que le Tribunal fédéral a tenu dans les deux arrêts dont l'analyse fait l'objet de la présente contribution; il relève que les conseils en matière de blanchiment entrent fondamentalement dans la catégorie des activités typiques: «*Die anwaltliche Rechtsberatung, auch zu juristischen Fragen der Geldwäscherei-Compliance, ist vom Anwaltsgeheimnis grundsätzlich geschützt*». ²⁷ Le TPF ne s'exprime pas autrement, lorsqu'il expose que: «*Zwar können die dem GwG unterstehenden Finanzinstitute auch bei Fragen des Geldwäscherei-, Rechtshilfe- oder Bankenaufsichtsrechts anwaltliche Rechtsberatung in Anspruch nehmen, welche durch das Anwaltsgeheimnis grundsätzlich geschützt ist*». ²⁸ Cela signifie que l'intervention d'un avocat au sein d'un établissement finan-

²⁶ TF, 1B_264/2018.

²⁷ TF, 1B_85/2016, consid. 6.1.

²⁸ TPF, BE.2018.3, consid. 9.2.

²⁵ TF, 5C.311/2001, c. 2b.

cier pour analyser des questions en relation avec la problématique du blanchiment d'argent n'est pas privée de la protection du secret, par principe, du seul fait que c'est cette problématique qui est en cause et que la LBA lui est applicable.

La conclusion que l'on peut tirer de cette analyse est qu'une enquête interne, quelle que soit la nature du sujet analysé, n'est pas en soi étrangère à l'activité typique et que, au contraire, elle lui correspond en tout point. Cette conclusion n'est toutefois que préalable, puisque, on va le voir, elle peut changer, suivant l'objet précis sur lequel doit porter l'intervention de l'avocat-enquêteur.

VI. L'enquête en tant qu'activité atypique de l'avocat

Les deux arrêts mettent en évidence trois points susceptibles de modifier cette conclusion. Les éléments essentiels qui ont conduit le Tribunal fédéral à refuser partiellement la protection du secret sont les suivants :

- L'avocat exécute des obligations propres de son client ;
- Ces obligations sont actuelles et non seulement passées ;
- L'exécution de ces obligations doit aboutir à une documentation qui démontre qu'elle a été correctement établie.

La particularité de ce raisonnement tient au fait qu'il est lié, dans les deux arrêts, à la lutte contre le blanchiment et à la législation y relative, ce qui va se révéler déterminant dans l'analyse qui suit.

1. L'exécution d'obligations propres de l'entreprise

Le Tribunal fédéral relève qu'un intermédiaire financier ne peut pas se substituer un avocat soumis au secret pour l'exécution de ses obligations propres découlant de la LBA et de l'OBA-FINMA. Si l'argument est difficilement contestable, il n'en est pas moins imprécis et source possible de confusions, car il risque de faire penser qu'un avocat ne pourrait jamais accomplir des obligations de son client au nom et pour le compte de ce dernier, sous peine de perdre de par la loi le bénéfice du secret. Or tel n'est à l'évidence pas le cas.

Il faut tout d'abord distinguer les véritables obligations des incombances, soit un comportement qu'un sujet de droit doit adopter pour ne pas subir des désagréments juridiques ou être exposé à la perte d'un droit.²⁹ On songe par exemple à l'avis des défauts en matière de vente (art. 201 al. 1 CO) ou de contrat d'entreprise (art. 367 al. 1 CO) ou à l'offre de locaux de remplacement faite par le bailleur au sens de l'art. 272a al. 2 CO. L'exécution de cette incombance peut être effectuée par un avocat, agissant au nom et pour le compte de son client. Il s'agit d'une mission que ce dernier confie à son avocat, en renonçant évidemment volontairement à tout secret pour cette partie du mandat, puisque, par définition, l'exécution d'un tel acte juridique par un avocat pour le compte de son client n'a pas vocation à rester secrète, mais à être officiellement exploitable.

La situation se présente sous un autre jour, s'il s'agit de l'exécution d'une véritable obligation. On peut prendre pour exemple celle de l'art. 328 CO qui dispose que « l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes ». Si, alors qu'un employeur constate des dysfonctionnements dans la conduite du personnel de son entreprise, il mandate un avocat pour prendre les mesures adéquates afin de protéger la personnalité des travailleurs, il accomplit son obligation, totalement ou partiellement, par l'intermédiaire d'un tiers. Ce procédé n'est pas en lui-même critiquable. En revanche, si l'employeur, en litige avec un employé victime de harcèlement, devait se prévaloir du secret professionnel couvrant l'entier de la mission qu'il a confiée à son avocat, il adopterait alors un comportement vide de sens, puisqu'il se trouverait incapable de prouver avoir exécuté l'obligation que le CO met à sa charge. Il en résulterait que, face à la justice, il serait réputé ne pas avoir pris des mesures de protection en faveur de ses employés et serait ainsi exposé à la responsabilité découlant de ce comportement, puisqu'il n'aurait pas prouvé un fait dont il avait le fardeau de la preuve. Si l'on imagine

²⁹ Merz, *Partie Générale Tome I, Droit des obligations*, traduction française par Pierre Giovannoni, in *Traité de droit privé suisse VI*, tome I, Fribourg 1993, § 7, IV, p. 50-51.

difficilement un employeur adopter une telle position procédurale, il n'en reste pas moins qu'elle ne serait pas de nature en remettre juridiquement en cause l'existence du secret de l'avocat.

L'argument du Tribunal fédéral n'est donc pas en lui-même décisif, s'il n'est pas limité à des obligations dont le débiteur doit rendre compte à l'autorité et documenter son action, en raison d'une législation spécifique.

2. Les obligations actuelles du client

Dans son premier arrêt rendu sur le secret professionnel dans une enquête interne, le Tribunal fédéral relève³⁰ que les obligations que la LBA impose à l'intermédiaire financier – qui naissent d'ailleurs déjà pendant la phase précontractuelle (art. 9 al. 1 let. b LBA) – existent non seulement au moment de l'établissement de la relation d'affaires, mais perdurent tout au long de la relation que ce dernier entretient avec son client. Elles vont même au-delà en ce qui concerne la conservation des documents, puisque l'art. 7 al. 3 LBA dispose que l'intermédiaire financier conserve les documents dix ans après la cessation de la relation d'affaires ou après la fin de la transaction. C'est dire que l'enquêteur, qui est appelé en renfort pendant qu'une relation d'affaires est en cours, intervient à un moment où l'intermédiaire financier doit encore exécuter ses obligations. Il ne suffit donc pas pour l'enquêteur de constater que les mesures nécessaires ont été ou n'ont pas été prises au moment où le client a été accepté, il lui faut encore analyser ce qu'il faut faire face à une situation suscitant soit des besoins de clarification (art. 6 LBA) soit une obligation de communication au MROS (art. 9 LBA). Dans l'accomplissement de sa mission, l'enquêteur sera inévitablement amené à examiner l'adéquation des mesures organisationnelles prises par l'intermédiaire financier pour satisfaire aux obligations que la LBA impose à ce dernier.

Il est vrai que cette situation se distingue fondamentalement de celle dans laquelle l'avocat intervient, alors que l'entreprise fait face à une réclamation d'un client sur le plan civil. On prendra pour exemple une réclamation fondée sur l'art. 55 CO pour une atteinte à la santé subie en raison d'un produit défectueux. La jurisprudence a établi le principe que,

dans le cadre de la fabrication, par une entreprise, de produits pouvant être dangereux pour la vie ou l'intégrité corporelle, la responsabilité de l'employeur est engagée sans que ce dernier ne puisse réellement apporter une preuve libératoire. En effet, dans un tel cas, l'entreprise doit non seulement être organisée de façon rationnelle, mais également prévoir un contrôle final des produits. Si un tel contrôle final est impossible, le producteur doit choisir un autre mode de fabrication.³¹ La jurisprudence et la doctrine ont ainsi précisé qu'une entreprise doit non seulement veiller à la bonne construction et fabrication du produit, mais doit également correctement instruire et surveiller ses employés.³² Il est certes exact que cette obligation organisationnelle perdure évidemment au-delà du moment de la survenance des faits donnant matière à ce litige. Il n'en reste pas moins que l'intervention de l'avocat, dans une telle hypothèse, se limite à l'analyse de faits passés et que ce dernier ne concourt pas à l'exécution d'obligations actuelles de son client.

Cette différence tient à la nature de la mission confiée à l'avocat : dans le premier cas, elle porte sur des faits et des obligations actuels, dans le second sur des faits et des obligations passés.

Cela dit, il est de nombreuses situations, autres que celle du blanchiment d'argent, dans lesquelles un avocat accompagne une entreprise en difficulté et qui cherche à accomplir au mieux ses obligations. Un exemple classique est celui du possible surendettement de l'entreprise et des mesures à prendre, eu égard aux exigences de l'art. 725 CO. L'avocat va alors assister le conseil d'administration, notamment en prenant part comme invité à ses délibérations, dans les réflexions qui vont le conduire à une prise de décision. Nul ne conteste que cette activité est typique et qu'elle bénéficie de la protection du secret.

On ne voit en matière de lutte contre le blanchiment aucune spécificité qui aurait pour conséquence que le rôle de l'avocat, qui accompagne la direction de l'établissement bancaire ou financier dans l'application des règles de la LBA, change de nature. Qu'il fournisse des conseils à son client tant sur les faits passés – la manière dont la relation d'affaires a été conclue et suivie – que sur la situation actuelle et les mesures à prendre pour satisfaire aux obligations de

³¹ ATF 110 II 456 = JdT 1985 I 378.

³² TF, 4C.307/2005; Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4^e éd., Zurich 2008, N 951.

³⁰ TF, 1B_85/2016, consid. 7.5.

la LBA – une clarification, une rupture des relations d'affaires, une communication au MROS, une réorganisation de différents services –, sa mission reste la même : il est un conseiller juridique étroitement lié à l'activité de son client et rien ne l'empêche d'accomplir lui-même certaines tâches qui reviennent à ce dernier.

3. L'établissement de la documentation appropriée

Pour le Tribunal fédéral, l'argument décisif pour considérer que l'activité de l'avocat qui accomplit l'une des tâches d'un intermédiaire financier aux termes de la LBA n'est pas protégée par le secret professionnel tient au fait qu'elle a pour objet des obligations dont l'exécution, d'une part, doit faire l'objet d'une documentation et, d'autre part, est soumise à la surveillance de l'autorité.

Cet argument emporte l'adhésion, s'il se limite strictement à la documentation qui doit effectivement être tenue à la disposition des autorités, attestant de la complétude et de la qualité de l'exécution des obligations de l'intermédiaire financier. Il ne limite d'ailleurs pas au seul domaine de la lutte contre le blanchiment. Dans l'exemple donné ci-dessus d'un avocat assistant un conseil d'administration dans une situation de surendettement, son intervention ne pourra pas avoir pour effet de contourner les exigences de l'art. 713 al. 3 CO qui dispose que « les délibérations et les décisions du conseil d'administration sont consignées dans un procès-verbal signé par le président et le secrétaire ». A l'évidence, la société ne pourra pas, afin d'échapper à cette obligation documentaire, confier la rédaction du procès-verbal à son avocat, pour soutenir ultérieurement que le document est couvert par le secret professionnel. Il en va de même du procès-verbal de l'assemblée générale, dont la teneur est expressément réglementée par l'art. 702 CO, disposition qui ne peut être contournée par l'intervention d'un avocat soumis au secret.

L'argument ne tient en revanche pas, s'il est censé s'étendre aux conseils qu'un avocat fournit à l'intermédiaire financier tout au long du processus d'exécution des obligations de ce dernier découlant de la LBA. Comme mentionné ci-dessus, il n'est pas de domaine juridique qui ne puisse faire l'objet d'un mandat d'avocat ; celui de la lutte contre le blanchiment n'est pas régi par des règles particulières qui consti-

tueraient une exception, ce que le Tribunal fédéral énonce d'ailleurs expressément (*supra*, V.2).

La loi elle-même ne voit pas de contradiction entre l'obligation faite à une entreprise de renseigner l'autorité et de tenir à la disposition de cette dernière la documentation pertinente, d'une part, et la protection du secret de l'avocat, d'autre part. C'est ainsi que l'art. 40 LCart dispose que « les parties à des ententes, les entreprises puissantes sur le marché, celles qui participent à des concentrations d'entreprises ainsi que les tiers concernés sont tenus de fournir aux autorités en matière de concurrence tous les renseignements utiles et de produire toutes les pièces nécessaires ». Ce principe étant posé, la loi ajoute que « Le droit de refuser de fournir des renseignements est régi par les art. 16 et 17 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative ». Cette dernière renvoie à son tour à l'art. 42 al. 3 PCF qui, en son alinéa 1 let. b, réserve le secret de l'avocat. La LCart fait donc expressément coexister l'obligation pour l'entreprise de renseigner les autorités d'une part et le secret de l'avocat d'autre part.

On ne voit pas qu'il en aille différemment des activités de *compliance*, *d'audit* et de *controlling* en matière bancaire. Il s'agit certes d'obligations propres de la banque, dont elle doit pouvoir rendre compte de l'exécution et du respect. Pour connaître la nature et l'étendue de ces devoirs, il faut se déférer à la Circulaire 1017/1 de la FINMA « Gouvernance d'entreprise – banques », en particulier les chapitres IV et V qui énumèrent les organes responsables. Cela ne rend pourtant pas incompatibles avec l'intervention d'un avocat. Comme le relève le Tribunal fédéral, non seulement le domaine du blanchiment d'argent ne se situe pas, par principe, hors du champ des activités typiques de l'avocat, mais la banque peut également déléguer une partie de l'exécution de ses devoirs à des tiers, au nombre desquels un avocat, en particulier dans les cas complexes.³³ Que cette délégation soit faite à des sociétés d'audit, à des détectives ou à des avocats ne change pas la situation du secret. Dans tous les domaines qui sortent du cadre de l'un des monopoles de l'avocat institués par les lois de procédure, les avocats qui exercent l'activité typique de conseil juridique le font en concurrence avec d'autres professionnels, qu'il s'agisse de notaires, d'avocats étrangers, de conseillers juridiques non inscrits à un

³³ TF, 1B_85/2016, consid. 6.5.

registre cantonal d'avocats, de fiduciaires, de banques ou d'assurances. Personne n'a jamais prétendu que ces activités typiques, qui sont hors du cadre d'un monopole, ne bénéficieraient pas de la protection du secret de ce seul fait. En d'autres termes, le fait qu'une mission confiée à un avocat aurait également pu l'être à un autre professionnel n'a pas d'impact sur l'application du secret professionnel au travail effectué par l'avocat.

Dans le domaine de la lutte contre le blanchiment, la question de l'activité typique ou atypique, telle qu'elle a été posée par le Tribunal fédéral, se révèle finalement être un *distinguo* inapproprié. A l'inverse des situations dans lesquelles le Tribunal fédéral a développé au cours des décennies le concept d'activité typique de l'avocat, les deux arrêts présentement analysés ne concernaient pas des avocats qui auraient agi dans le contexte d'activités commerciales étrangères à leur métier (administration de société, gestion de fortune, etc.), pour autant que l'on puisse en juger avec précision, les renseignements donnés dans les arrêts sur les documents réunis ou produits par les avocats étant insuffisants pour se forger une idée définitive sur leur nature exacte.

Lorsqu'un avocat collabore à l'exécution des obligations d'un intermédiaire financier découlant de la LBF ou qu'il l'assiste dans cette tâche, ce n'est que si son intervention paraît insolite, notamment en raison du fait que l'on ne comprend pas en quoi les compétences d'un avocat seraient utiles en regard de la mission à exécuter, que l'on doit se poser la question d'un possible contournement de la loi et, partant, d'un abus de droit. Ce qui, en réalité, est en cause, c'est le fait que le résultat du travail de l'avocat – protégé par le secret – se substituerait à celui de son client, de sorte que ce dernier ne serait plus en mesure de rendre compte de sa propre activité à son autorité de surveillance ou aux autorités, en violation des exigences légales et réglementaires.

Il faut conclure de ce qui précède que la protection du secret ne doit être refusée que dans l'hypothèse où la banque ou l'intermédiaire financier tente, en recourant de manière abusive au secret de son avocat, de contourner la loi et, partant, de se soustraire à ses obligations documentaires. En effet, contrairement au cas évoqué ci-dessus (VI.1) d'un procès civil dans lequel une partie échouerait – à son seul détriment – à apporter la preuve de l'accomplissement de l'une de ses obligations, en recourant au secret de son avocat, la personne soumise à une surveillance éta-

gique et à une obligation documentaire se soustrait à une obligation impérative de droit public.

VII. Les conséquences pratiques

Si, contrairement à l'avis exprimé au chapitre précédent, on s'en tient à la distinction activités typiques/atypiques, ainsi que l'a fait le Tribunal fédéral, les conséquences pratiques que l'on peut tirer de deux cas qu'il a jugés ne sont pas nouvelles ; elles sont celles qui concernent tous les mandats mixtes d'un avocat, soit les mandats mêlant des activités typiques et des activités atypiques. En cas de mandat mixte, il s'institue un double régime pour ce qui est du secret : les premières sont soumises au secret, alors que les secondes ne le sont pas (*supra*, I).³⁴ Ce double régime devrait conduire l'avocat à effectuer une stricte distinction entre ses activités typiques et les atypiques : constitution de dossiers différents, absence de traitement dans un même document (courrier, email, memorandum ou rapport d'entretien) de questions relevant des deux activités et, selon l'ampleur du cas et le nombre d'avocats impliqués dans son traitement, constitution d'équipes différentes affectées à chacune des catégories de tâches à exécuter, sont autant de mesures qu'il sera indispensable de prendre pour protéger le secret de manière efficace. Cette problématique ne se limite d'ailleurs pas à la question des enquêtes internes et c'est de manière générale que l'avocat devrait procéder de la sorte, aussitôt qu'il pratique dans deux domaines d'activités différents.³⁵

Le premier arrêt analysé fait comprendre que les activités de l'étude d'avocats ont changé de nature en cours d'exécution. Le mandat initial a évolué au cours du temps et la mission confiée semble s'être considérablement élargie, ce qui, selon les indications ressortant de l'arrêt, en aurait partiellement modifié la nature. C'est un danger qui guette tout avocat dans la conduite d'un mandat long et complexe, dans lequel le mandant est susceptible de donner de nouvelles instructions en fonction des développements survenus depuis le début de l'affaire. Cela signifie que l'avocat devra être vigilant et s'assurer que l'évolution de son mandat n'en affecte pas la nature. Dans le cas

³⁴ Chappuis (n. 7), p. 189.

³⁵ Chappuis, Les sociétés d'avocats et l'indépendance structurelle. Tribunal fédéral, 2C_560/2015, Revue de l'Avocat, 4/2016, p. 185–186.

contraire, il devra alors prendre sans tarder les mesures préconisées ci-dessus.

Conclusion

Le résultat auquel le Tribunal fédéral est parvenu dans les deux affaires qu'il a eues à juger ne paraît pas critiquable dans son principe, encore que la situation ne soit pas totalement claire en raison de l'absence de détails suffisamment précis pour apprécier exactement la nature de la documentation concernée.

En revanche, on doit souligner que les deux cas semblent avoir présenté des caractéristiques communes qui les rendaient relativement exceptionnels : le secret aurait permis à la banque de contourner les obligations que la LBA et l'OBA-FINMA lui imposent. C'est donc exclusivement par le biais de l'abus de droit que l'analyse d'une telle situation doit s'effectuer. Le recours à la notion d'activités typiques pour apprécier la nature du travail accompli par les avocats est en effet de peu de secours, puisque leur intervention ne relevait pas d'une activité commerciale qui aurait été exclue du champ du secret professionnel.