



Benoît Chappuis, Dr en droit, avocat à Genève, Lenz & Staehelin, Professeur titulaire aux Universités de Genève et Fribourg<sup>1</sup>

# 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

## Table des matières

- I. Introduction
- II. Le cadre juridique de la lutte contre le blanchiment d'argent
  1. Le cadre international
    - a) Les conventions de l'ONU
    - b) Les conventions et directives européennes
      - aa) Le Conseil de l'Europe
      - bb) L'UE
    - c) Les recommandations du GAFI
  2. Le droit suisse
- III. La problématique du secret professionnel
  1. Le secret professionnel dans les recommandations du GAFI
  2. Le secret professionnel dans les Directives européennes et leurs transpositions en droit national
    - a) Les Directives 91/308/CEE et 2001/97/CE
    - b) La Directive 2005/60/CE et ses projets de refonte
    - c) Les transpositions nationales: l'exemple de la *Proceeds of Crime Act 2002*
- IV. La décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 6 décembre 2012 et son impact en droit suisse
  1. Les considérants de la Cour
  2. Le droit suisse: l'art. 9 al. 2 LBA

## I. Introduction

La Cour européenne des droits de l'homme («la Cour») a récemment eu l'occasion de juger de la conformité avec la CEDH de dispositions obligeant les avocats à communiquer aux autorités leurs soupçons de blanchiment.<sup>2</sup> Il s'agissait

de dispositions prises par le Conseil national des barreaux (France) destinées à mettre en œuvre les obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux telles qu'énoncées dans diverses directives européennes. L'avocat français qui avait porté l'affaire devant la Cour faisait valoir que ces dispositions portaient atteinte à la garantie de la confidentialité de la correspondance instituée à l'art. 8 CEDH et au secret professionnel de l'avocat. C'est à l'unanimité que la Cour a rejeté le recours, estimant que l'obligation de déclaration de soupçon incombant aux avocats dans le cadre de la lutte contre le blanchiment ne constituait pas une atteinte disproportionnée au secret professionnel.

Si elle n'apporte aucun élément fondamentalement nouveau, cette décision est importante en ce qu'elle met un terme à un débat qui s'était instauré quant à la compatibilité avec le secret professionnel des mesures imposées aux avocats aux termes des législations anti-blanchiment. Elle constitue donc une occasion de rappeler succinctement le cadre juridique dans lequel les avocats suisses évoluent et quelles sont les ressemblances que le système mis en place dans notre pays a avec celui qui découle des directives européennes.

Le sujet est important car la communauté des avocats a tardé à comprendre que la problématique de la lutte contre le blanchiment la concernait. Pendant des décennies, de nombreux avocats n'ont guère vu de rapport entre leurs activités et la lutte contre le blanchiment. Or, après l'instauration de mesures rigoureuses contre le blanchiment dans le secteur bancaire au cours des années 90, nombre de délinquants tentèrent d'utiliser les avocats comme introducteurs dans le système financier afin de contourner les contrôles nouvellement institués. Les avocats, du fait des conseils qu'ils donnent en matière financière et fiscale, de leur participation à la création de *trusts* et d'autres entités, de leurs interventions en matière de transfert de propriété et d'investissement, devinrent l'un des moyens d'accès au secteur bancaire. C'est ce qui a conduit le GAFI à les décrire comme les *gatekeepers* du blanchiment<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> L'auteur remercie M. Jacques Douzals, titulaire d'un master en droit et assistant à l'Université de Fribourg, pour sa relecture attentive de la présente contribution.

<sup>2</sup> CEDH du 6.12.2012, *Michaud c. France*, requête no 12323/11.

<sup>3</sup> International Bar Association, Anti-Money Laundering Forum – Lawyers and Money Laundering, FATF Recommendations on Lawyers;

Rapidement, les avocats furent donc l'objet de l'attention des divers législateurs concernés par cette problématique.

La question centrale qui se posa dans l'application aux avocats de l'arsenal de la lutte contre le blanchiment fut 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 est susceptible d'entrer en conflit avec celle qui impose le secret à l'avocat.

## II. Le cadre juridique de la lutte contre le blanchiment d'argent<sup>4</sup>

Le système législatif suisse anti-blanchiment n'est pas isolé: il a été élaboré durant les dernières décennies, au moment où le phénomène décrit en introduction s'est produit, soit la prise de conscience au niveau international de l'ampleur du blanchiment d'argent criminel et des dangers que le phénomène représentait pour l'économie. Il est ainsi certain que les règles suisses ont été inspirées, voire dictées dans une certaine mesure, par des réglementations supranationales dont il est donc nécessaire d'esquisser brièvement les contours.

### 1. Le cadre international

#### a) Les conventions de l'ONU

Il existe différentes conventions de l'ONU (notamment la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de Vienne du 20 décembre 1988, la Convention pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999 et la Convention contre la corruption de Mérida du 9 décembre 2003) qui ne sont mentionnées ici que pour mémoire dans la mesure où, non seulement elles ne sont pas d'application directe dans les pays membres, mais surtout elles ne contiennent aucune disposition spécifique aux avocats.

#### b) Les conventions et directives européennes

Parmi les différentes conventions conclues au niveau européen, il faut distinguer celles à laquelle la Suisse est partie de celles qui sont conclues dans le cadre de l'Union européenne.

##### aa) Le Conseil de l'Europe

Il existe un certain nombre de conventions du Conseil de l'Europe consacrées à la lutte contre le blanchiment d'argent et la criminalité ainsi qu'à l'entraide internationale. On men-

tionnera particulièrement celle relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime<sup>5</sup>, à laquelle la Suisse est partie. Elle fixe certaines mesures à prendre par les pays signataires et fixe les bases de la coopération internationale. Elle ne contient aucune disposition régissant de manière spécifique les avocats.

##### bb) L'UE

L'UE s'est dotée de diverses normes en matière de lutte contre le blanchiment. Le sujet méritera ci-après quelques développements puisque ce sont ces directives qui sont à l'origine de la décision de la CEDH présentement analysée.

La plus importante de ces directives est la Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil européen 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. Ce texte ne concerne évidemment pas directement la Suisse puisque que les directives européennes ne s'appliquent qu'aux pays membres de l'UE. Dans la mesure où elle fixe les standards auxquels la législation de chaque pays membre doit se conformer, on mesure l'importance qu'elle revêt pour le développement de la lutte contre le blanchiment en Europe. En raison des relations étroites, sinon toujours apaisées, entre les pays entourant la Suisse et cette dernière, il est certain que ces exigences exercent inexorablement une influence déterminante sur l'évolution des normes édictées par les autorités helvétiques. Comme on le verra, cette directive comporte des dispositions spécifiques sur les avocats, indirectement à la base de l'arrêt de la Cour mentionné en introduction.

##### c) Les recommandations du GAFI

Un certain nombre de pays créèrent, en 1989, le Groupe d'action financière (GAFI). Il s'agit d'un organisme intergouvernemental qui regroupe actuellement trente-six membres, dont la Suisse. Les objectifs du GAFI consistent en l'élaboration de normes et en la promotion de l'application efficace de mesures législatives, réglementaires et opérationnelles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, de financement du terrorisme et d'autres menaces liées pour l'intégrité du système financier international. Cet organisme a essentiellement édicté «Quarante recommandations», auxquelles se sont ajoutées neuf autres concernant le financement du terrorisme. La dernière version de ce texte, adoptée au mois de février 2012, regroupe maintenant les quarante-neuf recommandations.

Ces dernières n'ont pas d'effet contraignant pour les Etats. Elles se sont cependant imposées comme un standard international puisqu'elles énoncent les mesures que doit

CASSANI, La «Proceeds of Crime Act 2002» du Royaume-Uni, RPS 2004, 324.

<sup>4</sup> Pour une présentation complète de l'histoire de la lutte contre le blanchiment et du cadre juridique actuel tant au niveau national qu'international; cf. CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique et la politique de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent, RDS 2008 II 227, passim.

<sup>5</sup> Convention signée à Strasbourg le 8 novembre 1990, RS 0.311.53. Cette convention a été modifiée le 16 mai 2005 à Varsovie. La Suisse n'a encore ni signé ni ratifié le nouveau texte; cela semble toutefois être imminent.



prendre un pays pour combattre efficacement le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. La Banque Mondiale, le FMI et le Conseil de Sécurité de l'ONU les ont officiellement reconnues comme normes internationales et plus de cent-cinquante pays se sont engagés à les respecter.

Ces recommandations concernent également directement le sujet qui est présentement analysé, soit celui de la soumission des avocats à certaines des normes destinées à lutter contre le blanchiment. La vingt-deuxième de ces recommandations traite en effet spécifiquement des avocats en disposant que ces derniers sont soumis aux obligations de vigilance relatives à la clientèle et de conservation des documents prévues par les recommandations 10, 11, 12, 15 et 17 lorsqu'ils préparent ou effectuent des transactions pour leurs clients concernant les activités suivantes:

- Achat et vente de biens immobiliers;
- Gestion de capitaux, de titres ou autres actifs du client;
- Gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de titres;
- Organisation des apports pour la création, l'exploitation ou la gestion de sociétés;
- Création, exploitation ou administration de personnes morales ou de constructions juridiques, et achat et vente d'entités commerciales.

La vingt-troisième recommandation ajoute que «les avocats, les notaires, les autres professions juridiques indépendantes et les comptables devraient être obligés de déclarer les opérations suspectes lorsque, au nom ou pour le compte d'un client, ils effectuent une opération financière en lien avec les activités décrites au point (d) de la recommandation 22» (soit les activités décrites ci-dessus).

Les pays membres – dont la Suisse – sont ainsi invités à soumettre les avocats à une obligation de communiquer leurs soupçons de blanchiment pour certaines de leurs activités et, partant, à limiter leur secret professionnel dans cette proportion.

## 2. Le droit suisse

Le système suisse de lutte contre le blanchiment est composé de normes incorporées dans diverses lois, ordonnances et textes d'autorégulation: le CP qui réprime certains comportements (art. 305<sup>bis</sup> et 305<sup>ter</sup>), la LBA, diverses ordonnances fixant différentes obligations aux intermédiaires financiers édictées soit par le Conseil fédéral soit par la FINMA, autorité chargée de la surveillance des intermédiaires financiers depuis 2009 (notamment l'OIF<sup>6</sup> et l'OBA-FINMA) et la CDB. Le sujet qui retiendra l'attention ici est celui de la soumission des avocats aux obligations imposées par la LBA.

Les avocats, lorsqu'ils sortent du cadre de leurs activités typiques et pratiquent l'intermédiation financière telle que décrite à l'art. 2 al. 3 LBA, sont soumis à la LBA<sup>7</sup>. Les acti-

vités typiques de l'avocat consistent, d'une part, à représenter les parties en justice et, d'autre part, à dispenser des conseils juridiques. Toute autre activité (administration de société, gestion de fortune, courtage, intermédiation financière, etc.) est considérée comme atypique ou non traditionnelle<sup>8</sup> et, partant, est susceptible de tomber sous le coup de la LBA. De surcroît, il faut se souvenir que la notion d'intermédiation financière au sens de la LBA est plus étroite que la définition des activités soumises aux obligations de vigilance relatives à la clientèle, en vertu des recommandations du GAFI ou de la Directive européenne.

## III. La problématique du secret professionnel

Un des outils essentiels de la lutte contre le blanchiment réside dans le devoir de communication imposé à l'intermédiaire financier lorsque ce dernier a des soupçons d'actes de blanchiment de la part d'une personne pour le compte de laquelle il agit. L'obligation de communiquer de tels soupçons est, par nature, contradictoire avec une obligation de conserver le secret. Si ces obligations contradictoires portent sur des faits identiques, il en résulte un conflit insurmontable pour la personne qui y est soumise. Pour que le système fonctionne, il s'agit de délimiter le champ d'application des deux obligations, en ayant conscience que toute extension de celui de l'obligation de communiquer se fait au détriment de celui de l'obligation de conserver le secret. L'enjeu de la question consiste dès lors dans l'arbitrage entre deux principes fondamentaux: d'une part, la protection de la société contre les dangers du crime organisé et, d'autre part, le respect de la confidentialité des relations s'établissant entre l'avocat et son client, essentielle au bon fonctionnement de la justice.

### 1. Le secret professionnel dans les recommandations du GAFI

Les recommandations du GAFI tiennent expressément compte du secret. Pour mesurer l'étendue de cette protection, il vaut la peine de citer *in extenso* la note interprétative de la directive 23 ayant trait à l'obligation de déclaration des opérations suspectes à laquelle les avocats sont soumis:

«Les 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

principes essentiels, Zurich 2013, 210 ss. Pour une casuistique, DE CAPITANI, in: SCHMID (éd.), *Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei*, Bd. II, Zurich 2002, N 138 ss. Cf. également, GRABER/OBERHOLZER, *Das neue GwG: Gesetzesausgabe mit englischer Übersetzung, Ausführungserlassen und Anmerkungen*, 3e édition, Zurich 2009, art. 9 N 17–21 concernant les activités typiques et atypiques des avocats en lien avec la question de l'intermédiation financière et du blanchiment.

8 ATF 135 III 410, c. 3.3.

6 RS 955.071.

7 Pour une présentation de la soumission des avocats aux règles de la LBA, cf. CHAPPUIS, *La profession d'avocat*. Tome I: le cadre légal et les

informations concernées ont été obtenues dans des circonstances couvertes par le secret ou le privilège juridique professionnels.

Il appartient à chaque pays de déterminer quelles sont les matières qui relèvent du privilège juridique ou du secret professionnels. Il s'agit normalement des informations que les avocats, les notaires ou les membres des professions juridiques indépendantes reçoivent ou obtiennent de leur client: (a) dans le cadre de l'évaluation de la situation juridique de celui-ci ou (b) lorsqu'ils accomplissent leurs devoirs de défense ou de représentation de ce client dans le cadre de procédures judiciaires, administratives, d'arbitrage ou de médiation, ou en lien avec ces procédures.

Les pays peuvent autoriser les avocats, les notaires, les membres d'autres professions juridiques indépendantes et les comptables à adresser leurs DOS<sup>9</sup> à l'OAR<sup>10</sup> compétent, à condition qu'il existe des formes satisfaisantes de coopération entre ces organismes et la CRF<sup>11</sup>.

Le fait que des avocats, notaires, membres d'une autre profession juridique indépendante ou comptables agissant en qualité de professionnels juridiques indépendants cherchent à dissuader un client de se livrer à une activité illégale ne constitue pas un cas de divulgation».

Il ressort de cette note que la question de la nature des activités couvertes par le secret et, partant, exemptes de l'obligation de communication des soupçons de blanchiment reste posée. Si l'activité judiciaire fait naturellement partie des activités protégées, le conseil juridique, lui, ne bénéficie d'un statut particulier que s'il a trait à l'évaluation de la situation juridique du client. Il n'en va en revanche apparemment 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.

## 2. Le secret professionnel dans les Directives européennes et leurs transpositions en droit national

### a) Les Directives 91/308/CEE et 2001/97/CE

La décision de la Cour citée en introduction n'est pas la première qui fut rendue par une juridiction supranationale. La question du secret professionnel avait en effet déjà été portée devant la CJUE<sup>12</sup> par différents ordres d'avocats belges qui critiquaient l'obligation faite aux avocats, aux termes de la Directive 91/308/CEE, de coopérer avec les autorités en cas de soupçons de blanchiment. Au moment où la procédure fut initiée, la Directive comprenait, suite à la promul-

gation d'une autre Directive (2001/97/CE) par le Parlement européen et le Conseil le 4 décembre 2001, un article 2 *bis* contenant une énumération des professions auxquelles les Etats membres devaient appliquer la Directive 91/308/CEE. Le chiffre 5 de cet article mentionne expressément les notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes, lorsqu'ils participent:

«a) en assistant leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant:

i) l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales;

ii) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs, appartenant au client;

iii) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuilles;

iv) l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés;

v) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies, de sociétés ou de structures similaires;

b) ou en agissant au nom de leur client et pour le compte de celui-ci dans toute transaction financière ou immobilière».

La modification de 2001 entraîna également une modification de l'art. 6 de la Directive de 1991 qui a, depuis lors, la teneur suivante: «Les États membres veillent à ce que les établissements et les personnes relevant de la présente directive, ainsi que leurs dirigeants et employés, coopèrent pleinement avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux». Cette disposition, combinée avec l'art. 2 *bis* nouveau, avait donc pour conséquence que les avocats étaient tenus de coopérer avec les autorités dans le cadre d'un certain nombre de leurs activités.

Devant la CJUE, le débat s'articula autour de la mise en opposition des activités judiciaires et extrajudiciaires de l'avocat. Les premières s'inscrivent dans le cadre de la garantie d'un procès équitable conférée au citoyen par la CEDH, alors que tel n'est pas le cas des secondes. La CJUE constata que le texte de la directive était certes ambigu mais qu'une interprétation conforme à la CEDH pouvait lui être donnée:

«Étant donné que les exigences découlant du droit à un procès équitable, impliquent, par définition, un lien avec une procédure judiciaire, et compte tenu du fait que l'article 6, paragraphe 3, second alinéa, de la directive 91/308 exonère les avocats, lorsque leurs activités sont caractérisées par un tel lien, des obligations d'information et de coopération visées à l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive, lesdites exigences se trouvent préservées.

En revanche, il y a lieu d'admettre que les exigences liées au droit à un procès équitable ne s'opposent pas à ce que, lorsqu'ils agissent dans le cadre précis des activités énumérées à l'article 2 bis, point 5, de la directive 91/308, mais dans un contexte ne relevant pas de l'article 6, paragraphe 3, second alinéa, de ladite directive, les avocats soient soumis aux obligations d'information et de coopération insti-

<sup>9</sup> «Déclaration d'opération suspecte» (DOS).

<sup>10</sup> «Organisme d'autorégulation» (OAR).

<sup>11</sup> «Cellule de renseignements financiers» (CRF).

<sup>12</sup> CJUE, arrêt du 26.6.2007, affaire C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a. contre Conseil des ministres.





tuées par l'article 6, paragraphe 1, de cette directive, dès lors que de telles obligations sont justifiées, ainsi que le souligne notamment le troisième considérant de la directive 91/308, par la nécessité de lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux qui exerce une influence évidente sur le développement du crime organisé, lequel constitue lui-même une menace particulière pour les sociétés des États membres.

Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de constater que les obligations d'information et de coopération avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux prévues à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/308 et imposées aux avocats par l'article 2 bis, point 5, de cette directive, compte tenu de l'article 6, paragraphe 3, second alinéa, de celle-ci, ne violent pas le droit à un procès équitable, tel qu'il est garanti par les articles 6 de la CEDH et 6, paragraphe 2, UE» (considéranants 35–37).

Quand bien même la CJUE rejeta le recours dont elle avait été saisie, elle n'en a pas moins limité l'étendue de la Directive en prenant en compte les principes de la CEDH. Cela dit, elle laissa entière la question du conseil juridique qui semble ainsi toujours menacé par l'extension des moyens de lutte contre le crime organisé et le blanchiment d'argent.

La transposition en droit suisse des principes dégagés par la CJUE doit être faite avec prudence. En effet, le distinguo entre activités judiciaires et activités extrajudiciaires est évidemment connu des juristes suisses; il ne constitue cependant pas le critère déterminant retenu pour délimiter le champ d'application des obligations mises à charge des avocats par la LBA (cf. infra IV.2.).

#### b) La Directive 2005/60/CE et ses projets de refonte

La Directive ayant donné matière à cette décision judiciaire a été remplacée par la Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 dont la refonte est actuellement à l'étude. Les travaux en cours suscitent des inquiétudes dans les organisations internationales d'avocats. C'est ainsi que l'Union Internationale des Avocats (UIA) a publié, le 11 juin 2012, une prise de position sur les Directives de l'UE relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme<sup>13</sup>. L'UIA y manifeste notamment son inquiétude quant à l'étendue limitée dans la Directive de la notion de consultation juridique, notion qui est déterminante pour conférer la protection du secret à l'activité de l'avocat: en effet, seule l'évaluation juridique de la situation du client bénéficie de la protection du secret professionnel alors que tel n'est pas le cas des autres activités de conseil.

#### c) Les transpositions nationales: l'exemple de la *Proceeds of Crime Act 2002*

Les directives européennes doivent donner matière à des législations spécifiques dans les divers pays de l'UE. Cette transposition en droit national ne se fait pas sans que la question du secret de l'avocat ne se pose à nouveau. Avant même que ne soient adoptées les mesures prises par le Conseil national des barreaux français qui ont donné lieu à l'arrêt de la Cour, il faut citer les dispositions anglaises adoptées en conformité avec les Directives européennes, particulièrement la «*Proceeds of Crime Act 2002*» dont l'application a soulevé des difficultés considérables et qui a mis en évidence la tension qui peut exister entre la lutte contre le blanchiment et le secret professionnel<sup>14</sup>. C'est une procédure de divorce qui a spécialement montré les difficultés de concilier secret professionnel et obligation de communication. Dans une affaire désormais célèbre<sup>15</sup>, les avocats de l'épouse acquièrent le soupçon que le mari avait commis des infractions fiscales. Cela les conduisit à craindre de commettre eux-mêmes une infraction en concluant un arrangement pour le compte de leur cliente, accord dont l'exécution au moyen d'avoirs non déclarés aurait pu constituer un acte de blanchiment. Le juge en charge de l'affaire civile, auprès duquel les avocats s'en ouvrirent, estima que les soupçons étaient fondés. Le tribunal jugea donc que c'était à bon droit que les avocats de l'épouse avaient fait part de leurs soupçons au *National Criminal Intelligence Service (NCIS)* et qu'ils avaient informé le tribunal lui-même de cette démarche<sup>16</sup>. Cette solution est particulièrement incisive par rapport au régime prévalant en Suisse où il serait inconcevable, pour l'heure, que des avocats soient obligés de communiquer leurs soupçons dans le cadre d'une activité typique telle que la négociation d'une convention de divorce.

## IV. La décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 6 décembre 2012 et son impact en droit suisse

### 1. Les considérants de la Cour

Dans la décision mentionnée en introduction, la Cour eut à se prononcer sur la conformité des directives européennes avec les garanties de la CEDH; elle fut appelée à statuer sur un recours interjeté par un avocat français contre les dispositions d'application des directives européennes prises par le Conseil national des barreaux français. Dans sa décision, la Cour rappelle l'importance qu'elle a toujours accordée dans sa jurisprudence – notamment dans deux arrêts rendus

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Pour une présentation générale de la *Proceeds of Crime Act 2002*, cf. Cassani, *Proceeds of Crime* (n. 3), passim.

<sup>15</sup> P v P, [2003] EWCH Fam 2260 du 8 octobre 2003.

<sup>16</sup> Pour une analyse de cet arrêt et de ses conséquences, CASSANI, *Proceeds of Crime* (n. 3), 317, 324–326 et références citées.

contre la Suisse<sup>17</sup> – au respect de la correspondance d’avocat, nécessaire au bon fonctionnement de la justice (§ 117). Selon la Cour, l’art. 8 CEDH accorde une protection renforcée à cette correspondance. C’est au motif que la confidentialité de cette dernière est un corollaire indispensable de la mission de l’avocat dans le fonctionnement de la justice que la Cour indique avoir fondé sa jurisprudence. La défense des justiciables et la confiance que ces derniers doivent pouvoir faire à leur avocat requièrent une confidentialité renforcée. La Cour souligne qu’il s’agit d’un des principes fondamentaux d’une société démocratique.

Ces considérations ont donc toujours amené la Cour à se montrer exigeante par rapport aux conditions auxquelles une ingérence de l’Etat peut être admise conformément à l’art. 8 al. 2 CEDH. En particulier, la nécessité qu’invoque un Etat doit correspondre à un besoin social impérieux alors que la mesure envisagée doit être proportionnée au but poursuivi. Cela dit, même si le secret professionnel de l’avocat est un fondement d’un Etat démocratique, il n’est pas intangible et un besoin impérieux de l’Etat, tel qu’il vient d’être rappelé, peut le limiter. La Cour le souligne avec fermeté: l’Etat doit pouvoir prendre les mesures nécessaires pour lutter contre des attaques qui seraient susceptibles de mettre en danger la démocratie. Or le blanchiment représente précisément un tel danger.

Le recourant faisait valoir que cette entorse au secret professionnel n’était pas nécessaire car tout avocat qui assisterait un client dans une opération de blanchiment serait personnellement exposé à des poursuites disciplinaires et pénales. Tout en se déclarant sensible à cet argument, la Cour a néanmoins relevé que le fait qu’un comportement soit sanctionné pénalement n’empêche pas un Etat de mettre également sur pied des mesures préventives.

L’élément décisif a cependant résidé dans le fait que ce n’était de loin pas l’ensemble des activités des avocats qui était soumis à l’obligation de communiquer les soupçons. Seul un certain nombre d’activités clairement définies (transactions immobilières, transactions sur fonds de commerce, ouverture de comptes bancaires, opérations fiduciaires, etc.) tombe dans le champ d’application de cette norme. La Cour en a donc conclu que «l’obligation de déclaration de soupçon ne touche pas à l’essence même de la mission de défense qui [...] constitue le fondement du secret professionnel des avocats» (§ 127 in fine).

La Cour a enfin relevé que l’avocat français n’avait pas à transmettre ses soupçons directement à l’autorité (Tracfin) mais bien au bâtonnier, personne la mieux à même d’apprécier la question du secret professionnel. Cette intervention du bâtonnier constitue aux yeux de la Cour une garantie supplémentaire.

## 2. Le droit suisse: l’art. 9 al. 2 LBA

Le système mis en place par le droit suisse tient expressément compte du secret professionnel de l’avocat. L’art. 9 al. 2 LBA dispose que «les avocats et les notaires ne sont pas soumis à l’obligation de communiquer leurs soupçons dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel en vertu de l’art. 321 du code pénal». La rédaction de cette disposition est cependant malheureuse. Elle laisse en effet entendre que, lorsqu’ils sont astreints au secret professionnel, les avocats et les notaires sont exemptés de la seule obligation de communication de l’art. 9 al. 1 LBA, ce qui, *a contrario*, pourrait signifier qu’ils restent soumis aux obligations de la LBA autres que celles de communiquer. Tel n’est cependant pas le cas. Les avocats sont soumis au secret professionnel lorsqu’ils exercent des activités typiques, lesquelles n’englobent pas l’intermédiation financière. Autrement dit, si un avocat a une obligation de secret, c’est qu’il exerce une activité typique et que, partant, il n’est pas soumis à la LBA ni à aucune de ses obligations, notamment celle de communication. Inversement, si l’avocat a une activité d’intermédiaire financier, les informations qu’il détient ne sont pas protégées par le secret professionnel et il est lui-même soumis à la LBA et à toutes ses obligations, au nombre desquelles celle de communication. La précision apportée par l’art. 9 al. 2 LBA constitue en réalité un regain de précaution – destiné à insister sur le fait que l’avocat soumis au secret n’a pas de devoir de communication – mais apporte plus de confusion que de clarté. Cet alinéa 2 est en réalité inutile<sup>18</sup>.

Pour tirer des parallèles avec la décision de la Cour, il faut observer que le droit suisse va au-delà de la protection minimale requise par la CEDH qui, selon la Cour, se limiterait aux activités qui relèvent de l’essence même de la défense. Le droit suisse étend sa protection à toute activité de conseil juridique, ce qui constitue une différence aussi notable qu’appréciable avec le régime ressortant des nouvelles normes européennes.

En revanche, contrairement au système français qui a donné matière au recours, les avocats suisses soumis à l’obligation de communication ne peuvent pas le faire auprès d’une autorité particulière – tel le bâtonnier en France – mais doivent le faire auprès du Bureau de communication (MROS) comme tout autre intermédiaire financier. Il n’y a ainsi pas de protection particulière du secret de l’avocat au stade de la communication des soupçons. En revanche, contrairement aux intermédiaires financiers visés à l’art. 2 al. 3 LBA qui ont le choix d’adhérer à un OAR ou de se soumettre à l’autorité de la FINMA (art. 14 al. 1 LBA), les avocats doivent impérativement rejoindre un OAR (art. 14 al. 3 LBA). De cette façon, ils ne sont pas soumis directement à une surveillance étatique, ce qui permet de limiter les risques de violation du secret de l’avocat dans la phase de surveillance de l’avocat agissant comme intermédiaire financier.

<sup>17</sup> CEDH du 20.6.1988, *Schönenberger et Durmaz c. Suisse*, série A n° 13; CEDH du 25.5.1998, *Kopp c. Suisse*, Recueil des arrêts et décisions 1998-II.

<sup>18</sup> GRABER/OBERHOLZER (n. 7), art. 9 N 23.



L'évolution est difficile à prévoir: le Conseil fédéral vient de rappeler – ce qu'il faut saluer – que le secret ne doit pas se limiter à l'activité judiciaire et qu'il s'étend à l'activité de conseil<sup>19</sup>. En revanche, ce qui peut être discuté, c'est l'étendue de la notion de conseil. Le concept des directives européennes semble aller dans le sens que, à l'avenir, l'activité de conseil protégée par le secret devrait se limiter à l'activité consistant à apprécier la situation juridique du client (supra III.2.b). Dès l'instant que l'avocat devient lui-même acteur, aux côtés de son client (création de sociétés, mise au point de transactions, etc.), il perdrait alors le statut de simple conseiller et serait dès lors soumis à l'obligation de communication. Nul doute que ce débat – qui ne n'est pas encore instauré en ces termes en Suisse – n'est pas près de s'éteindre, ne serait-ce qu'en raison du fait que la GAFI retient une conception étroite de la notion de conseil juridique (supra III.1.) et que l'arrêt de la Cour n'apporte pas de réponse décisive sur la question.

---

**Mots clés:** secret professionnel, avocat, blanchiment, obligation de communication

**Stichwörter:** Berufsgeheimnis, Anwalt, Geldwäscherei, Meldepflicht

---

■ **Résumé:** La Cour européenne des droits de l'homme vient de juger de la conformité avec la CEDH de règles françaises adoptées en vertu des directives de l'Union européenne concernant l'obligation faite aux avocats de communiquer aux autorités leurs soupçons de blanchiment dans certaines circonstances. La Cour a considéré que cette obligation, n'étant faite que dans un nombre de cas restreint de transactions, était admissible car elle ne touchait pas à l'essence même de la mission de défense qui constitue le fondement du secret professionnel des avocats.

**Zusammenfassung:** Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einem kürzlich erschienenen Urteil entschieden, dass die französischen Regeln betreffend die anwaltliche Meldepflicht in gewissen Fällen gegenüber Behörden bei Verdacht auf Geldwäscherei, welche gemäss den Richtlinien der Europäischen Union verabschiedet wurden, EMRK-konform sind. Der Gerichtshof hat dabei berücksichtigt, dass diese Pflicht nur in einer begrenzten Anzahl von Transaktionen besteht und deshalb zulässig ist, da der Kern der Verteidigungsaufgabe, welcher die Grundlage des anwaltlichen Berufsgeheimnisses darstellt, nicht tangiert wird.

---

<sup>19</sup> REISER, «Point de presse» sur le secret de l'avocat, *Revue de l'avocat*, 11-12/2012, 496.