

FBE Palerme 18 novembre 2022

Current challenges around legal privilege and professional secrecy

***Secret professionnel : défi permanent, le regard d'un avocat suisse /
Professional Secrecy as a permanent challenge from the Swiss perspective***

Introduction

Le secret professionnel des avocats selon le droit suisse ne diffère pas fondamentalement de ses pays voisins. Tout au plus peut-on dire qu'il comporte certains aspects du droit français dans son caractère absolu, relevant d'un intérêt public, et du droit allemand peut-être plus centré sur l'intérêt du client.

Comme pour de nombreuses institutions juridiques, la Suisse, prise entre la France et l'Allemagne, a adopté une conception mixte du secret professionnel, sur laquelle j'aurais l'occasion de revenir.

Ce qui fait sans doute la spécificité de la Suisse, c'est la mise en œuvre du secret professionnel, ou plus précisément la surveillance du respect du secret professionnel, aussi bien à l'égard de l'avocat que de son client.

Cette spécificité tient en grande partie au rôle des ordres d'avocats et de leurs bâtonniers.

La Suisse compte 24 ordres d'avocats, presque autant que le nombre de cantons qui forment la Confédération.

A une ou deux exceptions près, les ordres d'avocats sont des associations privées, dont les avocats sont libres de faire partie ou non. En moyenne suisse, près de 90% des avocats qui pratiquent le barreau sont membres d'un ordre des avocats, mais ce n'est pas une obligation.

Cela a pour conséquence que les ordres des avocats, ou leur bâtonnier, ne peuvent pas être investis de tâches de droit public, par exemple la surveillance du respect des règles professionnelles des avocats ; la surveillance des avocats est ainsi une tâche de l'Etat. Les ordres d'avocats et bâtonniers ne remplissent pas non plus de fonction officielle lorsque le secret professionnel d'un avocat est en cause, par exemple en cas de perquisition dans une étude d'avocats ou d'écoutes téléphoniques. En cas de perquisition chez un avocat, le bâtonnier en est informé et a la possibilité d'y assister, mais pour s'assurer que la loi qui protège le secret professionnel est respectée, sans pouvoir de décision.

Je vais brièvement présenter le secret professionnel de l'avocat en droit suisse **(A)**. Je parlerai ensuite des défis auxquels les avocats suisses sont confrontés **(B)**. Enfin, je terminerai par la réponse à ces défis de la Fédération suisse des avocats **(C)**.

A. Le secret professionnel en droit suisse

En droit suisse, le secret professionnel est garanti par la loi sur les avocats : il s'agit d'une loi fédérale qui s'applique à l'ensemble du pays (art. 13) :

1. *L'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession ;*
2. *cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers.*
3. *Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés.*

Ce dernier point montre le caractère absolu du secret professionnel de l'avocat : l'avocat ne doit pas seulement garder le silence jusqu'à ce qu'il soit libéré du secret par son client. Il doit même, y compris en cas de levée du secret, garder le silence s'il estime que c'est dans l'intérêt de son client.

La loi a élevé le secret professionnel au rang d'obligation légale punissable en cas de violation.

Le code pénal suisse (art. 321) punit d'une peine privative de liberté de 3 ans au plus ou d'une peine pécuniaire l'avocat qui aurait révélé un secret qui lui a été confié en vertu de sa profession ou dont il a eu connaissance dans l'exercice de celle-ci.

Il s'agit de la même disposition qui s'applique aux notaires, ecclésiastiques, médecins, etc.

Deux éléments importants à souligner :

1. *La violation du secret professionnel n'est punie que sur plainte du client protégé par le secret professionnel*
2. *La révélation d'un secret par l'avocat n'est pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé - c'est-à-dire du client - ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit.*

Pour ce qui est de la nature du secret professionnel de l'avocat, il est généralement admis que le secret professionnel répond à un triple intérêt :

1. *L'intérêt public, qui garantit aux justiciables l'assistance efficace d'un avocat. Ce qui est indispensable à la justice*
2. *L'intérêt du client de pouvoir se confier sans limite à son avocat*
3. *L'intérêt de l'avocat d'être renseigné de façon complète. Ce qui est indispensable à son mandat. Mais il ne s'agit pas de l'intérêt personnel de l'avocat.*

Quelle est la portée du secret professionnel ?

Dans une procédure, qu'elle soit pénale, civile ou administrative, les objets et documents concernant des contacts entre une personne et son avocat ne doivent pas être produits et ne peuvent pas être séquestrés. Peu importe que ces documents soient dans l'étude de l'avocat ou en possession de son client ou encore d'un tiers.

Seuls sont protégés les documents établis par l'avocat lui-même, son client ou un tiers dans le cadre d'un mandat professionnel de représentation.

Les documents protégés sont la correspondance (lettres, emails), les notes prises par l'avocat, les avis de droit, documents stratégiques, projets de contrats, autres projets, etc.

La protection concerne les activités spécifiques à la profession d'avocat : la représentation en justice bien sûr, mais aussi le conseil juridique.

C'est un point sur lequel je reviendrai, car il fait l'objet de contestation dans certains milieux.

De même, l'avocat peut refuser de témoigner sur des faits couverts par le secret professionnel, que ce soit dans un procès civil ou pénal ou une procédure administrative. Et cela même s'il a été libéré du secret par son client.

Les activités protégées

Les activités atypiques de l'avocat, c'est-à-dire étrangères à la profession, ne sont pas protégées : gestion de fortune, intermédiaire financier, conseiller patrimonial, gestion d'entreprise, mandats d'administration de sociétés, direction ou secrétariat d'une société, d'une association ou fondation, le courtage, etc. (cas difficile, tâches de compliance).

Le secret ne peut donc pas être invoqué pour protéger une activité qui n'est pas typiquement exécutée par un avocat.

Pour déterminer quelles sont les activités typiques ou atypiques de l'avocat, il faut se demander quelles sont les activités qui pourraient très bien être fournies par des non-avocats. Il faut faire une analyse cas par cas et même séparer, dans les affaires qui comprennent des activités de nature différente, ce qui est couvert par le secret professionnel et ce qui ne l'est pas.

Portée du secret professionnel (suite) :

Il est évident que l'avocat qui viole la loi ne peut pas se prévaloir du secret professionnel. L'avocat est soumis aux mêmes règles que tous, y compris en matière de blanchiment d'argent.

Le délit fiscal qualifié constitue une infraction préalable au blanchiment de valeurs patrimoniales. Par délit fiscal qualifié, il faut entendre une infraction à une loi fiscale dont l'élément constitutif est un faux dans les titres (falsification de document), outre la volonté du

contribuable de commettre une soustraction fiscale et pour autant que le montant des impôts soustraits dépasse CHF 300'000.00 par période fiscale.

La mise en œuvre – la protection du secret professionnel

Comme indiqué en préambule, les ordres des avocats sont en Suisse des associations privées (sauf une ou deux exceptions) qui ne sont pas investies de tâches publiques, ni les ordres, ni les bâtonniers.

Les ordres des avocats veillent à la discipline et au respect de la déontologie. Ils ne sont pas les garants du respect des règles professionnelles et de la protection du secret professionnel.

La protection du secret professionnel appartient au juge.

En cas de perquisition chez un avocat, les documents couverts par le secret professionnel seront mis sous scellés à la demande de l'avocat ; la demande doit être faite immédiatement. Il appartiendra ensuite aux autorités de poursuite pénale de saisir un juge dans un délai de 20 jours et c'est le juge qui statuera, en faisant si nécessaire le tri.

La décision du tribunal statuant sur la demande de levée des scellés peut être attaquée devant le Tribunal fédéral.

Si la demande de levée des scellés n'est pas faite par les autorités de poursuite pénale dans le délai de 20 jours, les documents et objets sous scellés sont rendus à leur propriétaire.

Le protection du secret professionnel est confiée au juge.

Cela marche ou cela ne marche pas : il y a quelques jours seulement, un énorme scandale a éclaté dans un procès pénal à Genève. Dans le cadre d'un appel contre un jugement condamnant des prévenus, il est apparu que la police disposait de nombreux enregistrements de conversations téléphoniques entre les prévenus et leurs avocats.

En matière de surveillance téléphonique il appartient à un tribunal de faire le tri entre les informations qui peuvent être exploitées dans le cadre de l'enquête et les informations soumises au secret professionnel. Le système doit exclure que les autorités de poursuite pénale aient connaissance de secrets professionnels et les données couvertes par le secret professionnel doivent être immédiatement détruites et elles ne peuvent bien sûr pas être exploitées.

Dans la récente affaire de Genève, toutes ces règles ont été violées. Le procès a été suspendu, la récusation de la Procureure qui avait dirigé l'enquête a été demandée.

B. Les défis

Comme partout, le secret, la vie privée et à plus forte raison le secret professionnel de l'avocat sont soumis à une pression permanente. Nous sommes tous conscients que les atteintes au secret professionnel sont jugées « légitimes » : lutte contre le terrorisme, le blanchiment d'argent, la soustraction fiscale. Mais il faut combattre l'aspect utilitariste de la loi, car cette approche utilitariste de la loi ne justifie pas les atteintes aux principes fondamentaux.

Actuellement, en Suisse :

Tentative de distinguer les activités de représentation judiciaire du conseil.

Il est quelquefois difficile de distinguer les activités typiques de l'avocat – couvertes par le secret professionnel – des activités accessoires. Il est vrai que certaines activités, par exemple des mandats de compliance, posent des difficultés.

Ces difficultés ont conduit à des tentatives politiques de ne soumettre au secret professionnel de l'avocat que les informations fournies dans le cadre d'une procédure judiciaire ou d'une représentation d'un client devant les autorités, c'est-à-dire de limiter le secret professionnel aux mandats judiciaires.

En revanche, les activités de conseil de l'avocat ne seraient pas couvertes par le secret professionnel.

Un dernier exemple en date était une modification de la LBA – loi fédérale sur le blanchiment d'argent – qui n'a finalement pas été acceptée par le Parlement.

La FSA combat cette approche, qui méconnaît les activités de l'avocat. L'avocat conseille son client.

Cela va pour nous de soi, mais cela n'est pas le cas pour tout le monde.

L'opinion publique ne nous est pas favorable. Le secret est, de façon générale, de moins en moins protégé.

A chaque scandale, Panama papers, Pandora papers, etc., le secret professionnel de l'avocat revient sur le devant de la scène et il faut chaque fois réexpliquer à quoi il sert, ce qu'il couvre et surtout ce qu'il ne couvre pas : en particulier que les activités atypiques de l'avocat ne sont pas protégées et que l'avocat qui viole la loi est punissable tout comme son client.

C. Les actions de la FSA

Cela m'amène à terminer cet exposé par les actions entreprises par la FSA.

Nous sommes arrivés à la conclusion qu'il fallait répéter et répéter, même ce qui est pour nous une évidence.

Vademecum destiné à être diffusé largement

Le *Vademecum*, français, allemand, Italien, anglais

Google « fédération suisse des avocats vademecum »

Parallèlement, la FSA a la chance d'être considérée comme un partenaire et un interlocuteur fiable par l'administration, en particulier l'office fédéral de la justice qui est chargé de préparer les projets de lois soumis au Parlement.

Nous sommes donc régulièrement consultés lors de la préparation de projets de lois.

Mais nous ne sommes pas les seuls, il s'agit d'une spécificité suisse : avant d'être soumis au Parlement, tout projet de loi est l'objet d'une vaste consultation, auprès des cantons, syndicats, associations professionnelles, milieux concernés, société civile, etc. Le but est d'arriver à un consensus aussi large que possible.

La FSA participe à ces procédures de consultation, lorsqu'elles portent sur des projets intéressant l'exercice de la profession d'avocat. Elle le fait bien sûr aussi lorsque sont en jeu les droits fondamentaux, l'accès à la justice, etc.

Jusqu'à maintenant, elle a toujours pu compter sur des membres spécialisés et motivés, qui lui permettent de donner un avis d'expert sur les projets de loi.

Notre souci est de garder notre crédibilité auprès des autorités pour que celles-ci nous considèrent comme des experts, pas des lobbyistes.

Nous essayons aussi de ne pas donner nous-même l'occasion de remettre en cause le secret professionnel. C'est la raison pour laquelle nous sommes en Suisse très prudents sur la MDP *Multi-disciplinary partnership*, car beaucoup considèrent que nous pourrions plus difficilement invoquer le secret professionnel si nous nous associons à des personnes qui ne sont pas soumises au secret professionnel.

Au niveau du conseil, nous essayons de concilier les différentes tendances dans l'exercice de la profession d'avocat. C'est parfois un travail d'équilibriste.