

Secret professionnel de l'avocat: garantie intangible dans un état démocratique



Lionel Halpérin¹

Avocat, ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Genève

L'avocat joue un rôle fondamental, sinon crucial en matière d'accès effectif à la justice. Il est d'ailleurs considéré par les Principes de base des Nations Unies relatifs au rôle du barreau comme un « agent essentiel de l'administration de la justice »² dont il faut préserver l'indépendance et garantir le secret professionnel aux fins d'assurer la confidentialité des échanges avec ses clients.

1 L'auteur adresse ses remerciements à Me Sophia Khales, avocate-stagiaire, pour sa contribution aux recherches effectuées pour la rédaction de ce texte.

2 <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-role-lawyers#:~:text=Les%20Principes%20de%20base%20sur,pratique%20nationales%20et%20devraient%20%C3%AAtre, art. 12.>

Contrairement à une idée reçue et malheureusement répandue, le secret professionnel n'est pas là pour protéger l'avocat, mais uniquement son client, respectivement pour garantir un accès effectif à la justice et donc l'État de droit.

Le secret professionnel de l'avocat est en effet au cœur de la relation entre l'avocat et son client. La confiance qui se noue entre l'avocat et son mandant ne tient qu'à ce fil³. Si le client craint de se voir dénoncé par son avocat, il s'abstiendra tout simplement de lui dire la vérité. Or, sans cette relation de confiance, le justiciable ne peut être défendu convenablement.

Toute atteinte au secret professionnel est par conséquent problématique à double titre pour la société.

D'une part, le secret favorise l'accès au droit et l'exercice des droits de la défense et participe par conséquent à la bonne administration de la justice. D'autre part, cette atteinte que l'on prétend justifier par l'intérêt public, à savoir celui de découvrir plus d'infractions et de compliquer la tâche des criminels, pourrait bien avoir pour conséquence paradoxale d'empêcher l'avocat de jouer le rôle qu'il joue pourtant si fréquemment, à savoir celui de ramener sur le droit chemin par ses conseils celui qui aura fauté et s'en sera ouvert à lui.

En Europe, l'activité de conseil est particulièrement mise à mal depuis la transposition des directives anti-blanchiment⁴. L'avocat français est notamment soumis à une obligation de déclaration de soupçon lorsqu'il a dépassé le cadre purement consultatif et qu'il a donc commencé à assister son client dans la création d'une société ou la rédaction d'un contrat dans l'une ou l'autre des activités spécifiquement visées par le dispositif français de lutte contre le blanchiment d'argent.

La relation de confiance entre l'avocat et son client se trouve dès lors clairement menacée, au point de voir des avocats contraints de dire à leurs mandants, à titre préventif, qu'il vaut mieux ne pas s'ouvrir à eux sur tout sujet problématique avant même que la relation n'ait débuté pour éviter tout risque de dénonciation éventuelle.

Plus récemment encore, la loi française pour la confiance dans l'institution judiciaire est venue poser des exceptions au secret professionnel en ce qui concerne les faits de corruption, de fraude fiscale et de trafic d'influence dans les activités de conseil des avocats⁵.

La Suisse n'est pas non plus épargnée. Au nom de la transparence érigée en vertu absolue, les autorités ont essayé de restreindre la portée du secret professionnel de l'avocat. Fort heureusement, ces tentatives se sont pour l'instant soldées par des échecs, parce que le Tribunal fédéral⁶ a affirmé à plusieurs

« Le secret de l'avocat ne cesse d'être remis en cause et attaqué. »

La protection du secret de l'avocat ne peut donc souffrir la moindre exception. Pour autant, il ne cesse d'être remis en cause et attaqué.

reprises l'importance de ce secret et confirmé la distinction⁷ établie entre les activités typiques de l'avocat et les activités atypiques soumises aux obligations prévues par la LBA.

3 ATF 117 Ia 341 c. 6a; TF 1B_333/2020, c. 2.2.

4 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32015L0849>, article 34

5 <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000044545992>

6 ATF 112 Ib 606, c. 2c; ATF 114 III 105, c. 3a; TF, 1B_264/2018, c. 2.1 et 2.2.

7 Seules les activités dites typiques de l'avocat — le conseil en matière juridique et la représentation en justice — sont protégées par le secret. Sont ainsi exclues de cette protection les activités atypiques de l'avocat, telles que le mandat d'administrateur, de gestion de fortune ou encore l'activité d'exécuteur testamentaire par exemple.

Ainsi, les autorités législatives ont rejeté un projet du Conseil fédéral⁸, préparé sous la pression du GAFI, visant à soumettre certaines activités typiques de l'avocat aux mêmes règles applicables aux intermédiaires financiers. Ce vote pourtant légitime du Parlement fédéral est déjà remis en cause par les biens pensants, qui au nom de la morale reviennent à la charge sur fond de *Swiss Papers*.

Plus récemment, le SECO a prétendu que le secret professionnel des avocats ne s'appliquait pas en matière de sanctions, avec la conséquence que les avocats auraient l'obligation de dénoncer leurs mandants⁹, si ceux-ci détenaient ou géraient des avoirs ou avaient connaissance de ressources économiques appartenant à des clients russes, visés par les sanctions financières fondées sur la loi sur les embargos (LEmb). Cette position, communiquée à la hâte sans véritable analyse, ne résiste pas à un examen du droit comme l'ont démontré les avis du Professeur Niggli¹⁰, mandaté par la FSA, et la prise de position de l'Ordre des Avocats de Genève. Le SECO est depuis lors revenu sur sa position même si, dans sa pratique, il semble faire des distinctions injustifiées et problématiques entre activités de conseil typique et représentation en justice.

La réponse¹¹ que vient de donner le Conseil fédéral à l'intervention parlementaire¹² récente portant sur le secret professionnel en lien avec les sanctions est pour partie rassurante puisque le Conseil fédéral a confirmé que « le secret professionnel prime l'obligation de déclaration prévue par la loi sur les embargos ». Le ministre compétent a toutefois laissé à ses services juridiques la question de déterminer ce qu'il en était des activités de conseil des avocats. La vigilance reste donc de mise pour assurer l'intégrité du secret professionnel qui fonde la relation entre l'avocat et son client et garanti l'accès effectif à la justice, respectivement l'État de droit.

Cet article est donc l'occasion d'affirmer qu'aucune cause, qu'il s'agisse de guerre, de blanchiment d'argent, de lutte contre le terrorisme ou contre la pédophilie, ne justifie la moindre des entorses à ces grands principes qui font la différence entre une dictature et une démocratie, ceux qui permettent à tous d'être défendus et de l'être sans entrave quelles que soient les circonstances.

8 Avant-projet du 1^{er} juin 2018 de modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

9 Art. 16 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 4 mars 2022 instituant des mesures en lien avec la situation en Ukraine (RS 946.231.176.72).

10 https://www.sav-fsa.ch/documents/672183/2025869/Avis+de+droit_Sanctions+selon+la+Loi+sur+les+embargos+et+secret+professionnel+de+l%27avocat.pdf/31b984ca-4369-343b-6b8f-ed4d69011b17?t=1652690056188

11 https://www.parlament.ch/fr/services/news/Pages/2022/20220613160747408194158159038_bsf110.aspx

12 <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20223492>