

Prof. Dr Marcel Alexander Niggli
Chaire de droit pénal et de philosophie du droit
Faculté de droit
Beauregard 13
1700 Fribourg
T +41 26 300 80 12
F +41 26 300 96 46
marcel.niggli@unifr.ch
www.unifr.ch/ius/niggli

Fribourg, le 20 octobre 2022

Prise de position sur les sanctions à l'encontre de la Russie en rapport avec la situation en Ukraine, notamment sur le règlement 2022/1904 du Conseil de l'UE du 6 octobre 2022 «modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine»

Il convient tout d'abord de répéter que la protection que l'art. 13 LLCA et l'art. 321 CP accordent aux **secrets d'avocat ou aux secrets professionnels** ne constituent pas des «autorisations», mais des obligations pénalement sanctionnées à l'encontre des détenteurs de ces secrets. Une ordonnance ne peut pas justifier une violation de ces obligations, et encore moins de manière rétroactive. En conséquence, une invitation à rompre cette obligation de garder le secret (par exemple par le biais d'obligations de déclaration) ou par le biais d'une demande, malgré l'indication par le représentant juridique de ses obligations de garder le secret, devrait non seulement être illicite, mais aussi, le cas échéant, apparaître comme une incitation à commettre le délit qui en découle.

En ce qui concerne la question des **avances en matière de représentation juridique**, il en résulte ce qui suit : Les fonds en question n'étant (même présumés) pas d'origine délictuelle, mais un éventuel blocus dans le cadre de la loi sur les embargos et de sa mise en œuvre étant exclusivement motivé par des raisons politiques, la réception de tels fonds ne peut pas constituer en soi un comportement illicite. L'acceptation d'avances dans un but admissible doit donc également être autorisée. Rien d'autre ne résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. uniquement ATF 142 II 307, 311 s., consid. 4.3.3, selon lequel un avocat doit en principe percevoir une avance de frais pour des raisons d'indépendance).

Il en va de même pour le dernier **règlement de l'UE (2022/1904)** mentionné dans le chapeau, qui interdit les **services de conseil juridique** pour (1) les entités purement russes (gouvernement et entités établies en Russie) qui (2) ne sont ni détenues ni contrôlées (au moins partiellement) par d'autres entités, qu'elles soient suisses ou européennes, et ce uniquement (3) dans les affaires non litigieuses et non en ce qui concerne la défense et les droits de recours. Bien que ce règlement interdise les services de conseil juridique dans le cadre étroitement défini qui vient d'être mentionné, il précise expressément au chiffre 19 que les «services de conseil juridique» interdits ne comprennent notamment pas les services de représentation juridique tels que «*la représentation, les conseils, la préparation de*

documents ou la vérification des documents

dans le cadre des services de représentation juridique, à savoir dans des affaires ou des procédures devant des organes administratifs, des cours ou d'autres tribunaux officiels dûment constitués, ou dans des procédures d'arbitrage et de médiation».

Même dans le contexte de services spécifiques de conseil juridique partiellement interdits, les services de *représentation* juridique semblent donc autorisés. Il en résulte que des avances correspondantes doivent également être autorisées, faute de quoi le risque de paiement des représentations y relatives serait mis à la charge uniquement des représentants juridiques. La question de savoir si les avances qui n'ont pas été utilisées restent sur des comptes spéciaux des études d'avocats jusqu'à leur éventuel déblocage ou si elles sont reversées aux banques qui les bloquent à leur tour peut rester ouverte.

En ce qui concerne la **facturation des services fournis**, il convient de noter que les notes d'honoraires doivent toujours rester forfaitaires (x heures à x frs. pour le client x), sans entrer dans un niveau de détail permettant de savoir ce qui a été fait exactement pour quel client et dans quelle affaire, et ce indépendamment du fait que les informations soient données à une autorité ou à une banque. De telles informations violeraient à la fois le secret professionnel et le secret de l'avocat et exposeraient le représentant juridique non seulement à un risque important de punissabilité mais aussi à un risque de responsabilité civile. Il convient de rappeler qu'une divulgation à des personnes soumises à une obligation de secret est également inadmissible et viole l'obligation de secret en question. S'il y a réellement un doute fondé sur une note d'honoraires, les autorités devraient (1) justifier ce doute et (2) s'adresser à l'autorité de surveillance compétente comme toute autre personne intéressée.

Une éventuelle **mise en œuvre et application d'un règlement identique au règlement européen 2022/1904** (séparation des activités d'avocat en représentation juridique autorisée d'une part et conseil non autorisé d'autre part) pose donc des difficultés considérables et semble difficilement réalisable sans violer le secret professionnel et le secret de l'avocat. Il faut tout de même mentionner à cet égard que la compréhension de ces secrets diffère fortement en Suisse et dans les pays européens voisins : Toutes les informations dont le détenteur du secret a connaissance dans le cadre de son activité sont soumises au secret professionnel selon l'art. 321 CP, et donc pas seulement celles qui lui ont été confiées délibérément.

Une solution serait tout au plus un contrôle de l'activité des avocats par les autorités de surveillance respectives, mais il faut rappeler que ces autorités sont désignées au niveau cantonal et qu'elles n'exercent leur surveillance que sur les avocats inscrits au registre respectif, notamment les avocats qui exercent dans le cadre du monopole des avocats (qui est tout de même le domaine considéré comme admissible par le règlement de l'UE). Des décomptes détaillés ne seraient toutefois guère envisageables dans ce cas non plus, si l'on considère que l'information selon laquelle on représente juridiquement une personne déterminée est

déjà soumise au secret, c'est-à-dire si l'on considère que la seule divulgation d'un décompte forfaitaire à l'égard d'une personne concrète viole déjà le secret.

Dans ce contexte, il convient de noter qu'aujourd'hui déjà, les réponses aux demandes prennent beaucoup de temps, parfois des mois, ce qui semble non seulement très insatisfaisant, mais alourdit aussi directement les procédures correspondantes et les retarde de manière inadmissible.

Il convient également d'attirer l'attention sur les **difficultés pratiques** que rencontreront les établissements bancaires suisses : Dans la mesure où leurs obligations de diligence prévoient que les paiements d'honoraires d'avocats susceptibles d'être concernés par une réglementation telle que celle contenue dans le règlement européen 2022/1904 doivent faire l'objet d'une clarification, toute tentative de clarification de ce type (par exemple en demandant aux avocats de présenter une facture détaillée indiquant quels services d'avocats ont été fournis) constitue une incitation punissable à la violation du secret professionnel et du secret de l'avocat. Il semble possible, voire probable, que les banques, afin d'éviter d'une part le risque d'une punissabilité pour incitation à la violation du secret professionnel et du secret de l'avocat, et d'autre part une violation du régime de sanctions (ou l'encouragement d'une telle violation), n'accepteront plus, par précaution, de paiements d'honoraires.

Quant au règlement UE 2022/1904 même : Du point de vue des prestataires de services suisses, notamment des conseils juridiques et des représentants juridiques, l'art. 5n du règlement en question semble particulièrement problématique.

En vertu de cette disposition, il est notamment interdit de fournir des conseils fiscaux et juridiques (art. 5n, para. 1 et 2) au gouvernement russe (let. a) ainsi qu'à des «personnes morales, des entités ou des organismes établis en Russie» (let. b). Cette interdiction générale est limitée par toute une série d'exceptions :

L'interdiction prévue à l'art. 5n, para. 5, ne doit pas s'appliquer dans la mesure où les services «sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense dans le cadre d'une procédure judiciaire et du droit à un recours effectif» (mise en évidence ajoutée). Il en va de même, selon le para. 6, pour l'accès aux «procédures judiciaires, administratives ou d'arbitrage dans un État membre, ou pour la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ou d'une sentence arbitrale rendu dans un État membre» de l'UE. En outre, l'interdiction prévue au para. 7 ne s'applique pas aux «services destinés à l'usage exclusif de personnes morales, d'entités ou d'organismes établis en Russie qui sont détenus, ou contrôlés exclusivement ou conjointement, par une personne morale, une entité ou un organisme établi ou constitué selon le droit d'un État membre, d'un pays membre de l'Espace économique européen, de la Suisse ou d'un pays partenaire énuméré à l'annexe VIII». Enfin, l'interdiction du para. 2 doit s'appliquer selon le para. 3 et ne doit pas s'appliquer en cas de services strictement nécessaires pour mettre fin à des contrats incompatibles avec l'art. 5n, selon le para. 8 en cas d'urgences dans différents domaines tels que la santé publique.

Du point de vue de l'État de droit, l'interdiction du conseil juridique semble extrêmement problématique, car elle viole le droit à un conseil juridique et, par conséquent, le droit d'être entendu. Il ne fait aucun doute qu'une telle atteinte aux droits fondamentaux nécessite au moins une base légale et qu'un règlement ne suffit donc pas. Le manque de clarté de la distinction entre conseil juridique et représentation juridique est également insatisfaisant, car le conseil juridique est souvent fourni en vue d'une éventuelle représentation juridique. Est-il alors autorisé parce qu'il est fourni «dans le contexte» de la représentation juridique, ce que le règlement de l'UE autorise expressément ?

Enfin, du point de vue des prestataires de services concernés dans le domaine de la représentation juridique, le flou des formulations ou des conditions censées distinguer les comportements licites des comportements illicites semble problématique. La signification exacte du terme «strictement nécessaire» demeure peu claire (para. 3, 4, 5, 6 et 7). La formulation anglaise «strictly necessary» n'est pas plus claire. Quelle est la différence entre «nécessaire» et «strictement nécessaire» ? Si quelque chose est «nécessaire», c'est que c'est nécessaire. L'adverbe «strictement» n'augmente pas la clarté, mais la diminue (il en va de même pour l'anglais «strictly») en créant une marge d'interprétation qui n'existerait pas autrement. D'un point de vue linguistique et logique, on suppose ainsi qu'il existerait des choses nécessaires qui ne le seraient pas. Nous suggérons donc de renoncer à l'adverbe en question. La question de savoir ce que signifie exactement «détenus, ou contrôlés exclusivement ou conjointement» («owned by, or solely or jointly controlled by»), c'est-à-dire s'il s'agit uniquement de contrôles directs ou également indirects, mérite également d'être clarifiée.

Enfin, pour les questions relatives au secret professionnel de l'avocat, nous renvoyons également au Vademecum de la Fédération Suisse des Avocats («Le secret professionnel de l'avocat·e dans le système juridique suisse», disponible sur le site de la FSA : <https://www.sav-fsa.ch/>).

Marcel Alexander Niggli