

UN RAPPORT D'ENQUÊTE INTERNE EST PROTÉGÉ PAR LE SECRET DE L'AVOCAT ... TANT QU'IL N'EST PAS REMIS À UN TIERS

P. Fischer & J. Pahud—OBERSON ABELS SA—www.obersonabels.com

En résumé: le Tribunal fédéral fixe deux principes fondamentaux sur le secret professionnel de l'avocat:

Principe 1: Le rapport d'enquête interne rédigé par un avocat externe, ainsi que ses annexes, sont en principe protégés par le secret professionnel.

→ Une exception est celle de l'avocat qui accomplit des tâches que la loi impose aux assujettis en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

→ Le fait d'adresser volontairement le rapport d'enquête interne à un tiers, y compris la FINMA, ne vaut pas levée du secret.

Principe 2: Un tiers peut être tenu de remettre aux autorités pénales le rapport et ses annexes qui lui ont été remis volontairement, à moins que ce tiers ait ses propres motifs de refus (p. ex. art. 40 LFINMA).

I. Les arrêts du 6 août 2024

Dans deux arrêts rendus le même jour, dans la même affaire et dans la même composition (7B_158/2023 et 7B_874/2023 du 6 août 2024), le Tribunal fédéral apporte des clarifications majeures sur le secret professionnel de l'avocat, les enquêtes internes et la coexistence d'une procédure pénale avec une procédure d'enforcement de la FINMA.

Le raisonnement du Tribunal fédéral débute par l'arrêt 7B_158/2023 et trouve son aboutissement avec l'arrêt 7B_874/2023, qu'il nous faut donc résumer dans cet ordre.

II. Les enquêtes internes sont protégées par le secret professionnel de l'avocat (7B_158/2023)

Le sujet a fait couler beaucoup d'encre en Suisse depuis plus d'une décennie: lorsqu'un avocat est

mandaté pour mener une enquête interne et établir un rapport, cette activité est-elle ou non "typique" de sa profession? Le secret professionnel de l'avocat ne s'étend en effet qu'aux activités dites typiques.

Au considérant 3.1 de l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral a, selon nous, mis un terme au débat: l'établissement des faits ("*Sachverhaltsermittlung*") fait partie du coeur de l'activité de l'avocat ("*Kernbereich der anwaltlichen Tätigkeit*") et est donc en principe protégé par le secret professionnel.

Les arrêts que le Tribunal fédéral a rendus ces dernières années sur la compliance dans le domaine bancaire sont relégués au rang d'exception: l'enquête interne est couverte par le secret professionnel de l'avocat, sauf si elle concrétise des tâches que la loi impose en matière de compliance et de contrôle, notamment dans la lutte contre le blanchiment d'argent (arrêts 1B_509/2022 c. 3; 1B_433/2017 c. 4; 1B_85/2016 c. 7).

**OBERSON
ABELS**



UN RAPPORT D'ENQUÊTE INTERNE EST PROTÉGÉ PAR LE SECRET DE L'AVOCAT ... TANT QU'IL N'EST PAS REMIS À UN TIERS

P. Fischer & J. Pahud—OBERSON ABELS SA—www.obersonabels.com

L'arrêt contient encore deux précisions importantes:

➤ Les documents (bancaires) internes qui ont été examinés par les avocats ne sont en soi pas couverts par le secret professionnel de l'avocat. Comme tous documents préexistants, ils sont susceptibles d'être séquestrés par les autorités pénales. En revanche, lorsque des copies de ces documents sont annexées au rapport d'enquête interne, ces copies sont protégées par le secret à l'instar du rapport lui-même. Le Tribunal fédéral rappelle à juste titre que les annexes sont le fruit d'un travail de sélection qui s'inscrit dans la relation de confiance entre le client et l'avocat. Cet arrêt ferme la porte à des demandes d'autorités pénales auprès du client de l'avocat qui viseraient directement les annexes.

➤ Le fait que le client de l'avocat adresse volontairement le rapport d'enquête interne à un tiers, y compris la FINMA, ne vaut pas levée du secret. Le Tribunal fédéral juge en effet que la divulgation volontaire de faits secrets à des tiers n'a pas pour conséquence que ces faits soient considérés comme étant de notoriété publique, ni que le détenteur du secret veuille rendre cette information accessible à tous et renonce ainsi de manière générale à sa volonté de garder le secret à ce sujet. A notre sens, le caractère volontaire de la remise est sans portée à ce stade du raisonnement (cf. toutefois ci-dessous): volontaire ou non, la remise du rapport à un tiers ne signifie pas que le client a renoncé au secret.

La conclusion intermédiaire qui découle de l'arrêt 7B_158/2023 est la suivante: les autorités pénales ne peuvent pas exiger la remise par le client de l'avocat du rapport d'enquête interne et des annexes préparés par l'avocat, qui sont couverts par le secret professionnel, même s'ils ont été volontairement adressés par le client à des tiers, dont la FINMA.

Il y a toutefois un "mais", qui découle de l'arrêt 7B_874/2023, discuté ci-après.

III. Un rapport d'enquête interne n'est pas protégé par le secret de l'avocat lorsqu'il se trouve en mains d'un tiers, dont la FINMA, auquel il a été remis volontairement (7B_874/2023)

Il découle de ce second arrêt que lorsqu'un rapport d'enquête interne et ses annexes établis par un avocat externe sont remis volontairement par le

client à un tiers, ce tiers peut être tenu de témoigner à leur sujet ou de les remettre aux autorités pénales, à moins qu'il n'ait des motifs de refus qui lui sont propres (p. ex. art. 171 CPP, art. 264 CPP ou encore art. 40 LFINMA).

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral valide la remise par la FINMA au ministère public du canton de Zurich d'une décision de la FINMA et d'un rapport du chargé d'enquête de la FINMA qui se basent apparemment sur le rapport d'enquête interne dont



UN RAPPORT D'ENQUÊTE INTERNE EST PROTÉGÉ PAR LE SECRET DE L'AVOCAT ... TANT QU'IL N'EST PAS REMIS À UN TIERS

P. Fischer & J. Pahud—OBERSON ABELS SA—www.obersonabels.com

il est question dans le premier arrêt (*supra* ch. II). Le Tribunal fédéral indique clairement (consid. 3.2) que la solution retenue s'appliquerait également si le rapport d'enquête interne lui-même était en jeu. En l'occurrence, la FINMA ne l'avait pas transmis au ministère public (cf. consid. 3.3), pour des raisons que l'arrêt n'expose pas, mais qui sont probablement fondées sur l'art. 40 LFINMA (refus de communiquer aux autorités de poursuite pénale et à d'autres autorités suisses des informations non accessibles au public dans certaines circonstances).

Le Tribunal fédéral juge que les communications du client d'un avocat à des tiers (p. ex. communication à une assurance ou à une autorité) ne sont pas protégées en mains de ces tiers par le secret de l'avocat et ce même si le contenu de cette communication concerne une information en principe protégée par le secret. Dans ce cas, des informations en principe secrètes quittent la relation de mandat protégée par le secret professionnel de l'avocat par la divulgation volontaire et consciente à un tiers. Le secret professionnel de l'avocat ne s'oppose donc pas à une obligation de témoignage ou de remise du tiers (pas de "*Fernwirkung*").

Le Tribunal fédéral note que rien n'indique que la banque ait été obligée de remettre le rapport d'enquête interne à la FINMA, ni que la remise soit intervenue sous la menace de désavantages inadmissibles. En outre, les procédures d'enforcement connaissent la règle selon laquelle l'obligation de collaborer ne s'étend pas à la remise d'objets et de documents concernant des contacts entre une partie et son avocat (art. 13 al. 1bis PA applicable par renvoi de l'art. 53 LFINMA). Il nous semble que le sous-entendu est double: (i) si un assujetti est obligé

de remettre un rapport d'enquête interne (remise non volontaire), le secret est alors maintenu. Cette hypothèse paraît toutefois inconcevable pour le Tribunal fédéral puisque (ii) l'assujetti a le droit de ne pas adresser à la FINMA de documents couverts par le secret de l'avocat.

IV. Observations pratiques

L'arrêt 7B_158/2023 clarifie de manière bienvenue la situation juridique des enquêtes internes conduites par des avocats en Suisse. Il n'y a désormais plus de doute sur le fait qu'il s'agit-là d'une activité typique couverte par le secret professionnel de l'avocat. Les clients ne peuvent donc pas être tenus de remettre les rapports d'enquête interne reçus de leurs avocats à des autorités civiles (art. 160 al. 1 let. b CPC), pénales (art. 264 CPP) ou administratives (art. 13 al. 1bis PA) suisses.

L'arrêt 7B_874/2023 tempère toutefois l'enthousiasme suscité par cette jurisprudence. Une fois le rapport d'enquête interne communiqué à un tiers (typiquement la FINMA mais aussi toute autre autorité administrative ou judiciaire), il n'est plus possible de faire rentrer le génie dans la lampe: ce tiers pourrait devoir remettre le rapport à des autorités, y compris pénales. Il convient donc de tenir compte de cette circonstance dès les premières heures de l'enquête interne, au moment d'en définir les objectifs, les modalités et la forme attendue du rapport. Si une remise à un tiers, le cas échéant la FINMA, entre en ligne de compte ou s'impose, il faut, le cas échéant, explorer au préalable la possibilité que ce tiers, comme dans le cas soumis au Tribunal fédéral, ne partage pas le rapport lui-même avec d'autres autorités.

Vos contacts chez OBERSON ABELS SA



Philipp Fischer
pfischer@obersonabels.com
T +41 58 258 88 88



Joël Pahud
jpahud@obersonabels.com
T +41 58 258 88 88