

Par e-mail uniquement

Madame Birgit SAMBETH GLASNER
Présidente
FÉDÉRATION SUISSE DES AVOCATS
Marktgasse 4
Case postale
3001 Berne

Genève, le 14 avril 2022

**Sanctions – Droits et obligations des avocats
Prise de position de l'ODAGE**

Madame la Présidente,
Chère Birgit,

Au nom de l'Ordre des avocats de Genève (**ODAGE**), je réitère les vives préoccupations suscitées par les récentes déclarations du Secrétariat d'État à l'économie (**SECO**) concernant les sanctions ordonnées en lien avec la situation en Ukraine (RS 946.231.176.72), selon lesquelles le secret de l'avocat ne s'appliquerait pas dans le cadre de la mise en œuvre des sanctions et tout particulièrement dans le contexte de l'obligation de déclaration de la connaissance de valeurs patrimoniales appartenant aux personnes désignées à l'annexe 8 de l'ordonnance précitée.

Comme déjà annoncé, l'ODAGE a constitué un groupe de travail composé de plusieurs spécialistes du domaine des sanctions¹. Le groupe de travail a examiné les problématiques soulevées par les récentes sanctions ainsi que l'interprétation qu'en fait le SECO pour ensuite rédiger une prise de position que vous trouverez en annexe.

À titre préliminaire, nous souhaitons préciser, afin de lever toute ambiguïté, que nos préoccupations concernent uniquement l'activité **typique** des avocats, à l'exclusion de celle d'intermédiation financière.

Le secret professionnel de l'avocat qui n'existe que pour ses activités typiques est un élément fondamental d'un État de droit. Il est absolument nécessaire dans une société démocratique, non seulement pour garantir l'accès à la justice, mais également l'accès au droit de tous. Une dérogation au secret professionnel n'est admissible qu'à titre exceptionnel et en présence d'une base légale expresse. La Loi sur les embargos (LEmb) sur laquelle se fondent les ordonnances instaurant des sanctions à l'égard de certaines personnes ne prévoit pas de tempérament ni d'exception spécifique au secret professionnel. En conséquence, le secret professionnel prime sur l'obligation de déclaration générique prévu par les ordonnances de sanctions. C'est d'ailleurs également ce que prévoit le droit de l'Union européenne. La violation du secret professionnel est d'ailleurs et à juste titre punie pénalement (art. 321 CP) et disciplinairement (art. 13 LLCA).

¹ Groupe de travail ODAGE composé de Mes George Ayoub, Andrew Garbarski, Sandrine Giroud, Fedor Poskriakov, Hikmat Maleh et du Prof. Yvan Jeanneret.

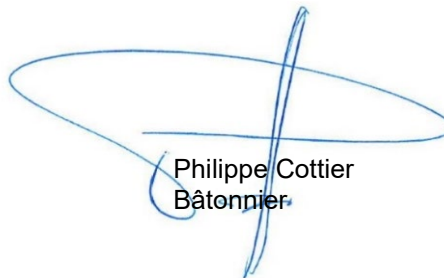
La position péremptoire exprimée par le SECO est donc à notre sens infondée. Cette position est en outre dangereuse pour les avocats, en ce sens qu'elle pourrait susciter des comportements contraires aux devoirs de la profession et mener les avocats à se voir sanctionner pénalement et disciplinairement.

Notre groupe de travail a par ailleurs constaté une absence de prévisibilité du processus de paiement des honoraires d'avocats utiles à la défense des personnes sous sanction. Alors que les systèmes de l'UE ou du Royaume-Uni prévoient spécifiquement la levée du gel des avoirs des personnes sous sanctions pour leurs frais de défense, le droit suisse ne règle pas spécifiquement la question laissant ainsi la porte ouverte à des pratiques diverses, toutes insatisfaisantes s'agissant du droit effectif d'accès à la justice. Il nous paraît dès lors utile, sinon indispensable, de clarifier cette question avec les autorités compétentes afin de s'assurer que la mise en œuvre des règles applicables en matière de sanctions soit conforme aux garanties fondamentales.

Nous espérons que les réflexions de notre groupe de travail pourront appuyer l'intervention de la FSA auprès des autorités compétentes qui nous paraît aussi nécessaire qu'urgente compte tenu de la magnitude des sanctions ordonnées et de la gravité des conséquences en jeu.

Je vous remercie ainsi que la FSA pour son action et reste bien entendu à votre entière disposition. Il en va de même de notre groupe de travail.

Je vous prie de croire, Madame la Présidente, chère Birgit, à l'assurance de mes sentiments dévoués et confraternels.


Philippe Cottier
Bâtonnier

Ann. ment.

Droits et devoirs des avocates et des avocats en lien avec la mise en œuvre des sanctions fondées sur la LEmb

Position de l'Ordre des avocats de Genève

1 Introduction

1. Le 28 février 2022, le Conseil fédéral a décidé de reprendre les sanctions de l'Union Européenne (UE) contre la Russie à la suite de l'agression russe contre l'Ukraine². Se fondant sur la Loi sur les embargos (LEmb), le Conseil fédéral a ainsi révisé sa précédente ordonnance relative à la situation en Ukraine³ et a arrêté l'ordonnance instituant des mesures en lien avec la situation en Ukraine (Ordonnance Ukraine)⁴.
2. Il n'est pas nouveau que la Suisse ordonne des sanctions⁵. Le Conseil fédéral peut en effet édicter des mesures de coercition pour appliquer les sanctions visant à faire respecter le droit international public, en particulier les droits de l'homme, décrétées par l'Organisation des Nations Unies, par l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe ou par les principaux partenaires commerciaux de la Suisse (art. 1 al. 1 LEmb).
3. Les sanctions en relation avec la situation en Ukraine sont toutefois sans précédent dans leur étendue et impact et ont suscité des interrogations quant aux limites de ces sanctions et leur application. Se pose en particulier la question des obligations des avocates et avocats en lien avec la mise en œuvre de ces sanctions, notamment au regard du secret professionnel et de l'accès à la justice.

2 Cadre juridique

2.1 Les sanctions

4. La Suisse participe à la mise en œuvre des sanctions internationales prononcées dans le but de faire respecter le droit international public, en particulier les droits de l'homme, et prises au sein de l'ONU, de l'OSCE ou encore par les principaux partenaires commerciaux de la Suisse, dont l'Union européenne (UE). Les mesures prises en vertu du droit national suisse à cette fin sont appelées « mesures de

² SECO, Mesures en lien avec la situation en Ukraine, disponible à l'adresse : https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/sanktionsmassnahmen/massnahmen-zur-vermeidung-der-umgehung-internationaler-sanktionen.html. (27.03.2022).

³ Ancienne Ordonnance instituant des mesures en lien avec la situation en Ukraine (RS 946.231.176.72), disponible à l'adresse : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2014/486/fr> (30.03.2022)..

⁴ Ordonnance instituant des mesures en lien avec la situation en Ukraine (RS 946.231.176.72), disponible à l'adresse : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2022/151/fr> (30.03.2022).

⁵ Pour un aperçu du régime suisse des sanctions voir GIROUD/RORDORF, *Contexte et cadre général*, in : GIROUD/RORDORF-BRAUN (édit.), *Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationale*, Bâle 2020, N 11 ss et LUDWICZAK GLASSEY, Régime international et mise en œuvre en Suisse, in : GIROUD/RORDORF-BRAUN (édit.), *Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationale*, Bâle 2020, N 27 ss.

coercition » ou mesures dites d'« embargo ». Les mesures de coercition en lien avec des sanctions internationales sont fondées sur la LEmb depuis son adoption en 2002. Elles sont prises par le Conseil fédéral sous la forme d'ordonnances et mises en œuvre par le SECO. Le Conseil fédéral peut toutefois aussi prendre des mesures de manière unilatérale en fondant son action directement sur l'art. 184 al. 3 Cst⁶.

5. Les mesures coercitives ordonnées par la Suisse comportent généralement des mesures financières parmi lesquelles le gel des avoirs et ressources économiques d'une personne sanctionnée (p. ex. art. 15 Ordonnance Ukraine) ainsi qu'une obligation de déclaration au SECO concernant les avoirs et ressources économiques dont il faut admettre qu'ils tombent sous le coup du gel (p. ex. art. 16 Ordonnance Ukraine).
6. La violation du devoir de gel est punie comme un délit conformément à l'art. 9 LEmb, soit une peine d'emprisonnement d'un an au plus ou d'une amende de CHF 500'000 au plus⁷. Dans les cas graves, la peine est l'emprisonnement pour cinq ans au plus. La peine privative de liberté peut être assortie d'une amende de CHF 1 million au plus. Si l'auteur agit par négligence, la peine est l'emprisonnement pour trois mois au plus ou une amende de CHF 100'000 au plus.
7. La violation du devoir de déclaration est punie comme une contravention conformément à l'art. 10 LEmb, soit par des arrêts ou une amende de CHF 100'000. En cas de négligence, la peine est une amende de CHF 40'000 au plus.

2.2 Le secret professionnel

8. Le secret professionnel de l'avocat est un élément fondamental d'un État de droit. Il est absolument nécessaire dans une société démocratique, non seulement pour garantir l'accès à la justice, mais également l'accès au droit de tous⁸. Les Principes de base relatifs au rôle du barreau adoptés par les Nations Unies rappellent ce rôle fondamental des avocats en les termes suivants :

« Attendu que la protection adéquate des libertés fondamentales et des droits de l'homme, qu'ils soient économiques, sociaux et culturels ou civils et politiques, dont toute personne doit pouvoir jouir, exige que chacun ait effectivement accès à des services juridiques fournis par des avocats indépendants,

Attendu que les associations professionnelles d'avocats ont un rôle crucial à jouer en ce qui concerne le respect des normes établies et de la déontologie de leur profession, la défense de leurs membres contre toute restriction ou ingérence injustifiée, le libre accès de toutes les personnes qui en ont besoin aux services juridiques et la coopération avec les institutions gouvernementales et autres au service de la justice et de l'intérêt commun ».

Ces Principes s'adressent aux États Membres des Nations Unies, dont la Suisse, et les invite à veiller à ce que les avocats exercent le rôle qui leur revient.

9. Même s'il n'est pas directement inscrit dans notre Constitution, le secret professionnel de l'avocat ne résulte pas moins indirectement de plusieurs normes constitutionnelles, tel que relevé par le Tribunal

⁶ LUDWICZAK GLASSEY, *Régime international et mise en œuvre en Suisse*, in : GIROUD/RORDORF-BRAUN (édit.), *Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationale*, Bâle 2020, N 41-42.

⁷ GARBARSKI, *Conséquences pénales d'une violation des sanctions internationales et des mesures de blocage*, in : GIROUD/RORDORF-BRAUN (édit.), *Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationale*, Bâle 2020, N 334 ss.

⁸ ATF 135 III 597 c. 3.4 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13 N 56.

fédéral, dont les garanties de procédure⁹, la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.)¹⁰, la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.)¹¹ et les garanties générales de procédure (art. 29, 30 et 32 Cst.). Au niveau international, le secret professionnel est directement protégé par les art. 6 CEDH (droit à un procès équitable ; plus particulièrement pour un prévenu, le droit de l'accusé d'avoir des échanges confidentiels avec son avocat découle du droit à la défense garanti par l'art. 6 par. 3 let. c CEDH¹²) et art. 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale) ainsi que par les art. 14 et 17 du Pacte ONU II d'une teneur comparable aux dispositions précitées de la CEDH.

10. Le secret professionnel de l'avocat est par ailleurs ancré aux art. 321 CP et 13 LLCA qui se complètent. L'art. 321 al. 1 CP prévoit que :

« Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, conseils en brevet, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues, infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes, ostéopathes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire».

L'art. 13 al. 1 LLCA prévoit également que :

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

11. Le secret professionnel est également reflété dans différentes lois procédurales dont les art. 160 et 166 CPC, ainsi que l'art. 171, 264 et 271 CPP. L'art. 13 al. 1^{bis} PA prévoit aussi que : *« 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, si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la loi du 23 juin 2000 sur les avocats ».*
12. Une dérogation au principe du secret professionnel n'est admissible qu'à titre exceptionnel. L'art. 321 al. 3 CP prévoit également une exception au secret professionnel fondé sur *« les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice ».* La disposition doit viser sans ambiguïté l'une des professions mentionnées à l'art. 321 CP et délimiter les cas dans lesquels il y a une obligation de fournir des renseignements¹³. L'art. 13 LLCA ne prévoit pas d'exception au secret professionnel et rappelle que le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés.
13. S'agissant d'une atteinte à un droit constitutionnel, la jurisprudence exige une base légale formelle, un intérêt public et le respect du principe de la proportionnalité¹⁴. D'après la doctrine majoritaire, **seule une**

⁹ TF, arrêt du 5 septembre 2002, 1P.249/2002, c. 3 ; ATF 117 la 341 c. 4 et 6a, ATF 109 la 146 c. 8b ; ATF 102 la 516 c. 3b.

¹⁰ TF, arrêt du 5 septembre 2002, 1P.249/2002, c. 3.

¹¹ TF, arrêt du 5 septembre 2002, 1P.249/2002, c. 3.

¹² CourEDH Zagaria c/ Italie, 27.11.2007 (requête 58295/00), § 30.

¹³ ATF 91 I 200 c. 1.

¹⁴ ATF 102 la 516, c. 4.

disposition expresse et non un devoir général applicable à quiconque, permet de déroger au secret professionnel¹⁵.

14. À noter encore que le secret professionnel de l'avocat est absolu¹⁶, contrairement au secret bancaire ou au secret fiscal¹⁷.
15. Tant la Loi sur le blanchiment d'argent (art. 9 al. 2 LBA) que la Loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite (art. 7 al. 5 LVP) font primer le secret professionnel de l'avocat sur le devoir d'annonce : « *Les avocats et les notaires ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer et de renseigner dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel au sens de l'art. 321 du code pénal* ».
16. La LEmb ne comporte pas de disposition excluant l'application du secret professionnel. L'art. 3 LEmb prévoit de manière générale que « *Quiconque est visé, directement ou indirectement, par des mesures découlant de la présente loi fournit aux organes de contrôle désignés par le Conseil fédéral les renseignements et documents nécessaires à l'appréciation globale d'un cas ou à un contrôle* ».

2.3 Accès à la justice

17. Les droits de la défense englobent une série de prérogatives, la plus importante étant sans aucun doute le droit à un procès équitable (voir art. 14 par. 1 CEDH ; art. 6 par. 1 CEDH ; art. 29 al. 1, 29a et 30 al. 1 Cst.). La garantie du procès équitable inclut notamment le droit d'accès à un tribunal – à savoir un juge disposant d'un libre pouvoir d'examen ou de cognition en fait et en droit¹⁸ – qui doit être établi par la loi, compétent, indépendant et impartial ; le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ; le droit d'être entendu, avec toutes les composantes qui le sous-tendent, notamment le droit d'accès au dossier, le droit de se déterminer sur les prises de position de l'autorité et des autres parties, etc. ; le droit d'être jugé publiquement ; le respect du principe de l'égalité des armes (art. 29 al. 1 Cst.), ainsi que son corollaire, le droit à un débat contradictoire (art. 14 par. 1 Pacte ONU II).
18. Au risque d'énoncer une évidence, la mise en œuvre des sanctions dans un Etat de droit doit se faire dans le respect des droits de la défense des personnes visées par les sanctions. En effet, en pratique, le gel des avoirs empêche les personnes sanctionnées de rémunérer une avocate ou un avocat, à moins de requérir une dérogation au gel des avoirs ou l'assistance judiciaire. Dans le premier cas, se pose la question de la protection du secret professionnel en lien avec les informations fournies pour motiver la demande de dérogation. S'agissant de l'assistance judiciaire, celle-ci est généralement refusée, faute pour la personne sanctionnée de pouvoir démontrer l'absence de ressources financières suffisantes. Par conséquent, la personne visée par des sanctions se retrouve souvent sans moyens pour exercer ses droits, notamment lorsqu'elle songe à faire appel à un juge aux fins de faire contrôler le bien-fondé de son inclusion dans une liste de sanctions.

¹⁵ TRECHSEL/VEST, Praxiskommentar, art. 321 N 38 ; Stratenwerth/Bommer, BT II, §61 N 24.

¹⁶ ATF 117 Ia 341, c. 6a) ; CHAPPUIS/GURTNER, La profession d'avocat, Genève - Zurich - Bâle 2021, p. 207.

¹⁷ Voir SECO, Aide-mémoire sur le rôle des cantons, 1^{er} avril 2022, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-87857.html>.

¹⁸ ATF 136 III 296, c. 3.3.

3 FAQ

3.1 Gel d'avoirs et de ressources économiques : les avocates et les avocats doivent-ils geler les provisions qu'ils détiennent pour le compte de leurs clients ?

19. Aux termes de l'art. 15 al. 1 de l'Ordonnance Ukraine, les avoirs et les ressources économiques appartenant à ou sous contrôle des personnes physiques, entreprises et entités visées à l'annexe 8 sont gelés. Sont notamment des avoirs les dépôts, les dettes, les crédits ou encore les droits à des *compensations* (art. 1 let. a de l'Ordonnance Ukraine). Les ressources économiques incluent toutes valeurs de quelque nature que ce soit, corporelles ou incorporelles, mobilières ou immobilières, en particulier les immeubles et les biens de luxe, à l'exception des avoirs au sens de l'art. 1 let. a (art. 1 let. b de l'Ordonnance Ukraine).
20. Se pose la *question* des conséquences des dispositions susmentionnées sur le mandat des avocates et avocats, notamment s'agissant de la détention de provisions pour le compte de leurs clients.
21. Une provision est définie comme représentant un paiement anticipé conditionnel, destiné à permettre au client d'éteindre par compensation la créance en honoraires et débours dès qu'elle est exigible¹⁹. Le mandant ne peut en réclamer la restitution qu'à la fin du mandat et pour la part qui n'a pas été utilisée²⁰. Même si, économiquement, la provision sur honoraires joue le rôle d'une garantie, elle revient pour le mandant à exécuter ses obligations, en contrepartie des services du mandataire et des frais *qu'il* a avancés. La garantie que représente la provision tient uniquement à son caractère anticipé²¹. Bien que l'avocat soit tenu de comptabiliser séparément les provisions reçues, les versements de ses mandants n'en demeurent pas moins des paiements anticipés analogues à ceux qui existent dans d'autres professions dans le but de garantir le paiement des prestations et qui ne sont définitivement acquis que lorsque le prestataire a lui aussi exécuté ses obligations et en a chiffré le coût²².
22. L'avocat a la libre disposition de la provision versée par son client, même s'il demeure débiteur envers ce *dernier* de ses propres prestations ou, s'il ne les fournit pas, d'un montant à lui restituer. Le client a une position de créancier pour la part de sa provision qui n'est pas utilisée et peut en demander, cas échéant, le remboursement²³. Les avocates et avocats sont quant à eux débiteurs envers leurs clients de leurs prestations de mandataire. Au fur et à mesure de la bonne exécution du mandat, les avocates et avocats pourront faire valoir leur droit de compensation en vue d'éteindre leur créance en honoraires et ainsi encaisser le montant de la provision.
23. Au vu de ce qui précède, si des avocates et avocats détiennent des provisions pour le compte de clients sujets à sanction au sens de l'Ordonnance Ukraine, reçues avant leur ajout sur les listes de sanctions, il convient de distinguer deux cas de figure afin d'en déterminer les conséquences. La première hypothèse est le cas du mandataire qui a dûment exécuté sa contre-prestation et ainsi épuisé le montant de la provision avant l'issue de son mandat. La seconde hypothèse est le cas du *mandataire* qui n'a pas épuisé le montant de la provision reçue avant la fin de son mandat. En effet, l'Ordonnance Ukraine

¹⁹ ATF 100 IV 227 in JdT 1975 IV p. 150, consid. 1; ATF 126 II 249, consid. 4b.

²⁰ ATF 100 IV 227 in JdT 1975 IV p. 150, consid. 1; ATF 126 II 249, consid. 4b; TERCIER/BIERI/CARRON; *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Genève - Zurich - Bâle 2016, p. 660.

²¹ ATF 126 II 249, consid. 4c.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

prévoit notamment que les droits de compensation d'une personne physique ou entité visée par l'Ordonnance Ukraine doivent être gelés (art. 15 *cum* 1 let. a Ordonnance Ukraine).

- Ainsi, dans la première hypothèse, à notre avis, lorsque les avocates et avocats ont dûment exécuté leur contre-prestation et épuisé le montant de la provision avant la fin de leur mandat, ils ont une créance en honoraires à l'égard de leurs clients et bénéficient du droit de compensation. Dans ce contexte, les provisions détenues par des avocates et avocats pour le compte de clients visés par l'Ordonnance Ukraine ne correspondent pas à des actifs « *appartenant ou sous le contrôle* » de ces personnes physiques ou entités et échappent au gel imposé par l'Ordonnance Ukraine.
 - À l'inverse, dans la seconde hypothèse, lorsque la contre-prestation des avocates et avocats a engendré des honoraires inférieurs au montant de la provision à l'issue du mandat, ce sont leurs clients sous sanction qui bénéficient d'une créance en restitution du montant non utilisé de la provision. Dans ce cas de figure, à notre avis, la créance en restitution des clients visés par l'Ordonnance Ukraine correspond à un actif qu'il convient de geler aux termes de l'Ordonnance Ukraine (art. 15 al. 3 Ordonnance Ukraine). Cette hypothèse s'applique également au cas des avocates et avocats qui décideraient de résilier leurs mandats avec leurs clients visés par des sanctions.
24. Une autre problématique à mentionner est celle de la propriété des fonds provisionnés. En effet, l'argent figurant sur un compte bancaire ouvert au nom d'un client est la propriété de la banque envers laquelle le client n'a qu'une créance en restitution²⁴. Ainsi, se pose la question d'un gel du montant de la provision par la banque elle-même. En effet, bien que les fonds provisionnés se trouvent sur un *compte* bancaire ouvert au nom de l'étude des avocates et avocats, il n'est pas exclu qu'une banque ne considère pas cette provision comme un paiement anticipé mais l'interprète plus largement comme une garantie ou un dépôt provisoire et décide de geler les fonds.
25. Cette position est en ligne avec le droit comparé, en particulier les règles prévues dans les juridictions *suivantes* :
- **Union européenne** : Dans le cadre des sanctions émises par l'UE concernant l'Ukraine, l'art. 4 let. b du Règlement UE n° 269/2014 du Conseil du 17 mars 2014²⁵ prévoit que les autorités compétentes peuvent autoriser le déblocage ou la mise à disposition de fonds gelés pour le règlement d'honoraires ou de dépenses engagées pour s'assurer le service de juriste.
 - **Angleterre** : L'*Office of Financial Sanctions Implementations* a publié des lignes directrices relatives à la mise en œuvre des sanctions²⁶. Le paiement **d'honoraires** d'avocats est soumis à un régime d'autorisation dont le cadre général est le suivant :
 - *“Both legal fees and disbursements must be reasonable. It is for the applicant to demonstrate to OFSI that the legal fees and disbursements are reasonable.*

²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_9/2020 du 9 juillet 2020, consid. 5.1.

²⁵ Règlement UE n° 269/2014 du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine.

²⁶ Office of Financial Sanctions Implementation, UK Financial Sanctions – General guidance for financial sanctions under the Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018, décembre 2020, (cité : OFSI Sanctions guidelines) disponible à l'adresse : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1062452/General_Guidance_-_UK_Financial_Sanctions.pdf.

- *In most cases, you can provide legal advice to or act for a designated person without an OFSI licence, however, you cannot receive any payment for that advice without first obtaining an OFSI licence.*
 - *OFSI can only authorise payment of reasonable legal fees and disbursements in relation to legal services provided to a designated person. You are strongly encouraged to apply for a licence in advance of providing substantive legal services in order for you to have certainty as to the fees that will be recoverable whilst the designated person remains listed.*
 - *In support of your application, you should: o provide an estimate of the anticipated fees and/or fees that have already been incurred; o provide a breakdown of how the fees will be charged and/or have been charged; and o identify any disbursements, such as payments for counsel and/or expert witnesses.*
 - *OFSI considers that the Supreme Court Cost Guides or the sums that could be expected to be recouped if costs were awarded, provide a useful starting point for assessing the reasonableness of legal fees and disbursements.*
 - *If you are seeking fees of a level in excess of those, you need to demonstrate why those increased fees are reasonable in the given case.” 27*
- **États-Unis** : Aux États-Unis, l'Office of Foreign Assets Control (OFAC) est en charge de la mise en œuvre des sanctions. Les honoraires d'avocats font l'objet d'une réglementation particulière qui autorise leur paiement sur demande à certaines conditions²⁸.

3.2 Déclaration obligatoire concernant le gel des avoirs et de ressources économiques : les avocates et les avocats doivent-ils déclarer les avoirs et ressources économiques de leurs clients

26. Il a été vu supra qu'une dérogation au principe du secret professionnel suppose l'existence d'une base légale, un intérêt public et le respect du principe de la proportionnalité²⁹. D'après la doctrine majoritaire, seule une disposition expresse et non un devoir général applicable à quiconque, permet de déroger au secret professionnel³⁰.
27. La LEmb ne prévoit pas de disposition excluant l'application du secret professionnel. L'art. 3 LEmb se contente de prévoir, de manière générale, que « *Quiconque est visé, directement ou indirectement, par des mesures découlant de la présente loi fournit aux organes de contrôle désignés par le Conseil fédéral les renseignements et documents nécessaires à l'appréciation globale d'un cas ou à un contrôle* ».
28. En conséquence, le secret professionnel prime le devoir d'annonce d'avoirs appartenant à des personnes sanctionnées prévu par les ordonnances de sanctions.

²⁷ OFSI Sanctions guidelines, p. 28.

²⁸ Voir, OFAC, Guidance on the release of limited amounts of blocked funds for payment of legal fees and costs incurred in challenging the blocking of U.S. persons in administrative or civil proceedings, 23 juin 2010, disponible à l'adresse : https://home.treasury.gov/system/files/126/legal_fee_guide.pdf.

²⁹ ATF 102 Ia 516, c. 4.

³⁰ TRECHSEL/VEST, Praxiskommentar, art. 321 N 38 ; Stratenwerth/Bommer, BT II, §61 N 24.

29. Cet état des choses est en ligne avec le droit comparé, en particulier les règles prévues dans les juridictions suivantes :
- **Union européenne** : Dans le cadre des sanctions émises par l'UE concernant l'Ukraine, l'art. 8 du Règlement UE n° 269/2014 du Conseil du 17 mars 2014³¹ réserve expressément le **secret professionnel des avocats**. Ceux-ci ne sont dès lors pas soumis à l'obligation d'annonce de fonds appartenant à des personnes sous sanction.
 - **Angleterre** : L'*Office of Financial Sanctions Implementations* a publié des lignes directrices relatives à la mise en œuvre des sanctions³². Ces lignes directrices soulignent spécifiquement que le **secret professionnel** des avocats prévaut et qu'en conséquence il n'y a pas d'obligation d'annonce concernant des informations couvertes par le secret professionnel³³.
 - **États-Unis**. L'OFAC a émis des lignes directrices. S'agissant du secret professionnel, l'OFAC a précisé que : « *OFAC generally does not expect Subject Persons to provide privileged or protected information in response to a request for information or otherwise. OFAC does, however, expect Subject Persons who withhold responsive information on the grounds of the attorney-client or other privilege or the work product doctrine to properly invoke such privilege or protection and to identify such withheld information on a privilege log, in accordance with any instructions accompanying requests for information and ordinary legal practice. OFAC has clarified the provision of the Guidelines providing for penalties for failure to respond to a request for information by eliminating the reference to "failure to furnish the requested information" and instead referring to a "failure to comply" with a request for information. The revised language is intended to make clear that OFAC will not seek penalties in those cases where responsive information is withheld on the basis of an apparently applicable and properly invoked privilege.* »³⁴

3.3 Les avocates et avocats peuvent-ils fournir des services juridiques à des personnes sanctionnées ?

30. Les mesures adoptées par la Suisse ne font pas interdiction de fournir des services juridiques aux personnes physiques ou morales sanctionnées. Cela vaut tant pour les personnes soumises au gel des avoirs (i.e. listées à l'annexe 8 de l'Ordonnance Ukraine) que pour les ressortissants ou résidents russes soumis à d'autres restrictions aux termes de l'Ordonnance Ukraine. L'avocate ou l'avocat peut donc, en principe, fournir des services juridiques, même si certaines exceptions doivent être observées selon le domaine concerné³⁵.
31. Cela étant dit, pour les personnes soumises au gel des avoirs, l'Ordonnance Ukraine ne prévoit pas d'exemption au gel des avoirs pour la rémunération d'un avocat. Sous réserve d'une dérogation du SECO (par exemple pour cas de rigueur) (art. 15 al. 5 Ordonnance Ukraine), démarche qui nécessite

³¹ Règlement UE n° 269/2014 du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine.

³² Office of Financial Sanctions Implementation, UK Financial Sanctions – General guidance for financial sanctions under the Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018, décembre 2020, (cité : OFSI Sanctions guidelines) disponible à l'adresse : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1062452/General_Guidance_-_UK_Financial_Sanctions.pdf.

³³ OFSI Sanctions guidelines, clause 5.4, p. 24.

³⁴ OFAC Enforcement Guidelines, Federal Register / Vol. 74, No. 215, 9 November 2009, p. 57600, disponible à l'adresse : https://home.treasury.gov/system/files/126/fr74_57593.pdf.

³⁵ L'art. 11 al. 2 de l'Ordonnance interdit toutefois la fourniture de "services de toute sorte" liés à certains biens du domaine de l'énergie visés à l'annexe 5 à destination de la Russie, y compris en lien avec la vente, la livraison ou l'exportation de tels biens. Cette formulation large est susceptible d'englober les services juridiques, par exemple la rédaction de contrats.

toutefois l'assentiment préalable du client compte tenu des informations qui seront révélées à l'autorité, le client dont les avoirs ont été gelés ne pourra ainsi pas rémunérer l'avocate ou l'avocat.

32. À notre avis, une rémunération par un tiers est également exclue, puisque l'Ordonnance Ukraine interdit la mise à disposition par des tiers d'avoirs ou de ressources économiques en faveur d'une personne sanctionnée (art. 15 al. 2 Ordonnance Ukraine).

3.4 Quelles sont les obligations des avocates et avocats intermédiaires financiers ?

33. Dans le contexte des sanctions financières, les intermédiaires financiers jouent un rôle prépondérant dans le respect de celles-ci. À ce titre, la Suisse s'est dotée d'un système de surveillance qui dépend notamment de la correcte application par les intermédiaires financiers de la Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LBA). En effet, en sus des mesures susmentionnées de gels d'avoirs et de ressources économiques, les intermédiaires financiers, au rang desquels peuvent figurer l'avocat(e) intermédiaire financier (art. 2 al. 3 LBA), sont soumis à toutes les obligations découlant de la LBA, en particulier aux obligations de clarification (art. 6 al. 2 let. b LBA), de communication (art. 9 al. 1 LBA) et de blocage (art. 10 al. 1 LBA)³⁶.
34. Il convient de rappeler ici que les sanctions financières fondées sur la LEmb poursuivent principalement des objectifs politiques. Il en découle que les valeurs patrimoniales impliquées dans une relation d'affaires liée à une personne placée sur une liste de sanctions ne sont pas *eo ipso* d'origine *délictuelle* ni *a fortiori* liées à du blanchiment d'argent.
35. Cela étant, selon la doctrine, la présence d'un nom sur une liste de sanctions financières implique néanmoins, pour l'avocat(e) intermédiaire financier, d'entreprendre des clarifications complémentaires sur le client et la relation d'affaires³⁷. En effet, l'art. 6 al. 2 let. b LBA, complété par les art. 13 ss de l'Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (ci-après : "OBA-FINMA"), dispose que "*l'intermédiaire financier doit clarifier l'arrière-plan et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires lorsque des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305^{bis}, ch. 1^{bis}, CP, qu'une organisation criminelle ou terroriste (art. 260^{ter} CP) exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs ou que celles-ci servent au financement du terrorisme (art. 260^{quinquies}, al. 1, CP)*".
36. Dans un deuxième temps, si dites clarifications ne permettent pas d'écarter totalement le soupçon initial de l'origine criminelle des avoirs, le soupçon est réputé fondé selon la jurisprudence³⁸. Naît alors une *obligation* pour l'avocat(e) intermédiaire financier de procéder immédiatement à la communication au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) en conformité avec l'art. 9 al. 1 LBA³⁹. Le MROS dispose dans ce cas d'un délai de vingt jours (art. 23 al. 5 LBA) pour analyser les informations transmises et le cas échéant dénoncer le dossier aux autorités pénales compétentes (art. 23 al. 4 LBA).

³⁶ CASSANI, *Les avoirs mal acquis, avant et après la chute du "potentat"*, in : RSDIE 2010 p. 465, p. 469.

³⁷ JULEN BERTHOD/LECOUTURIER, *Droits et obligations des intermédiaires financiers*, in : GIROUD/RORDORF-BRAUN (édit.), *Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationale*, Bâle 2020, N 894.

³⁸ ATF 147 IV 274, c. 2.

³⁹ JULEN BERTHOD/LECOUTURIER, *op. cit.*, p. 291.

37. *Lorsque* les soupçons nourris par l'intermédiaire financier ne sont pas fondés aux termes de l'art. 9 LBA, il lui reste loisible de procéder à une communication facultative en vertu de l'art. 305ter al. 2 CP. Dans cette hypothèse, le MROS n'est tenu par aucun délai pour procéder à son analyse (art. 23 al. 6 LBA).
38. Dans le contexte d'une éventuelle communication, les intermédiaires financiers doivent se conformer à une obligation de blocage des avoirs dès que le MROS notifie l'intermédiaire avoir *transmis* dites informations à une autorité de poursuite pénale (art. 10 LBA). L'intermédiaire financier maintient le blocage des avoirs jusqu'à la réception d'une décision de l'autorité de poursuite pénale compétente, mais durant cinq jours ouvrables au plus à compter du moment où le MROS lui a notifié avoir transmis les informations à une autorité de poursuite pénale.
39. Il est également rappelé que l'intermédiaire financier ne doit informer ni les personnes concernées, ni aucun tiers, du fait qu'il a effectué une communication en vertu de l'art. 9 LBA ou de l'art. 305ter al. 2 CP (art. 10a LBA).
40. S'agissant plus particulièrement du secret professionnel de l'avocat(e), comme mentionné à titre introductif, la LBA envisage expressément cette problématique à son art. 9 al. 2. Cette disposition prévoit 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* ». Cette limitation à l'obligation de communiquer ne vaut toutefois qu'en rapport à l'activité dite typique de l'avocat(e), à l'exclusion de l'intermédiation financière⁴⁰.



⁴⁰ CHAPPUIS/GURTNER, *La profession d'avocat*, Genève/Zurich 2021, N 1115 p. 295 ; CR CP-II-CHAPPUIS, art. 321 CP N 61.