

EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA LBA AU DÉTRIMENT DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT – LIMITES POSSIBLES POSÉES PAR LE TRIBUNAL FÉDÉRAL?

SANDRO VECCHIO

Avocat, Étude Archipel, Genève

Membre du Conseil de l'ordre des avocats de Genève

Juge suppléant au tribunal administratif de première instance de Genève

Mots clés: avocat, LBA, secret professionnel, conseil en matière de sociétés opérationnelles étrangères et de domicile

Dans son avant-projet de modification de la LBA du 1^{er} juin 2018, le Conseil fédéral entend assujettir à cette loi l'activité de l'avocat fournissant une simple prestation de conseil dans le cadre de la mise sur pied de structures juridiques. Cet avant-projet fait suite au rapport d'évaluation du GAFI du mois de décembre 2016 et son adoption constituerait une grave atteinte au secret professionnel de l'avocat. Toutefois, le 21 septembre 2018, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt allant à l'encontre de la modification législative souhaitée par le Conseil fédéral.

I. Rapport du GAFI du mois de décembre 2016

Au mois de décembre 2016, le Groupe d'action financière (GAFI) a émis son rapport d'évaluation mutuelle concernant la Suisse et relatif aux mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme¹. Un premier rapport intermédiaire a été émis au mois de juillet 2018.

Le chapitre 7 du rapport final, consacré aux personnes morales et entités juridiques, retient notamment que le rôle des avocats dans la chaîne de création des sociétés de domicile suisses ou étrangères ne paraît pas suffisamment appréhendé par les autorités suisses. Étant toutefois précisé que celles-ci les considèrent comme un facteur d'aggravation des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, dans la mesure où, à l'instar des trusts et des fondations, elles «*diminuent la transparence de l'arrière-plan économique des flux de capitaux associés à une relation d'affaires donnée et réduisent ainsi la probabilité de pouvoir identifier les bénéficiaires effectifs réels des valeurs patrimoniales impliquées*»².

Pour ce qui a trait aux personnes morales suisses, le GAFI retient que les obligations générales de transparence mises sur pied par la Suisse au cours des dernières années³ constituent une protection de base contre leur utilisation à des fins de blanchiment ou de financement du terrorisme.

Cela étant, le GAFI estime que le caractère dissuasif des sanctions applicables paraît insuffisant et que les mesures applicables aux petites structures associatives ainsi qu'aux fondations de droit suisse sont faibles, notamment eu égard aux risques de financement du terrorisme.

Quant au rôle joué par les avocats, le GAFI rappelle que ceux-ci sont souvent mandatés pour des conseils fiscaux, la constitution et la vente de sociétés écrans, l'activité d'organe, la fourniture de services de domiciliation, la facilitation de transactions financières et l'achat et la vente d'immeubles. Dans son rapport, le GAFI évoque également les statistiques du Bureau de communication en matière de blanchiment (MROS) selon lesquelles, entre 2002 et 2014, 40% des dénonciations de soupçons effectuées par des avocats (ou des notaires) avaient trait à une situation dans laquelle était impliquée une société

¹ www.fatf-gafi.org/fr/publications/evaluationsmutuelles/documents/mer-suisse-2016.html.

² On rappelle à ce propos que l'utilisation de sociétés de domicile suisses ou étrangères est un critère de risque accru de blanchiment selon l'OBA-FINMA.

³ Tenue d'un registre des actionnaires et des ayants-droits économiques, y compris pour les sociétés dont le capital est composé d'actions au porteur.

de domicile dont l'ayant-droit économique était domicilié à l'étranger ou était une personne politiquement exposée. Dans ce cadre, le GAFI a considéré que l'activité de l'avocat agissant en tant que conseiller notamment lors de la création de sociétés offshore devrait être soumis à la LBA avec une obligation de dénoncer les cas de soupçons fondés aux autorités. En substance, le GAFI a retenu que la limite entre l'activité typique de l'avocat et son activité qui pourrait être soumise à la LBA était floue, notamment en lien avec la création de «*corporate legal structures*».

II. 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

Soucieux que la Suisse fasse figure de bon élève, voire de premier de classe suite au rapport du GAFI, le Conseil fédéral a mis en consultation le 1^{er} un projet de modification de la LBA⁴. Celui-ci prévoit d'assujettir à la LBA des activités typiques de l'avocat telles qu'elles sont définies par le Tribunal fédéral⁵. Il s'agit principalement des activités exercées par les avocats en tant que conseillers dans le cadre de la création, la mise sur pied et la gestion de structures. Sont notamment visés les conseils fournis en lien avec des sociétés étrangères, même si elles sont opérationnelles ou cotées en bourse, les sociétés suisses de domicile et les trusts. Ainsi, un avocat fournissant des conseils juridiques en matière de fusions et acquisitions de sociétés commerciales étrangères, de restructuration de groupes de sociétés étrangers ou des services en relation avec des sociétés immobilières ou holdings suisses, pourra se voir assujetti à la LBA pour cette activité. On peine à comprendre le but de ce projet, dans la mesure notamment où, à l'heure actuelle, un avocat agissant en tant qu'administrateur d'une société opérationnelle même étrangère⁶ n'est pas assujetti à la LBA⁷.

Par conséquent, à teneur du projet, l'avocat agissant en tant que simple conseiller aura notamment l'obligation de vérifier l'identité du ou des co-contractants et ayant-droits économiques et de clarifier l'arrière-plan économique et le but de l'activité souhaitée par le client. Un auditeur devra également être désigné et celui-ci sera chargé de vérifier que ces obligations seront respectées. Cela étant, il n'existera aucune obligation ou droit de communiquer au MROS tout éventuel soupçon fondé. La seule obligation qui sera imposée au conseiller sera de refuser ou rompre la relation d'affaires. Toutefois, si l'avocat, sur la base de soupçons fondés, n'aura pas refusé ou rompu une relation d'affaires alors qu'il aurait dû le faire, il se verra dénoncer par la société de révision, avec le risque de violation du secret professionnel de l'avocat que cela comporterait. Il sied de rappeler à ce propos qu'il n'est pas nécessaire qu'un mandat ait été conclu entre l'avocat et la personne qui confie un secret pour que ce dernier soit couvert par le secret professionnel de l'avocat⁸.

Partant, ce projet, s'il venait à être adopté, mettra l'avocat dans une position schizophrénique et portera gravement atteinte aux fondements mêmes du secret professionnel.

De plus, et c'est là l'essentiel, ce secret sera mis à mal dans la mesure où un tiers, soit l'auditeur désigné, aura accès aux dossiers et informations relatifs aux clients de l'avocat. Quand bien même il pourrait être admis que le réviseur soit un auxiliaire de ce dernier soumis au secret professionnel – ce qui n'est pas certain –, celui-ci aura ensuite l'obligation de dénoncer l'avocat au Département fédéral des finances, lequel le fera à son tour aux autorités de poursuite pénale. Il y a ainsi dans tous les cas, à un moment donné, une violation du secret professionnel de l'avocat⁹.

De plus, cette modification législative ne permet aucunement d'atteindre le but intrinsèque de la LBA qui suppose, pour lutter contre le blanchiment et le financement du terrorisme, un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales. L'avocat agissant en tant que simple conseiller ne disposera pas d'une telle faculté, son obligation se limitant à refuser ou rompre la relation d'affaires.

On a ainsi de la peine à saisir la volonté du Conseil fédéral si ce n'est – une fois n'est pas coutume – de donner suite aux desiderata du GAFI.

III. Prise de position de la FSA du 21 septembre 2018

Dans le cadre de la mise en consultation de l'avant-projet de modification de la LBA, la Fédération Suisse des Avocats a communiqué, le 21.9.2018, ses observations au Département fédéral des finances¹⁰. La FSA a ainsi rappelé que ce projet mettait gravement en péril le secret professionnel de l'avocat dans le cadre de ses activités typiques et s'est vigoureusement opposée à ces modifications de la LBA, qu'elle a jugé au demeurant inopportunes et inutiles. La FSA a également précisé que ce projet et notamment l'intervention d'une entreprise de révision et l'obligation faite à celle-ci de dénoncer un avocat qui aurait décidé d'accepter ou de maintenir une relation d'affaires malgré l'existence de soupçons fondés, conduira à une «*atteinte massive*» au secret professionnel de l'avocat. De plus, les faits constatés par l'entreprise de révision et l'autorité saisie seront inexploitablement car couverts par le secret de l'avocat¹¹.

⁴ Note <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/52558.pdf>.

⁵ ATF 1B_486/2017.

⁶ Activité non typique.

⁷ À la condition que la société elle-même ne soit pas un intermédiaire financier.

⁸ ATF 101 1a 10.

⁹ DIDIER DE MONTMOLLIN et MIGUEL OURAL in Revue de l'avocat 9/2018 pages 373 et ss.

¹⁰ URS HAEGI, «Le point de mire du Conseil FSA» in Revue de l'avocat 10/2018, page 413 ss.

¹¹ Art. 171 cum 265 al. 2 CPP.

La FSA a ensuite rappelé que le secret professionnel de l'avocat s'étend aux activités typiques de ce dernier et qu'il ne fait aucun doute que l'activité de «*conseiller*» visée par l'avant-projet de LBA est couverte par cette définition. Partant, telle activité de conseil ne saurait être assujettie à la LBA, également du fait que le conseiller n'a pas accès ni de pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales.

La FSA a enfin ajouté que dans tous les cas, l'avocat ne peut se retrancher derrière son secret professionnel s'il commet une infraction et qu'il reste soumis à l'art. 305^{bis} du code pénal ainsi qu'à des règles professionnelles strictes tant au niveau fédéral que cantonal et à la surveillance d'autorités étatiques.

IV. Rappel des règles régissant le secret professionnel et l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 septembre 2018

Quand bien même ce sujet a fait et fait l'objet de nombreuses contributions¹², il n'est pas inutile de rappeler que le secret professionnel de l'avocat revêt une importance primordiale dans tout État de droit. Il est fondé sur la relation de confiance privilégiée entre l'avocat et son client. Sur cette base, le Tribunal fédéral a notamment retenu que le client doit pouvoir compter sur un maintien absolu du secret par son avocat. Le secret professionnel découle aussi du droit à un procès équitable¹³.

Le 21.9.2018, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt de principe qui va à l'encontre de la volonté du Conseil fédéral d'étendre la LBA à certaines activités typiques de l'avocat¹⁴. Dans un premier temps, notre Haute Cour a rappelé les principes essentiels relatifs au secret professionnel, à savoir qu'entrent dans cette notion la rédaction de projets d'actes juridiques, l'assistance et la représentation d'une personne devant des autorités administratives ou judiciaires ainsi que les conseils juridiques, de tels conseils pouvant notamment être donnés en matière fiscale, de gestion du patrimoine et/ou lors de l'organisation de sa succession¹⁵. Dans ce cadre, sont alors protégés non seulement les documents ou conseils émis par l'avocat lui-même, mais également toutes les informations, faits et documents confiés par le mandant qui représentent un rapport certain avec l'exercice de la profession d'avocat, ce rapport pouvant être fort ténu. Cette protection s'étend également à l'existence même du mandat, aux notes d'honoraires ainsi que, le cas échéant, aux confidences effectuées en raison des compétences professionnelles du mandataire.

À la lecture même de ces rappels de principe, on ne peut que conclure que le projet de nouvelle du Conseil fédéral est en contradiction manifeste avec ces principes essentiels à la sauvegarde de notre État de droit.

Cet arrêt est aussi particulièrement intéressant eu égard aux activités de conseiller que le Conseil fédéral souhaite assujettir à la LBA. En effet, dans les considérants de cet arrêt, le Tribunal fédéral ajoute que «*les conseils donnés en vue de choisir une forme juridique et/ou le lieu*

du siège de celle-ci relèvent sans équivoque d'une activité typique d'un avocat». Le Tribunal fédéral en profite pour préciser à ce propos que, dans ce cadre, l'avocat doit informer son mandant sur les différentes possibilités existant ainsi que sur les risques et avantages des unes ou des autres solutions proposées, respectivement soumettre à son client celle lui paraissant la plus appropriée à sa situation spécifique, en tenant compte des impératifs découlant du droit des sociétés, du droit fiscal, matrimonial, successoral ou international. La protection conférée par le secret professionnel de l'avocat tend ainsi à ce que le client puisse librement se confier afin d'obtenir une appréciation complète de sa situation, sans crainte de divulgation des faits ou documents confiés.

V. Conclusion

L'arrêt du Tribunal fédéral du 28.9.2018 est intéressant en ce sens qu'il va à l'encontre de la volonté du Conseil fédéral de soumettre à la LBA certaines activités typiques de l'avocat.

Dans tous les cas, il est bon de rappeler que l'activité de conseil visée par le projet de modification de la LBA est une activité comportant par essence un conseil juridique et qu'elle doit être considérée, dans tous les cas, comme étant une activité typique de l'avocat telle qu'elle est définie par le Tribunal fédéral et telle qu'elle est rappelée dans l'arrêt du 21.9.2018.

La portée de cet arrêt semble toutefois relative si la modification de la LBA devait malheureusement aboutir.

La procédure de consultation ayant pris fin le 21.9.2018, le Conseil fédéral devra présenter son projet de loi aux chambres fédérales. On ose espérer qu'au stade des discussions au sein des commissions parlementaires déjà, ce projet engendrera une levée de boucliers et ne sera par la suite pas validé par le Parlement fédéral, voire fasse l'objet d'un référendum.

Affaire à suivre ...

¹² BENOÎT CHAPPUIS in Revue de l'avocat 2/2016, pages 55 et ss., Revue de l'avocat 2/2017, pages 87 ss et références citées.

¹³ ATF 117 Ia 341.

¹⁴ ATF 1B_264/2018.

¹⁵ Voir également ATF 1B_486/2017 à ce propos.