

LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT EN GRAVE DANGER FACE À L'AVANT-PROJET DE RÉVISION DE LA LBA

DIDIER DE MONTMOLLIN

Avocat, DGE Avocats, Genève

MIGUEL OURAL

Avocat, Lenz & Staehelin, Genève

Membre du Conseil de l'ordre et de la Commission de droit pénal
de l'Ordre des avocats de Genève

Mots-clés: secret professionnel de l'avocat, activité typique de l'avocat, loi sur le blanchiment d'argent, intermédiaire financier, AP-LBA, GAFI

Un récent avant-projet de l'administration fédérale vise à étendre le champ d'application matériel de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) à des activités typiques de l'avocat car elles sont liées à des conseils juridiques. Ces activités sont soumises au secret professionnel de l'avocat, qui se trouvera gravement en danger si cet avant-projet était mis en œuvre tel quel. Cet avant-projet se justifierait selon ses auteurs par les exigences du GAFI mais il n'emporte aucun renforcement utile à la lutte contre le blanchiment et fera perdre à la LBA sa systématique et son efficacité.

I. Introduction

Le 1^{er} juin 2018, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de révision de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (AP-LBA)¹ qui vise, entre autres choses, à faire entrer dans le champ d'application de la LBA des activités typiques de l'avocat telles qu'elles sont – encore et très heureusement – circonscrites par le Tribunal fédéral².

L'AP-LBA³ met ce faisant très concrètement et irrémédiablement en danger le secret professionnel de l'avocat.

L'AP-LBA n'est non seulement pas un moyen d'atteindre le but de la LBA mais il ne permettra pas non plus la mise en conformité du droit suisse aux recommandations faites par le Groupe d'action financière (GAFI) en décembre 2016 que le Conseil fédéral affirme pourtant poursuivre⁴.

Nous aimons croire que l'AP-LBA a suscité et suscitera une véritable levée de boucliers non seulement des avocats, mais aussi de tous les acteurs du monde judiciaire et des justiciables eux-mêmes, le secret professionnel de l'avocat étant (i) absolu⁵, constituant (ii) un des *fondements de l'État de droit* et ayant pour but de (iii) protéger l'accès à la justice⁶.

II. De l'AP-LBA et des buts poursuivis par cet avant-projet

1. Les «conseillers» seront assimilés à des intermédiaires financiers

Aux termes de l'art. 2 al. 1 let c. de l'AP-LBA, «les personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, préparent ou exercent une ou plusieurs [...] activités pour le compte de tiers (conseillers) [consistant] à créer, gérer ou administrer

1 <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/52558.pdf>.

2 Cf. ATF 1B_486/2017, consid. 2.2.; c'est, à notre connaissance, l'arrêt topique le plus récent du Tribunal fédéral.

3 <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/52580.pdf>. Nous ne traiterons ici que les modifications de la LBA proposées dans l'AP-LBA en lien avec les «conseillers» (art. 2 al. 1 let.c, 8b et ss, 10b, 15 al. 1 à 4 et 6 AP-LBA).

4 <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/52555.pdf> (le rapport explicatif); rapport explicatif, p. 4 et 7 à 10.

5 ATF 136 II 296, consid. 3.3.

6 CHAPPUIS, CR-CP II, ad CP 321, no 7 et les références du Tribunal fédéral y citées.

des sociétés à l'étranger⁷, des sociétés de domicile ayant leur siège en Suisse⁸ ou des trusts au sens de l'art. 2 de la Convention du 1^{er} juillet 1985) seront soumises à la LBA. Il en ira de même des personnes physiques ou morales qui «organise[nt] les apports en lien avec [c]es activités».

Il en ira encore de même des personnes physiques ou morales qui «ach[ètent] ou vend[ent ce type de] sociétés» ou qui «mett[ent] à [leur] disposition une adresse ou des locaux destinés à [leur] servir de siège» ou qui «exerce[nt] la fonction d'actionnaire agissant pour le compte d'une autre personne ou aide[nt] une autre personne à exercer cette fonction auprès de sociétés ayant leur siège à l'étranger».

Les avocats et les études d'avocats personnes morales sont des «conseillers» selon l'AP-LBA. Ses auteurs précisent d'ailleurs que l'AP-LBA a pour but de soumettre notamment les activités de conseil de l'avocat à la LBA⁹.

2. Les obligations de diligence et les autres obligations des «conseillers»

Les «conseillers» devront respecter des obligations de diligence et vérifier ainsi l'identité de leur cocontractant, identifier l'ayant droit économique et établir, respectivement conserver des documents relatifs à leurs activités (art. 8b al. 1 AP-LBA).

Les «conseillers» devront également «clarifier l'arrière-plan et le but de l'activité souhaitée par le tiers» (art. 8b al. 2 AP-LBA).

Les «conseillers» auront par ailleurs à prendre «les mesures nécessaires au respect de leurs obligations de diligence» en veillant «notamment à ce que leur personnel reçoive une formation suffisante et à ce que des contrôles soient effectués» (art. 8d AP-LBA).

Les «conseillers» devront en outre «charger une entreprise de révision¹⁰ de vérifier qu'ils respectent [leurs] obligations» (art. 15 al. 1 AP-LBA).

Lorsqu'un «conseiller ne peut remplir ses obligations de diligence, il [devra] refuser l'activité ou rompre la relation d'affaires» (art. 8c AP-LBA).

«Le conseiller» aura aussi les mêmes obligations de refuser ou rompre une relation d'affaires lorsqu'il «sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, qu'une opération a un rapport avec une des infractions mentionnées aux art. 260^{ter}, 260^{quinquies} al. 1 ou 305^{bis} CP» (art. 10b AP-LBA).

Le «conseiller» n'aura en revanche ni l'obligation ni le droit de communiquer ses soupçons fondés au Bureau de communication (MROS)¹¹.

L'entreprise de révision qui «constatera ou présumera, sur la base de soupçons fondés, qu'un conseiller» n'a pas refusé ou rompu une relation d'affaires, alors qu'il aurait dû la refuser ou la rompre, «proc[édera] en revanche immédiatement à une dénonciation au Département fédéral des finances (DFP)» (art. 15 al. 6 AP-LBA).

3. Une dénaturation inutile du but et du champ d'application de la LBA

L'application de la LBA aux «conseillers» et en particulier aux avocats «conseillers» dénaturera son but et son champ d'application.

La LBA vise en effet à lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Or le blanchiment d'argent consiste essentiellement, sinon exclusivement en un acte propre à entraver la confiscation de valeurs patrimoniales qui proviennent d'un crime (le terrorisme en est un) ou d'un délit fiscal qualifié¹².

La LBA s'applique exclusivement aux activités – exercées à titre professionnel – d'intermédiation financière (à la seule réserve de la disposition de l'article 8a LBA visant les négociants¹³). L'intermédiation financière suppose l'existence d'un pouvoir de disposition de l'intermédiaire financier sur des valeurs patrimoniales de tiers. À défaut, il n'y a pas d'intermédiation financière et la LBA ne s'applique donc pas, à moins que l'intermédiaire exerce une activité d'organe d'une société de domicile ou d'une entité analogue pour le compte de tiers (activité assimilable à de l'intermédiation financière)¹⁴.

L'AP-LBA n'atteindra pas le but premier de la LBA puisque les «conseillers» tels que définis à son art. 2 al. 1 let. c AP-LBA n'ont pas de pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales; si tel était le cas, la LBA s'appliquerait déjà à eux en l'état actuel de la LBA, de l'OBA et de la circulaire FINMA 2011/1.

À cela s'ajoute que selon l'AP-LBA, le «conseiller» doit, en cas de soupçons fondés, refuser ou rompre la relation d'affaires et ne devra ou ne pourra pas – s'il est avocat son secret professionnel l'empêcherait en toute hypothèse – informer quiconque.

Ce refus ou cette cessation de la relation d'affaires ne débouchera donc pas sur un blocage de valeurs patrimoniales d'origine criminelle. Autrement dit, l'AP-LBA ne permettra donc pas de séquestrer puis, le cas échéant, de confisquer des valeurs patrimoniales qui proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié.

4. La raison d'être de l'inclusion des «conseillers» dans le champ d'application de la LBA est un leurre

L'AP-LBA et l'inclusion des «conseillers» dans le champ d'application de la LBA qu'il propose trouveraient sa justification dans les recommandations formulées en dé-

7 Il pourra donc par exemple s'agir d'une société étrangère opérationnelle cotée en bourse.

8 Il pourra donc par exemple s'agir d'une société immobilière (SI) ou d'une société holding suisse.

9 Rapport explicatif, p. 7 et 8 (notamment).

10 Externe, donc. À noter que, selon l'art. 15 al. 2 AP-LBA, «les entreprises de révision selon l'art. 6 de la loi du 16. 12. 2005 sur la surveillance de la révision [RS 221.302] peuvent être mandatées en qualité d'entreprise de révision si elles possèdent les connaissances techniques requises et l'expérience nécessaire».

11 Rapport explicatif, p. 12.

12 Art. 305^{bis} CP.

13 L'application depuis le 1. 1. 2016 de la LBA aux négociants – qui ne sont pas des intermédiaires financiers ayant un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers – dénature son champ d'application et a été critiquée à juste titre (cf. notamment CASSANI/HENNINGER, *Kunsthandel und Geldwäscherei – Neue Risiken, neue Sorgfaltspflichten*, Kunst und Recht 2016, p. 87 ss).

14 Art. 6 al. 2 de l'Ordonnance sur la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (OBA; RS 955.01).

cembre 2016 par le GAFI dans le cadre de son évaluation de la Suisse¹⁵. Le GAFI y recommande en effet à la Suisse de soumettre les professions d'avocat, notaire et comptable à la LBA¹⁶ et à ce que la Suisse instaure une *obligation de dénoncer* en cas de soupçon fondés, à charge de l'avocat, du notaire ou du comptable¹⁷.

Or l'AP-LBA ne prévoit précisément pas une telle obligation à la charge des «*conseillers*», qui doivent – seulement – refuser ou rompre la relation d'affaires en cas de soupçons fondés (art. 10b AP-LBA).

Le GAFI considérera donc, lors de sa prochaine évaluation de la Suisse, qu'elle n'a pas donné suite ou une suite satisfaisante à ses recommandations.

La justification donnée par les auteurs de l'AP-LBA pour inclure les «*conseillers*» dans le champ d'application de la LBA apparaît donc être un leurre.

III. L'application de la LBA aux avocats «*conseillers*» conduira à des violations successives du secret professionnel de l'avocat

L'AP-LBA – s'il est mis en œuvre tel quel – atteindra *massivement* le secret professionnel de l'avocat.

Le secret professionnel de l'avocat s'étend aux activités des «*conseillers*» définies à l'art. 2 al. 1 let. c. de l'AP-LBA. Il s'agit là en effet d'activités emportant nécessairement un conseil juridique et qui entrent donc sans doute possible dans la définition du Tribunal fédéral de l'activité typique de l'avocat¹⁸. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs très récemment rappelé que les conseils juridiques et donc typiques peuvent notamment être donnés en matière fiscale et/ou de gestion du patrimoine¹⁹.

L'AP-LBA et le rapport explicatif ne précisent pas si l'entreprise de révision qui devra être mise en œuvre par les «*conseillers*» avocats (art. 15 AP-LBA) sera soumise ou non au secret professionnel de l'avocat; à notre sens, elle devra incontestablement être considérée comme l'auxiliaire de l'avocat et sera donc soumise au même secret que lui. Il pourrait cependant y avoir, selon l'interprétation qui sera donnée à l'AP-LBA, une violation du secret professionnel déjà lors de l'intervention de l'entreprise de révision chez l'avocat.

Il y aura (c'est certain) en revanche une violation du secret professionnel lorsque l'entreprise de révision dénoncera «*au Service de droit pénal du DFF*»²⁰ un «*conseiller*» avocat qui aurait décidé d'accepter une relation d'affaires ou qui l'aurait maintenue malgré l'existence, respectivement la survenance de soupçons fondés. On imagine en effet assez mal que la dénonciation de l'entreprise de révision ne contienne pas l'indication de l'identité du client de l'avocat, respectivement une description de l'activité de son client qui aurait dû générer chez l'avocat des soupçons fondés. La documentation qui accompagnera nécessairement la dénonciation de l'entreprise de révision, ainsi que celle en mains du «*conseiller*» avocat, seront également couvertes par le secret professionnel de l'avocat. La dénonciation du «*conseiller*» avocat par l'entreprise de révision violera donc le secret professionnel de l'avocat.

Mais il y a plus. Le DFF aura à notre sens l'obligation de dénoncer aux autorités pénales compétentes les infractions qu'il aura constatées (art. 302 al. 1 *cum* 12 c CPP) suite à la dénonciation de l'avocat par l'entreprise de révision.

Aussi, une violation du secret professionnel interviendra tôt ou tard.

À noter que la procédure que le DFF diligentera contre l'avocat qui n'a pas refusé (alors qu'il le devait) d'offrir ses services ou n'a pas rompu la relation d'affaires avec son client (alors qu'il le devait) sera difficile, sinon impossible à mener, et cela même si l'avocat décide d'y collaborer. Le client ne déliera en effet probablement pas l'avocat de son secret professionnel et l'autorité compétente de surveillance administrative de l'avocat ne le fera pas non plus²¹. Tous les faits à établir et la documentation à réunir pour ce faire seront en effet couverts par le secret professionnel de l'avocat que ce dernier et/ou son client pourront, sinon devront, opposer au DFF²². Il en ira de même dans le cadre de la procédure pénale que le ministère public compétent déciderait de mener²³.

Cet état des choses montre l'impraticabilité (pour ne pas dire l'absurdité) de la modification de la LBA qui voudrait faire entrer dans le champ d'application de la LBA les «*conseillers*» avocats.

IV. Conclusions

L'AP-LBA, en ce qu'il prévoit qu'un pan important de l'activité *typique* de l'avocat soit soumis à la LBA, est à combattre puisque cela conduira à des violations certaines et successives du secret professionnel de l'avocat alors que le but de la LBA (*i. e.* la confiscation de valeurs patrimoniales d'origine criminelle) ne s'en retrouvera pas (mieux) atteint.

Les auteurs de l'AP-LBA²⁴ semblent avoir perdu de vue que l'avocat est soumis (comme tout un chacun) à l'art. 305^{bis} CP. L'avocat qui crée, gère ou administre des sociétés suisses ou étrangères, qu'elles soient des sociétés commerciales opérationnelles ou des sociétés de domicile ou des trusts, organise leur dotation d'actifs, les achète ou les vend ou encore héberge ces sociétés ou trusts, se rend coupable de blanchiment d'argent s'il sait ou doit présumer qu'elles sont en lien avec une activité criminelle ou un délit fiscal qualifié. Une condamnation pour blanchiment d'argent aboutira à la radiation de l'avocat du registre des avocats (art. 8 al. 1 let. b LLCA) et donc à la fin de sa carrière professionnelle.

¹⁵ Rapport explicatif, p. 4 et 7 à 10.

¹⁶ Rapport GAFI d'évaluation mutuelle, Décembre 2016, p. 102.

¹⁷ Rapport GAFI d'évaluation mutuelle, Décembre 2016, p. 215.

¹⁸ ATF 135 III 410, consid. 3.3 et les nombreuses références citées.

¹⁹ ATF 1B_486/2017, consid. 2.2.

²⁰ Rapport explicatif, p. 11.

²¹ Art. 41 al. 2 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA) *cum* art. 171 al. 2 let. b CPP.

²² Art. 46 al. 3 DPA.

²³ Art. 171 al. 2 let. b, 248 al. 1, 264 al. 1 let. a et c, 265 al. 2 let. b CPP.

²⁴ Et le GAFI avec eux.

Business Software für rationelle Leistungs- erfassung



- Apps für Smartphones und iPads zur Arbeitszeit-, Leistungs- und Spesenerfassung
- Stundenkontrolle nach verrechenbaren Stunden, Gleitzeit, Absenzen
- Fristen- und Aktivitätenkontrolle
- Projektcontrolling und Nachkalkulation für jede Projektphase
- Automatische Fakturierung von Pauschalen, Vertragshonoraren und Regieleistungen
- Produktivitätsauswertungen

www.abacus.ch



Cet état des choses suffit à détourner un avocat de fournir des «*conseils en rapport avec des activités de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme ou avec une organisation criminelle*»²⁵ sans qu'il soit nécessaire ou opportun de soumettre une partie de l'activité typique de l'avocat à la LBA.

L'activité typique de l'avocat de représentation d'une partie en justice ou consistant à donner des conseils juridiques n'est pas fractionnable ou divisible. Il n'est pas non plus possible et encore moins souhaitable que le secret professionnel de l'avocat couvre certaines interventions typiques de l'avocat et pas d'autres. Il en va de la solidité de notre Etat de droit. L'activité typique de l'avocat est étrangère à la LBA dont il convient de maintenir la force et la cohérence en continuant d'axer son champ d'application à l'activité d'intermédiaire financier.

²⁵ Rapport explicatif sur le projet soumis à consultation, p. 7. Les sanctions ultimes (peine privative de liberté et radiation du registre des avocats) vont d'ailleurs bien au-delà de celle prévue à l'art. 37 LBA (amende maximum de CHF 150 000).