

# LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA

**ALBERT NUSSBAUMER**

Président de la Fédération Suisse des Avocats FSA

## Révision LBA: le secret professionnel doit être préservé

Le 26 juin dernier, le Conseil fédéral a publié son projet de révision de la LBA, ainsi que le Message y relatif. Le projet prévoit que les *conseillers* seront soumis à la LBA s'ils exercent certaines activités (énoncées sous la forme d'un *catalogue d'activités*) en faveur de tiers. Ce faisant, le Conseil fédéral nourrit l'ambition de lutter encore plus efficacement contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Une cause honorable qu'il convient de saluer dans son principe.

Se référant à un rapport du GAFI, le Conseil fédéral part de l'idée qu'il serait nécessaire d'agir concernant les avocats. Cette vision appelle deux commentaires. D'une part, la profession d'avocat est déjà largement réglementée par le droit en vigueur. La législation actuelle ne comporte pour ainsi dire aucune lacune en cas de violation des règles de lutte contre le blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP). Les fondements juridiques sont donc déjà en place. Leur mise en œuvre, pour autant qu'elle soit conséquente et cohérente, permet d'atteindre l'objectif visé. D'autre part, le secret professionnel – ou plutôt le secret du client – constitue l'un des éléments institutionnels les plus importants d'un État de droit. Le secret professionnel requiert une protection absolue pour établir un juste équilibre des intérêts en cause. Ces considérations ont amené le Conseil fédéral à reconnaître que les avocats, contrairement à ce qui est le cas pour d'autres professions moins réglementées, ne seraient pas soumis à une *obligation* de communiquer. Il convient de saluer ce fait.

En revanche, le souhait du Conseil fédéral de prévoir que des entreprises de révision *auditent* dorénavant les avocats et les notaires dans les affaires couvertes par le secret professionnel afin de vérifier s'ils respectent les obligations de la LBA révisée est très préoccupant. Certes, *de lege lata*, il existe déjà de tels contrôles, mais uniquement pour les activités accessoires (c'est-à-dire non classiques), et non pour les activités typiques couvertes par le secret professionnel. En outre, contrairement à la nouvelle réglementation, les contrôles ne peuvent aujourd'hui être exercés que par des personnes elles aussi soumises à l'art. 321 CP.

Force est de constater qu'en affranchissant les avocats et notaires d'une *obligation* de communiquer, la nouvelle réglementation ne protège pas suffisamment le secret professionnel. En effet, pour procéder à son audit, l'entreprise de révision devra obtenir toutes les informa-

tions nécessaires. De fait, elle prendra forcément connaissance de données soumises au secret professionnel, avec pour conséquence une violation de celui-ci. Si des informations initialement protégées par l'art. 321 CP sont ensuite fournies à un tiers non soumis au secret, il n'est pas exclu que ce même tiers soit tenu de les divulguer, alors même qu'il n'existait préalablement aucune *obligation* de communiquer. Un autre élément troublant suscite l'interrogation. D'un côté, pour les activités accessoires ne relevant pas de la LBA, seuls des professionnels soumis au secret sont autorisés à effectuer les contrôles. Inversement, pour les domaines protégés par le secret professionnel, toute entreprise de révision serait autorisée à effectuer les audits prévus par la révision.

L'entreprise de révision vérifierait donc si l'avocat a correctement défini ses critères de distinction pour les affaires classiques *avec* et *sans* société de domicile ou trust. Pour effectuer ce contrôle, l'entreprise de révision examinerait l'ensemble des dossiers de l'avocat, à tout le moins par sondage. Elle prendrait ainsi connaissance de dossiers qui n'impliquent pas de société de domicile ou de trust, alors même que ces affaires sont exclues du champ d'application de la nouvelle LBA.

Que ce droit de regard soit exercé par une entreprise de révision ou – comme exposé dans le Message (et non dans le projet de loi) – par des personnes soumises au secret professionnel n'y change rien. Le secret peut également être violé par la divulgation de renseignements à d'autres confrères.

Il convient encore de relever que, si l'avocat ne fait pas appel à une entreprise de révision pour se faire *auditer*, il s'expose à une amende pouvant aller jusqu'à CHF 100 000.–. Au vu de ce qui précède, l'avocat ou le notaire qui décide intentionnellement et en toute connaissance de cause d'honorer son secret professionnel, dans l'intérêt du client et pour ne pas subir les conséquences d'une violation de l'art. 321 CP, doit s'attendre à une lourde amende. Le législateur ne peut exposer notre profession à ce dilemme inextricable.

Chaque avocat ou notaire, que le secret professionnel de l'art. 321 CP s'applique ou non, peut se rendre coupable de blanchiment d'argent au sens de l'art. 305<sup>bis</sup> CP. Face au risque élevé de sanctions pénales, il existe déjà, du point de vue de la FSA, un large effet dissuasif pour tout acte lié à du blanchiment. Dans ce contexte, le fait que notre profession parte du principe que les règles en place seront appliquées correctement est suffisant en soi.

Si les avocats et les notaires devaient néanmoins être considérés comme conseillers au sens de la LBA révisée, il importerait de les libérer de l'obligation d'audit. Leurs obligations devront être limitées au respect des obligations de diligence à l'égard du client, de documentation et d'organisation au sein de leur étude. En revanche, il est crucial

d'éviter l'intervention d'entreprises de révision ou autres contrôleurs au sein des études d'avocats, intervention qui n'est d'ailleurs pas prescrite par les recommandations du GAFI et qui, à notre connaissance, n'est pratiquée par aucun pays de l'OCDE.

## IM FOKUS DES VORSTANDS SAV

### ALBERT NUSSBAUMER

Präsident des Schweizerischen Anwaltsverbandes SAV

#### GwG-Revision: Das Berufsgeheimnis steht nicht zur Disposition

Nun ist es so weit, der Bundesrat hat am 26.6.2019 den Gesetzesentwurf zur Revision des Geldwäschereigesetzes und die dazugehörige Botschaft veröffentlicht. Der Gesetzesentwurf hält daran fest, dass Berater dem GwG unterstellt sein sollen, wenn sie im Hinblick auf gewisse Personen (Personenkreis)/bestimmte Tätigkeiten (Tätigkeitenkatalog) ausüben. Der Bundesrat verspricht sich damit eine noch wirksamere Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung. Ein hehres Ziel, welches im Grundsatz zu unterstützen ist.

Der Bundesrat schliesst aus einem Bericht der FATF auch auf Handlungsbedarf bei den Anwälten. Zum einen sind Anwältinnen und Anwälte nach geltendem Recht eingehend reguliert. Eine Verletzung der Regeln zur Bekämpfung der Geldwäscherei (Art. 305<sup>bis</sup> StGB) kann schon nach heutigem Recht praktisch lückenlos geahndet werden. Die gesetzlichen Grundlagen sind vorhanden, eine konsequente Umsetzung hilft, die Ziele zu erreichen. Zum anderen stellt das Berufs- oder besser das Klientengeheimnis ein institutionell zentrales Element in einem Rechtsstaat dar, das aufgrund einer Interessenabwägung absoluten Schutz erfordert. Das hat letztlich den Bundesrat zur Einsicht geführt, Anwältinnen und Anwälte, im Gegensatz zu anderen nicht regulierten Berufen, nicht einer Meldepflicht zu unterstellen. Dies ist zu begrüßen.

Überaus bedenklich ist hingegen der Vorschlag des Bundesrates, wonach fortan Revisionsunternehmen im vom Berufsgeheimnis geschützten Bereich prüfen sollen, ob der Anwalt oder der Notar die Pflichten gemäss revidiertem GwG erfüllt. Zwar besteht schon heute eine

Prüfpflicht für Anwälte, aber eben nur bei akzessorischen, ausseranwaltlichen Tätigkeiten und gerade nicht im klassischen vom Berufsgeheimnis erfassten Bereich. Zudem darf – im Gegensatz zur neuen Regelung – die Kontrolle nur von Personen ausgeübt werden, welche ebenfalls Art. 321 StGB unterstellt sind.

Mit der neu vorgeschlagenen Regelung wird der Schutz des Berufsgeheimnisses, welcher durch das Weglassen einer Meldepflicht für Anwälte und Notare aufrechterhalten werden soll, durch die Hintertüre letztlich aufgehoben. Das Revisionsunternehmen, welchem Einsicht in die Unterlagen gewährt, alle erforderlichen Auskünfte erteilt und die nötigen Unterlagen herausgegeben werden müssen, erlangt unweigerlich Kenntnis von dem Berufsgeheimnis unterstehenden Informationen. Damit ist die Verletzung vollzogen. Es befinden sich in der Folge Informationen über im Sinn von Art. 321 StGB geschützte Daten im Nachgang an eine Prüfung bei einem Dritten, welcher sich nicht auf den Schutz berufen kann und letztlich auskunftspflichtig ist, auch wenn eine aktive Meldepflicht nicht besteht. Offen ist auch, ob sogar ein Melderecht bestehen würde. Erstaunlich ist, dass im nicht von Art. 321 StGB geschützten Bereich, bei der akzessorischen Tätigkeit, Prüfungen im Rahmen des GwG nur durch Berufsgeheimnisträger durchgeführt werden können, während im geschützten Bereich diese Einschränkung nicht gilt und jedes Revisionsunternehmen Einblick nehmen kann.

Das Revisionsunternehmen wird prüfen wollen, ob der Anwalt die Abgrenzung zwischen klassischer Anwaltstätigkeit ohne Sitzgesellschaft und Trusts und klassischer Anwaltstätigkeit mit Sitzgesellschaften und Trusts richtig vorgenommen hat. Um diese Prüfung vorzunehmen, müs-