

Isabel von Fliedner*

Le secret professionnel de l'avocat et le blanchiment: notes de droit comparé

Mots clés : Blanchiment d'argent, droit comparé, UE, Canada, secret professionnel, autorégulation

L'évolution du secret professionnel de l'avocat eu égard au foisonnement de lois relatives au blanchiment, à l'entraide en matière pénale et à l'entraide administrative, notamment en relation avec la fraude fiscale, est certainement un thème d'actualité. Pour ceux qui traitent de longue date avec les administrations, il était clair que les instruments créés pour découvrir l'acheminement des fonds pour le financement du terrorisme allaient rapidement servir à d'autres buts, une fois que la brèche était ouverte « pour une bonne cause ».

Voici comment le conflit entre la protection du client par le secret professionnel, d'une part, et la poursuite dudit client en vertu des lois sur le blanchiment, d'autre part, a été traité et résolu dans trois juridictions différentes.

I. Union européenne

Lors d'une conférence internationale sur le blanchiment organisée au Canada le 15 octobre 2001, Peter Csonka, avocat et administrateur principal à la Direction des affaires juridiques du Conseil de l'Europe, déclarait:

Les pays doivent s'assurer que leurs lois préventives en matière de blanchiment d'argent soient assez larges pour soumettre les banques, courtiers, avocats, comptables et concessionnaires automobiles (!). Les avocats, tout particulièrement, résistent à l'obligation de dénoncer les clients qui font du blanchiment d'argent.

Depuis le 10 juin 1991, le Parlement et le Conseil européens ont émis diverses directives visant la lutte contre le blanchiment. Ces directives ont été transposées dans les droits nationaux de divers pays.

En Europe, les avocats sont des personnes assujetties directement aux autorités auxquelles il faut dénoncer les soupçons de blanchiment, telles que le TRACFIN¹ en France.

Depuis le 4 décembre 2001, l'Union européenne s'est dotée d'une directive² qui impose aux avocats une obligation de délation de leurs clients en cas de soupçons de blanchiment, assortie de l'interdiction d'en informer le client. De nombreux barreaux nationaux ont saisi la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) pour obtenir que les avocats soient relevés de ces obligations, en arguant qu'elles violaient les droits de la défense.

La CJCE jugea, le 26 juin 2007³, que cette obligation de déclaration de soupçon n'est pas incompatible avec le droit au procès équitable dans la mesure où ces obligations (des avocats) restent hors du cadre de leurs activités judiciaires.

En France, l'institution de la C.A.R.P.A. remplace les comptes « trust » des avocats en Suisse; on peut lire sur le site internet la concernant:⁴

Les fonds, valeurs ou effets perçus par les avocats pour le compte de leurs clients sont déposés sur un compte ouvert au nom de la Caisse des règlements pécuniaires des avocats (CARPA) dans les écritures d'une banque ou d'une caisse de dépôts et consignations où sont centralisés les dépôts et les opérations.

Les écritures liées à l'activité de chaque avocat sont retracées dans un sous-compte individuel au nom de l'avocat.

Les mouvements comptables sont gérés affaire par affaire à l'intérieur de chaque sous-compte cabinet.

Les avocats ne peuvent procéder à des règlements pécuniaires à leurs clients que par l'intermédiaire de la CARPA, la CARPA étant un acteur obligatoire des règlements pécuniaires.

L'avocat titulaire d'un compte à la CARPA de son barreau, compte alimenté par les fonds, effets ou valeurs reçus par

* Avocate, lic. oec. HEC St-Gall, PYTHON & PETER Avocats, Genève.

1 TRACFIN (Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers clandestins) est un organisme du ministère des finances français chargé de la lutte contre le blanchiment d'argent.

2 Directive 91/308/CEE, Prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux.

3 Affaire C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophones et al. Contre Conseil des ministres.

4 <http://www.classaction.fr/menu-gauchel/infocarpa.php>

l'avocat à l'occasion de l'exercice de sa profession, doit être en mesure de présenter à tout moment les fonds au versement desquels ses clients peuvent prétendre.

L'avocat ne peut prélever sur ce compte que les honoraires qui lui sont dus et avec l'accord de ses clients, et en outre, uniquement par un transfert sur son compte professionnel, soit par chèque, soit par virement.

Par ailleurs, il ne peut y avoir de transfert de fonds entre le sous-compte individuel ouvert dans une caisse et les sous-comptes ouverts dans d'autres caisses au nom de l'avocat lorsque celui-ci dispose de plusieurs cabinets, non plus que des transferts d'un sous-compte affaire à un autre.

Les règlements des sommes revenant aux clients ne sont pas réalisés par des chèques établis par l'avocat lui-même, mais, à sa demande, par la CARPA.

La CARPA a ainsi la possibilité de vérifier, opération par opération, que la provision est constituée, ce qui permet d'éviter tout incident de paiement et offre aux justiciables la garantie que les fonds leur revenant leur seront effectivement versés.

Enfin, il semblerait que les CARPA doivent exiger des précisions sur l'identité du client, l'origine des fonds, leur destination et l'identité des bénéficiaires.

On se demande, avec une telle structure, comment les avocats peuvent encore assister à la commission de blanchiment d'argent ou y participer activement et pourquoi le devoir de dénonciation n'est pas imposé à la CARPA. La réponse de nos confrères français est qu'il y a lieu de dénoncer les clients lorsqu'ils doivent leur donner des conseils et établir des consultations ou qu'ils rédigent des contrats et conventions en vertu de «techniques juridiques dont on laisse entendre qu'elles sont trop souvent utilisées dans le blanchiment d'argent» . . . Donc nos confrères français et autres européens doivent s'abstenir de donner des conseils de structures financières ou sociétaires qui pourraient sembler suspectes à leurs autorités, sans même qu'ils aient pu observer un flux de fonds dans cette structure ou dans leurs Etudes d'avocat!

La CJCE⁵ jugea que la directive ne violait pas les droits de la défense dès lors qu'elle ne s'applique aux avocats que lorsqu'ils assistent leurs clients dans la préparation ou la réalisation de certaines transactions essentiellement d'ordre financier, ou lorsqu'ils agissent pour le compte de leurs clients dans toute transaction financière ou immobilière, donc dans des affaires qui n'ont pas de lien avec une procédure judiciaire. Et la CJCE de préciser que l'avocat a l'obligation de dénoncer son client au TRACFIN lorsqu'il fournit des conseils juridiques à des fins de blanchiment de capitaux, soit qu'il est conscient du fait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques à de telles fins.⁶

II. Canada⁷

Le Canada a adopté le 29 juin 2000 une Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes. Plusieurs dispositions visaient à restreindre drastiquement le droit à la confidentialité des informations transmises par les clients à leurs avocats. Elle imposait aux avocats, notamment, une obligation de dénoncer

- Les transactions «douteuses» (art. 7)
- Toute transaction en espèces de CAD 10 000 ou plus.

La loi interdisait également à l'avocat d'informer son client de ce qu'il l'avait dénoncé (art. 8).

Ainsi, l'avocat devenait un délateur au bénéfice du gouvernement, de sorte qu'il perdait son rôle de rempart du citoyen à l'encontre des visées du gouvernement.

La Fédération des ordres professionnels intenta de nombreuses procédures judiciaires pour obtenir l'annulation de ces dispositions, en plaidant qu'elles détruisaient l'indépendance de l'avocat et portaient un préjudice majeur au système judiciaire. Suite à ces procédures, la Cour Suprême, dans un arrêt de principe, a rappelé que l'avocat est un officier de justice, soit une institution inhérente au système judiciaire canadien. C'est cette institution qu'il a fallu redéfinir par rapport à la loi sur le blanchiment. La Cour Suprême commença sa démarche avec la considération suivante:⁸

Si le public se demande si les renseignements confidentiels communiqués par un client à un avocat seront divulgués ou s'il soupçonne qu'ils pourraient l'être, le système ne peut pas fonctionner normalement.

Le système démocratique basé sur la séparation des pouvoirs et reconnaissant l'indépendance au système judiciaire nécessite, pour l'obtenir

1. L'indépendance de la magistrature
2. L'indépendance du Barreau
3. La publicité des débats.

Par conséquent, lorsque l'avocat devient un agent d'information du gouvernement, il ne peut plus faire partie du système judiciaire – il devient un organe de la branche exécutive.

Au Canada, le secret professionnel protège le client et non pas l'avocat, et la jurisprudence l'a confirmé à plusieurs reprises. Il s'applique dans les causes pénales comme dans les causes civiles.

Il est absolu à l'exception des cas où la preuve est faite d'une absolue nécessité de passer outre à ce principe fondamental. Et cette absolue nécessité a été définie par la Cour Suprême et les tribunaux comme suit: non seulement est-il nécessaire d'avoir une législation qui retire expressément le bénéfice de la confidentialité au citoyen pour que les tribunaux puissent ordonner la

5 CJCE Affaire C-305/05.

6 CJCE Affaire C-305/05.

7 Le chapitre relatif au Canada et la jurisprudence citée sont tirés d'un exposé du 30 octobre 2009 de M. le Bâtonnier FRANCIS GERVAIS au 53^e Congrès de l'Union Internationale des Avocats à Séville.

8 [1990]3 R.C.S. 1235, *Succession MacDonald c. Martin*.

levée du secret professionnel, mais encore les dispositions légales le permettant doivent-elles toujours être interprétées de façon restrictive.

A. Levée du secret professionnel

La jurisprudence canadienne a admis, par le passé, les motifs suivants pour lever le secret professionnel:

- La communication a pour objet la commission d'une infraction ou est faite en vue de commettre une infraction⁹
- Pour des raisons de sécurité publique¹⁰
- Pour des raisons de santé ou de sécurité lorsque une ou plusieurs personnes identifiables sont clairement exposées à un danger grave et imminent¹¹.

En outre, le droit canadien reconnaît la renonciation par son bénéficiaire.

B. Contestation de la loi antiblanchiment

Les Barreaux des dix provinces canadiennes ont introduit des contestations flanquées de requêtes en mesures provisionnelles pour empêcher l'application des dispositions légales concernant les avocats.

Les Tribunaux ont suspendu l'application de la loi. Cette décision de première instance fut confirmée par les tribunaux supérieurs lorsque le gouvernement fit appel. La paralysie de la législation par les tribunaux amena le gouvernement à reconsidérer sa position. Le 20 mars 2003 il déclara ne pas conserver le régime prévu pour les avocats.

C. L'issue

En 2004, la Fédération des Barreaux adopta un règlement-type interdisant aux avocats de manipuler des sommes dépassant CAD 7 500.—.

La nouvelle proposition de législation du gouvernement en 2007 fut encore rejetée par les avocats, qui refusaient de collecter des informations détaillées sur leurs clients pour les transmettre ensuite aux autorités.

La Fédération des Barreaux adopta, le même année, un règlement-type concernant l'identification du client, qui détaille l'ensemble des informations que l'avocat doit recueillir concernant son client, sans que ces données fassent l'objet d'une transmission quelconque.

En résumé, on peut dire qu'au Canada, le contrôle du blanchiment au sein de la corporation des avocats est resté aux mains du Barreau et que la profession exclut les affaires purement financières de la sphère d'activité de l'avocat.

III. Suisse

La Suisse a adopté encore une autre solution, consistant à scinder en deux les activités des avocats. Ceux qui exercent exclusivement dans le domaine du contentieux ainsi que dans les autres activités typiques de la profession sont soumis au secret professionnel, dont la violation est sanctionnée par l'art. 321CPS.

Les activités commerciales par lesquelles les avocats interviennent et qui comportent l'acceptation, la gestion, le dépôt de sommes d'argent, la gestion de sociétés et de comptes bancaires pour le compte de tiers (clients ou contreparties de clients), tombent sous l'égide de l'intermédiation financière et sont soumises à la surveillance instituée par l'art. 3 lit. g de la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA).

Sont en outre réputées intermédiaires financiers les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, en particulier les personnes qui:

g. conservent ou gèrent des valeurs mobilières.

La situation est décrite en détail par un arrêt du Tribunal fédéral 2A.375/2005 et le présent exposé se limitera aux critères qui distinguent la législation suisse par rapport aux solutions adoptées par l'UE et par le Canada.

- En premier lieu, l'application de la LBA ne se fait pas en fonction de la *profession*, mais de l'*activité* réellement exercée par l'avocat
- En vertu de l'art. 9 al. 2 LBA, les avocats ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer leurs soupçons (dénoncer leurs clients) dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel
- Par contre, ils doivent dénoncer des opérations douteuses lorsqu'elles relèvent de leur activité commerciale ou d'intermédiaire financier
- La création d'un organisme d'autorégulation crée un «tampon» entre l'Etat à la recherche de renseignements et l'avocat qui doit protéger la confidentialité à l'égard de son client
- Les avocats qui exercent des activités d'intermédiaires financiers doivent s'affilier à l'organisme d'autorégulation et tenir des dossiers LBA, à défaut de quoi ils encourent les sanctions pénales (anciennement l'art. 36 LBA, abrogé et remplacé par l'art. 44 LFINMA qui dispose):

IV. **Art. 44** Exercice de l'activité sans autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement

¹ Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, intentionnellement, exerce sans avoir obtenu d'autorisation, de reconnaissance, d'agrément ou d'enregistrement une activité soumise à l'obligation d'obtenir une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement en vertu des lois sur les marchés financiers.

² Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 250 000 francs au plus.

9 R.C. Campbell, [1999] 1 R.C.S. 565.

10 Solosky c. La Reine [1980] 1 R.C.S. 821.

11 Smith c. Jones, [1999] R.C.S. 455.

³ En cas de récidive dans les cinq ans suivant une condamnation entrée en force, la peine pécuniaire est de 45 jours-amende au moins.

- Les contrôles dans les Etudes d'avocats sont confiés à des organes de révision soumis au secret professionnel comme les avocats et leurs rapports doivent être rédigés de manière suffisamment anonyme pour qu'aucune information protégée par le secret ne soit divulguée.

Selon M^e Gross, président de l'OAR FSA/FSN, l'introduction de ces organismes d'autorégulation permet de conserver le secret professionnel des avocats. Toutefois, leur existence ne relève pas l'avocat de son obligation de dénoncer son client, selon l'art. 9 al. 1^{er} LBA. Il vaut ici la peine de se rappeler son contenu:

(i) **Art. 9** Obligation de communiquer

1 L'intermédiaire financier informe immédiatement le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent au sens de l'art. 23 (bureau de communication):

- a. s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires:

1. ont un rapport avec une des infractions mentionnées aux art. 260^{ter}, ch. 1, ou 305^{bis} CP^[23],
 2. proviennent d'un crime,
 3. sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle,
 4. servent au financement du terrorisme (art. 260^{quinquies}, al. 1, CP);
- b. s'il rompt des négociations visant à établir une relation d'affaires en raison de soupçons fondés conformément à la let. a.^[24]

1^{bis} Dans toute communication effectuée en vertu de l'al. 1, le nom de l'intermédiaire financier doit apparaître; en revanche, le nom des employés chargés du dossier peut ne pas être mentionné, pour autant que le bureau de communication et l'autorité de poursuite pénale gardent la possibilité de prendre rapidement contact avec eux.^[25]

2 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. ■