

Secrétariat général DFF  
Département fédéral des finances  
M. le Conseiller fédéral Ueli Maurer  
Bundesgasse 3  
3003 Berne

**Par courriel :** [vernehmlassungen@sif.ch](mailto:vernehmlassungen@sif.ch)

UH/RR/ng

312

Berne, le 21 septembre 2018

## **Avant-projet du 1<sup>er</sup> juin 2018 de modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme**

Monsieur le Conseiller fédéral,  
Mesdames, Messieurs,

Dans le délai fixé dans votre communication du 1<sup>er</sup> juin 2018, la Fédération Suisse des Avocats vous communique ici ses observations et avis sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (**LBA**).

A titre liminaire, il est déjà observé que certaines des modifications à la LBA contenues dans cet avant-projet mettent gravement, sinon irrémédiablement à mal le secret professionnel de l'avocat **dans le cadre de ses activités typiques**.

A titre liminaire toujours, il est encore observé que ces modifications ne constituent **pas une solution praticable**<sup>1</sup> si, par impossible, elles venaient à être mises en œuvre.

A cela s'ajoute qu'elles ne répondent **pas** aux recommandations formulées en décembre 2016 à la Suisse par le Groupe d'action financière (**GAFI**) en lien avec notamment la profession d'avocat qui doit être, selon le GAFI, soumise à la LBA<sup>2</sup> et, entre autres choses, à une **obligation de dénoncer** en cas de soupçons fondés<sup>3</sup>.

Le GAFI considérera donc très certainement que la Suisse n'a pas donné une suite satisfaisante à ses recommandations.

Or les modifications de la LBA mettant gravement, sinon irrémédiablement à mal le secret professionnel de l'avocat dans le cadre de ses activités typiques sont préconisées au seul motif (ou presque) de suivre lesdites recommandations du GAFI<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Les développements suivent.

<sup>2</sup> Rapport GAFI d'évaluation mutuelle, Décembre 2016, p. 102.

<sup>3</sup> Rapport GAFI d'évaluation mutuelle, Décembre 2016, p. 215.

<sup>4</sup> Rapport explicatif, pp. 7 et 8.

La Fédération Suisse des Avocats s'oppose ainsi à ces modifications inopportunes et inutiles de la LBA.

Pour le surplus et s'agissant des autres modifications de l'avant-projet, elles ne suscitent pas en l'état d'observations spécifiques de notre part. Nous vous prions néanmoins de vous référer à leur propos à la prise de position de l'OAR FSA / FSN, ainsi qu'à la prise de position du Forum OAR.

#### A. But et champ d'application de la LBA : l'intermédiation financière

1. Au risque d'énoncer une évidence, la LBA vise à **lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme**.
2. Il n'est pas inutile à notre sens de rappeler ici que le blanchiment d'argent consiste essentiellement, sinon exclusivement en un acte propre à **entraver la confiscation de valeurs patrimoniales** qui proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié.
3. Au risque d'énoncer une autre évidence, 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 négociants), intermédiation financière qui se concrétise sous la forme d'un **pouvoir de disposition** sur des valeurs patrimoniales de tiers.
4. Les modifications de la LBA qu'envisage l'avant-projet de modification de la LBA n'atteindront **pas** le but premier de la LBA puisque les « conseillers » tel que définis à l'art. 2 al. 1 let. c de l'avant-projet n'ont, par définition, **pas** de pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales ; si tel était le cas, la LBA s'appliquerait à eux déjà en l'état actuel de la LBA, de l'OBA et de la circulaire FINMA 2011/1
5. Le but premier poursuivi par la LBA ne pourra pas donc être atteint avec les modifications envisagées de la LBA, étant ajouté qu'en cas de soupçon fondé le « conseiller » doit refuser ou rompre la relation d'affaires et ne devra/pourra **pas** – en tous cas s'il est avocat (secret professionnel oblige) – informer quiconque ; ce refus ou cette cessation ne débouchera donc pas sur un blocage de valeurs patrimoniales.
6. Autrement dit, l'application de la LBA aux conseillers 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 ; elle ne permettra **pas non plus** la découverte de telles valeurs patrimoniales par les autorités pénales.

#### B. L'avocat, qu'il soit ou non soumis à la LBA, est soumis à l'art. 305bis CP.

7. Les modifications de la LBA en lien avec les « conseillers » et avec elles les auteurs de l'avant-projet<sup>5</sup> semblent perdre de vue que l'avocat est soumis (comme tout un chacun) à l'art. 305bis CP.
8. Les auteurs de ces modifications de la LBA expliquent qu'elles visent à empêcher « *la fourniture de conseils en rapport avec des activités de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme ou avec une organisation criminelle* »<sup>6</sup>.
9. Or, l'avocat qui crée, gère ou administre des sociétés (qu'elles soient suisses et/ou à considérer comme des sociétés de domicile) ou des trusts, organise leur dotation d'actifs, les

<sup>5</sup> Il en va de même du GAFI.

<sup>6</sup> Rapport explicatif sur le projet soumis à consultation, p. 7.

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 (art. 305bis CP).

10. 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 à la fin de sa carrière professionnelle.

11. L'avocat dont l'activité n'est pas soumise à la LBA est donc déjà très fortement dissuadé de prêter la main à du blanchiment. 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 500'000).

### C. Secret professionnel de l'avocat et impraticabilité des modifications envisagées par l'avant-projet

12. Le secret professionnel de l'avocat est, ni plus, ni moins, un des **fondements de l'état de droit** ; il a pour but de protéger l'ordre juridique, respectivement l'accès à la justice<sup>7</sup>.

13. Le secret professionnel de l'avocat est d'**intérêt public** ; l'intérêt privé du client de l'avocat (ou, selon une conception erronée, de l'avocat lui-même) vient en second plan<sup>8</sup>.

14. Le secret professionnel est **absolu** (art. 13 al. 1 LLCA)<sup>9</sup>.

15. Le secret professionnel s'étend sans doute possible aux activités des « conseillers » avocats décrites à l'art. 2 al. 1 let. c. de l'avant-projet puisqu'il s'agit là d'activités dites typique important nécessairement un conseil juridique.

16. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, entrent en effet dans la notion de l'activité typique de l'avocat les **conseils juridiques**<sup>10</sup>.

17. Le Tribunal fédéral a même très récemment précisé (et/ou rappelé, c'est selon) que les conseils juridiques et donc typiques peuvent notamment être donnés **en matière fiscale et/ou de gestion du patrimoine**<sup>11</sup>.

18. En pratique, le secret professionnel de l'avocat a une fonction capitale dans la société, à l'image d'autres secrets, tel que le secret médical. Il garantit la confidentialité de toutes les informations que le client a portées à la connaissance de l'avocat dans le cadre de l'activité typique de ce dernier. Seule cette garantie de confidentialité absolue permet à l'avocat et à son client d'évoquer sans réserve tous les éléments nécessaires pour la fourniture d'un conseil approprié et pour l'assurance d'une représentation efficace, bien entendu en conformité avec les exigences légales.

19. Dans un Etat de droit comme le nôtre, la communication entre l'avocat et son client doit pouvoir intervenir sans que le client n'ait à craindre une divulgation ultérieure à un tiers.

20. Or, l'avant-projet de la LBA – s'il est mis en œuvre tel quel – conduira (c'est certain) à **une atteinte massive** au secret professionnel de l'avocat, vu l'intervention d'une entreprise de révision et l'obligation faite à ladite entreprise de révision de dénoncer un conseiller avocat qui aurait décidé

<sup>7</sup> ATF 135 III 597, consid. 3.4. ; ATF 120 Ib 606, consid. 2b.

<sup>8</sup> ATF 117 Ia 341, consid. 6a.

<sup>9</sup> ATF 136 III 296, consid. 3.3.

<sup>10</sup> ATF 135 III 410, consid. 3.3 et les nombreuses références citées.

<sup>11</sup> ATF 1B\_486/2017, consid. 2.2.

d'accepter une relation d'affaires ou l'aurait maintenue malgré la survenance de soupçons fondés au sens de l'art. 9 al. 1 LBA.

21. Le rapport explicatif sur le projet soumis à consultation ne précise d'ailleurs pas si l'entreprise de révision qui devra être mise en œuvre par les « conseillers » avocats (art. 15 de l'avant-projet) sera soumise ou non au secret professionnel de l'avocat.

22. Aux fins de respecter le secret professionnel de l'avocat, l'entreprise de révision devra incontestablement être considérée comme l'auxiliaire de l'avocat et donc soumise au même secret.

23. Aussi, lorsque l'entreprise de révision dénoncera « *le conseiller au Service de droit pénal du DFF* »<sup>12</sup>, les faits qu'elle dénoncera et tout ou partie de la documentation qu'elle adressera au DFF seront couverts par le secret professionnel de l'avocat.

24. Le DFF **devra** dénoncer aux autorités pénales compétentes les infractions de blanchiment qu'il aura constatées ou qui leur auront été annoncées par l'entreprise de révision (CPP 302 al. 1 *cum* 12 c.).

25. Contrairement à ce que les auteurs de l'avant-projet souhaitent laisser entendre, le secret professionnel n'est pas préservé et encore moins garanti ; au contraire, il est certain qu'il sera atteint massivement, bien que sans aucune utilité pour l'efficacité de la LBA et plus généralement de la lutte contre le blanchiment.

26. En effet, tous les faits constatés par l'entreprise de révision et/ou le DFF – ainsi que toutes les preuves y relatives – seront **inexploitables** car couvertes par le secret professionnel de l'avocat (art. 171 *cum* 265 al. 2 CPP).

27. 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 très certainement pas l'avocat de son secret professionnel et nous doutons grandement que la Commission du barreau ou l'autorité compétente le fasse) puisque tous les faits à établir et la documentation pour ce faire seront sans conteste soumis au secret professionnel de l'avocat.

28. Il en va de même de la procédure que le ministère public compétent déciderait de mener après que le DFF l'aura saisie, ce qu'il est dans l'obligation de faire.

29. Ces conséquences montrent 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. Ces conséquences montrent surtout que ladite modification ne pourra pas atteindre le but de la LBA (la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, respectivement la confiscation de valeurs patrimoniales d'origine criminelle ou provenant d'un délit fiscal qualifié ou la découverte de ces valeurs patrimoniales).

#### D. Autres points problématiques

30. Les modifications de la LBA envisagées débouchent sur des situations absurdes où les « conseillers » auront des obligations (lourdes) de diligence alors que le risque de blanchiment est quasi nul ou inexistant.

---

<sup>12</sup> Rapport explicatif sur le projet soumis à consultation, p. 11.

31. L'avocat qui siège au conseil d'administration de Danone (société opérationnelle s'il en est mais ayant son siège à l'étranger ; art. 2 al. 1 let c. ch. 1. de l'avant-projet) sera soumis à la LBA.
32. Il en ira de même de l'avocat qui siègera au conseil d'administration d'une société holding suisse ou d'une société immobilière (SI).
33. Les seuils (relativement élevés) de l'OBA continueront évidemment de s'appliquer. Il est donc à craindre que peu de « conseillers » avocats ne les atteignent et que donc la modification de la LBA envisagée reste lettre morte.
34. Cela est à mettre en perspective avec les coûts pour l'avocat qui aura à payer l'entreprise de révision, sans parler du coût direct ou indirect pour que « *leur personnel reçoive une formation suffisante* » sur « *les mesures nécessaires au respect des obligations de diligence* » (art. 8d l'avant-projet).

## E. Conclusions

35. L'avocat, qu'il soit actif dans le conseil ou la représentation en justice est évidemment soumis au code pénal et en particulier à l'art. 305bis CP. Il est également soumis à des règles professionnelles très strictes, tant au niveau fédéral (LLCA) qu'au niveau des lois cantonales sur la surveillance des avocats et des textes des différents ordres des avocats cantonaux. Il n'y a donc aucun besoin de légiférer dans le sens voulu par l'avant-projet.
36. Les modifications à la LBA concernant les « conseillers » mettent gravement, sinon irrémédiablement à mal le secret professionnel de l'avocat puisque les activités visées à l'art. 2 al. 1 let. c. de l'avant-projet entrent clairement dans le cadre de ses activités typiques dès lors qu'elles s'inscrivent toujours dans le cadre de conseils juridiques.
37. A cela s'ajoute que ces modifications ne sont **pas** praticables (cf. points 25 à 28 *supra*) et ne répondent **pas** aux recommandations formulées en décembre 2016 à la Suisse par le Groupe d'action financière (**GAFI**) en lien avec la profession d'avocat qui doit être, selon la GAFI, soumise à la LBA et, entre autres choses, à une **obligation** de dénoncer en cas de soupçons fondés.
38. La Fédération Suisse des Avocats s'oppose ainsi à ces modifications inopportunes et inutiles de la LBA.

---

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez aux présentes observations et vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, Mesdames, Messieurs, à notre haute considération.



Président FSA  
Urs Haegi



Secrétaire général FSA  
René Rall