

**Le dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent
et le financement du terrorisme¹
La place des avocats et des notaires**

I. Historique

a. L'autoréglementation en Suisse

Le 24 avril 1977, l'affaire Texon éclate à Chiasso². Le scandale secoue l'ensemble du monde bancaire helvétique. Il révèle les failles d'un système beaucoup trop perméable aux capitaux d'origine douteuse et pousse les banques à renforcer leurs contrôles en matière d'acceptation de fonds. Le 2 juin 1977, la Banque nationale suisse et toutes les banques du pays passent une convention dite «convention de diligence» (CDB) qui impose aux banques des obligations en matière de vérification de l'identité des contractants et de l'identification de l'ayant droit économique et qui interdit l'assistance active à la fuite de capitaux et à la soustraction fiscale. Elle a été révisée à six reprises et le texte en vigueur aujourd'hui l'est depuis le 1^{er} juillet 2008³.

La Suisse fait partie des pays pionniers en matière d'identification des clients et des ayants droit économiques (en anglais : *ultimate beneficial owners*), l'un des piliers principaux de la lutte contre le blanchiment. En 1997, elle a défini dans la loi les obligations de diligence destinées à lutter contre le blanchiment d'argent pour tous les intermédiaires financiers. En étendant les règles du secteur bancaire au secteur non bancaire, la Suisse franchissait une nouvelle frontière. Aujourd'hui encore et en comparaison internationale, ces dispositions vont très loin. Le Fonds monétaire international a d'ailleurs attesté en été 2002, dans le cadre d'un examen approfondi du secteur financier de la Suisse, que son système de lutte contre le blanchiment d'argent correspond largement aux meilleures pratiques ("best practices") internationales.

¹ Cf. Paolo Bernasconi : <http://www.unifr.ch/sdp/Chaire2/recherche/III/Cadrelegaletdorganisation.pdf>

² Ernst KURMEIER directeur de la succursale du Crédit suisse de Chiasso dès 1957, attirait ses clients en leur proposant un intérêt de deux pour cent supérieur à celui de ses concurrents et leur assurait de ne pas devoir payer d'impôts en Suisse en investissant dans un fonds spécial situé au Liechtenstein. Afin de tenir ses promesses et grâce à l'aide d'avocats locaux, il créa une société du nom de Texon, dont certains investissements étaient assurés par la succursale de Chiasso. Par le truchement de cette société, il investissait dans des sociétés italiennes jusqu'à en contrôler plus de 150... Cependant, dès 1969, la lire italienne connut une très forte dépréciation de sa valeur (jusqu'à 60% de baisse), créant ainsi au sein du Crédit suisse un déficit considérable estimé à 1 milliard de francs. La succursale fut alors l'objet d'un contrôle et le scandale éclata. Pour un exposé détaillé : cf. SKIPPER Anne-Mette, *La Suisse, les banques et l'argent sale*, Paris, Ed. Esprit Ouvert, 2001. Voir également PIETH et al., *A comparative Guide to Anti-Money Laundering*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2004, p. 123ss.

³ <http://www.swissbanking.org/fr/20080410-vsbs-cwe.pdf>

C'est pourquoi les premières mesures internationales adoptées dans la lutte contre le blanchiment ont été fortement influencées par les solutions suisses. Ainsi, la CDB a constitué l'une des bases pour le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux lors de l'élaboration en 1990 des 40 recommandations relatives à la lutte contre le blanchiment.

b. Le GAFI

Le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) a été créé à Paris en 1989, sous l'égide de l'OCDE, lors du sommet du G-7, en réponse à la préoccupation croissante que constituait le blanchiment de capitaux. Reconnaisant la menace pesant sur le système bancaire et les institutions financières, les chefs d'État et de gouvernement des membres du G-7 et le Président de la Commission européenne ont convoqué le Groupe d'action, réunissant les États membres du G-7, la Commission européenne et huit autres pays.

Le Groupe d'action a pour mission d'examiner les techniques et les tendances du blanchiment de capitaux, d'examiner les actions qui ont été menées au niveau national ou international et d'élaborer les mesures qui restent à prendre pour lutter contre le blanchiment de capitaux. En avril 1990, moins d'un an après sa création, le GAFI a publié un rapport contenant une série de *Quarante Recommandations* qui fournissent un plan d'action complet pour lutter contre le blanchiment de capitaux.

En 2001, l'élaboration de normes pour lutter contre le financement du terrorisme a été adjointe à la mission du GAFI. L'évolution continue des techniques du blanchiment de capitaux a amené le GAFI à réviser ses normes en juin 2003 et à en étendre le champ d'application aux entreprises et professions non financières.

c) L'Union européenne

La première directive européenne relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux (91/308/CEE) a été adoptée le 10 juin 1991. Elle exige des établissements financiers qu'ils s'informent sur leurs clients et qu'ils adoptent des programmes de lutte contre le blanchiment. Ils doivent passer outre le secret bancaire pour l'information des autorités en cas de soupçon.

Une deuxième directive anti-blanchiment (2001/97/CE) a été adoptée le 4 décembre 2001. Elle comporte différentes innovations majeures : (1) La définition du blanchiment ne se limite plus à l'argent issu de la drogue, mais inclut tous les trafics et réseaux de criminalité organisée ainsi que les circuits financiers du terrorisme, (2) l'obligation d'identification des clients et de déclaration des transactions suspectes est étendue à toute une série de professions autres que le secteur financier, en particulier les experts-comptables, les notaires et les casinos, (3) la possibilité de désigner un organe d'autoréglementation pour les notaires et les membres de professions juridiques indépendantes chargé de centraliser les déclarations de soupçon, est laissée aux États membres.

La 3e directive (2005/60/CE)⁴ intègre les 40 recommandations du GAFI révisées en juin 2003 et étend les obligations de lutte contre le financement du terrorisme. Elle prévoit également une adaptation des obligations de vigilance en fonction du niveau de risque.

⁴ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2005/l_309/l_30920051125fr00150036.pdf

II. Réglementation⁵

a) Les 40 recommandations du GAFI⁶

En vertu de la Recommandation 12 litt. d, « Le devoir de vigilance relatif à la clientèle et de conservation des documents découlant des Recommandations 5, 6, 8 à 11 s'appliquent ... aux avocats, notaires, autres professions juridiques indépendantes et comptables - lorsqu'ils préparent ou effectuent des transactions pour leurs clients dans le cadre des activités suivantes :

- achat et vente de biens immobiliers;
- gestion des capitaux, des titres ou autres actifs du client;
- gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de titres;
- organisation des apports pour la création, l'exploitation ou la gestion de sociétés;
- création, exploitation ou gestion de personnes morales ou de constructions juridiques, et achat et vente d'entités commerciales.

Aux termes de la Recommandation 16, litt. a, les «avocats, notaires, autres professions juridiques indépendantes et comptables devraient être tenus de déclarer les opérations suspectes lorsque, pour le compte de ou pour un client, ils effectuent une transaction financière dans le cadre des activités visées par la Recommandation 12(d). »

Toutefois, « les avocats⁷, les notaires, les autres professions juridiques indépendantes et les comptables agissant en qualité de juristes indépendants ne sont pas tenus de déclarer les opérations suspectes si les informations qu'ils détiennent ont été obtenues dans des circonstances relevant du secret professionnel ou d'un privilège professionnel légal. » (Recommandation 16, al. 2)

La note interprétative de la Recommandation 16 précise ce qui suit :

¹ Il appartient à chaque pays de déterminer quelles sont les questions qui relèvent du privilège légal ou du secret professionnel. Il s'agira normalement des informations que les avocats, les notaires ou les membres des professions juridiques indépendantes reçoivent ou obtiennent d'un de leurs clients : (a) lorsqu'ils évaluent la situation juridique de leur client, ou (b) lorsqu'ils accomplissent leurs devoirs de défense ou de représentation du client dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives ou dans le cadre de procédures d'arbitrage ou de médiation. Lorsque les comptables sont soumis aux mêmes obligations de secret professionnel, ils ne tombent pas sous l'obligation de déclarer les opérations suspectes.

² Les pays peuvent autoriser les avocats, les notaires, les autres membres des professions juridiques indépendantes et les comptables à transmettre leurs déclarations d'opérations suspectes aux organisations d'autorégulation, pour autant

⁵ Seules les 40 Recommandations du GAFI sous-tendent le droit suisse, à l'exclusion de la 3^e directive (2005/60/CE) dont l'art. 2, ch. 1. 3) litt. b) dispose qu'elle s'applique aux notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes, lorsqu'ils participent, au nom de leur client et pour le compte de celui-ci, à toute transaction financière ou immobilière ou lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions portant sur:

- i) l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales;
- ii) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant au client;
- iii) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de portefeuilles;
- iv) l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés;
- v) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies(trusts), de sociétés ou de structures similaires;

⁶ En français : <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/7/35/44493376.pdf>

En anglais : <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/7/40/34849567.PDF>

⁷ Cf. définition donnée dans le Glossaire à la page 17 des 40 Recommandations.

que des formes appropriées de coopération aient été établies entre ces organisations et la CRF (cellule de renseignements financiers).

b) La loi suisse sur le blanchiment d'argent (LBA) du 10 octobre 1997⁸

1. La loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (RS 955.0) s'applique à tous les intermédiaires financiers (art. 2), par quoi il faut entendre « les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. » Les avocats et les notaires y sont soumis mais uniquement s'ils exercent une activité d'intermédiaire financier et s'ils le font à titre professionnel.

Ces deux notions sont précisées dans l'Ordonnance du Conseil fédéral sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF) du 18 novembre 2009 (RS 955.071)⁹. Cette ordonnance commence par énoncer les activités qui n'entrent pas dans le champ d'application matériel de la LBA (art. 1, al. 2) puis traite du champ d'application territoriale (art. 2), dit ce qu'il faut entendre par activité d'intermédiaire financier (art. 3 à 6) et définit les critères qui permettent de déterminer si cette activité est exercée à titre professionnel ou non (art. 7).

Quant à l'application pratique de ces critères, elle est résumée dans la Circulaire 2011/1 de la FINMA sur l'activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA - Précisions concernant l'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF)¹⁰. Les chiffres 114 à 123 de cette circulaire concernent plus spécialement les activités déployées par les avocats et les notaires.

Enfin, l'Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA¹¹) du 8 décembre 2010 (RS 955.033.0) précise les obligations en matière de prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme des intermédiaires financiers. Cette ordonnance pose les règles minimales qui doivent se retrouver dans les règlements des organismes d'autoréglementation visés aux art. 18, al. 1 litt. c et 25 LBA et soumis à son approbation (art. 1, al. 2).

2. En Suisse, l'activité d'intermédiaire financier n'est interdite ni aux avocats ni aux notaires. S'ils entendent l'exercer et que ce sera à titre professionnel au sens de l'OIF, ils doivent toutefois se conformer aux règles applicables à tous les intermédiaires financiers. L'une d'elles impose la surveillance par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) ou par un organisme d'autoréglementation (art. 14 LBA).

⁸ En français : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/9/955.0.fr.pdf>
En allemand : <http://www.finma.ch/d/regulierung/gesetze/seiten/geldwaescherei-bekaempfung.aspx>
En italien : http://www.admin.ch/ch/i/rs/c955_0.html
En anglais : <http://www.admin.ch/ch/e/rs/9/955.0.en.pdf>

⁹ En français : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/9/955.071.fr.pdf>
En allemand : <http://www.admin.ch/ch/d/sr/9/955.071.de.pdf>
En italien : <http://www.admin.ch/ch/i/rs/9/955.071.it.pdf>

¹⁰ En français : <http://www.finma.ch/f/regulierung/Documents/finma-rs-2011-01-f.pdf>
En allemand : <http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2011-01.pdf>
En italien : <http://www.finma.ch/i/regulierung/Documents/finma-rs-2011-01-i.pdf>

¹¹ En français : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/9/955.033.0.fr.pdf>
En allemand : <http://www.admin.ch/ch/d/sr/9/955.033.0.de.pdf>
En italien : <http://www.admin.ch/ch/i/rs/9/955.033.0.it.pdf>

Toutefois, à la différence des autres intermédiaires financiers et pour la protection de leur secret professionnel, les avocats et les notaires ne sont pas admis à se soumettre à la surveillance directe de la FINMA (art. 14, al. 3 LBA). Ils doivent donc être affiliés à un organisme d'autoréglementation.

III. L'autoréglementation pour les avocats et les notaires

La Fédération Suisse des Avocats (FSA) et la Fédération Suisse des Notaires (FSN) ont constitué en août 1999 un organisme d'autoréglementation (OAR FSA/FSN)¹² dont les statuts¹³ et le règlement¹⁴, de même que la composition des organes, sont soumis à l'approbation de la FINMA.

Sur 8'620 membres de la FSA, quelque 1'250 avocats exercent l'activité d'intermédiaires financiers. A quelques dizaines près, ils sont tous affiliés à l'OAR FSA/FSN.

a) Formation

En vertu de l'art. 44, al. 2 des statuts, tous les affiliés doivent suivre un cours de formation de base d'un jour puis, tous les deux ans, un cours de formation continue d'une demi-journée. Tout manquement à cette obligation de formation est susceptible de sanction. C'est ainsi qu'est mise en œuvre la Recommandation 15 litt. b).

L'OAR FSA/FSN met à la disposition de ses affiliés des modèles de formules pour la tenue de leurs dossiers¹⁵

b) Contrôle

L'OAR FSA/FSN contrôle l'activité de ses affiliés, à commencer par la tenue et la conservation de leurs dossiers, l'observation stricte de leur obligation de vigilance et le respect de leur obligation d'annonce de soupçons s'il y a lieu¹⁶.

Pour garantir le respect du secret professionnel, le contrôle est effectué par des avocats ou des notaires. Bien plus, le législateur a prévu que dans l'exercice de son contrôle des organismes d'autoréglementation des avocats et des notaires, la FINMA ne peut intervenir directement. Elle doit déléguer cette activité à une société d'audit que l'art. 18, al. 3 soumet « au secret professionnel au même titre que les avocats et les notaires ». C'est ainsi qu'est mise en œuvre la Recommandation 15, litt. c).

¹² <http://www.sro-sav-snv.ch>

¹³ En français: http://www.sro-sav-snv.ch/fr/06_regelwerke/10_sro.htm/01_Statuten.pdf
En allemand http://www.sro-sav-snv.ch/de/06_regelwerke/10_sro.htm/01_Statuten.pdf

En italien : http://www.sro-sav-snv.ch/it/06_regelwerke/10_sro.htm/01_Statuten.pdf

¹⁴ En français : http://www.sro-sav-snv.ch/fr/06_regelwerke/10_sro.htm/02_Reglement.pdf
En allemand : http://www.sro-sav-snv.ch/de/06_regelwerke/10_sro.htm/02_Reglement.pdf
En italien : http://www.sro-sav-snv.ch/it/06_regelwerke/10_sro.htm/02_Reglement.pdf

¹⁵ En français : http://www.sro-sav-snv.ch/fr/03_dossierfuehrung/01_organisation.htm
En allemand : http://www.sro-sav-snv.ch/de/03_dossierfuehrung/01_organisation.htm
En italien : http://www.sro-sav-snv.ch/it/03_dossierfuehrung/01_organisation.htm

¹⁶ A cet égard, il y a lieu de signaler que l'art. 9, al. 2 LBA dispose que 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. C'est dire que toute l'activité qui relève de l'accès au droit et à la justice échappe à l'application de la LBA et des Recommandations du GAFI.

c) Sanctions

Tout manquement aux statuts et au règlement de l'OAR FSA/FSN donne lieu à une enquête qui peut déboucher sur une réprimande, une amende jusqu'à CHF 100'000, l'obligation pour l'intermédiaire financier de tenir un collaborateur ou un associé à l'écart de la poursuite de toute activité d'intermédiaire financier, voire l'exclusion de l'OAR (art. 38 des statuts). C'est ainsi qu'est mise en œuvre la Recommandation 17.

d) Tribunal arbitral

Toute sanction disciplinaire peut faire l'objet d'un recours à un tribunal arbitral art. 57ss des statuts).

e) Echange d'informations avec la FINMA

La Circulaire 2008/17¹⁷ intitulée « Echange d'information OAR/FINMA » impose aux OAR de communiquer à la FINMA toutes les informations relatives à l'affiliation, au refus d'affiliation, à l'exclusion et à la démission des intermédiaires financiers.

IV. Conclusion

Le traitement et la place que le dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier réserve aux avocats et aux notaires garantit le respect de leur secret professionnel pour tout ce qui touche à leurs prestations relevant de l'accès au droit et à la justice, sans compromettre son efficacité et dans le strict respect des recommandations du GAFI.

Lausanne, le 6 mai 2011

Jean-Pierre Gross, av.

¹⁷ En allemand : <http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-17.pdf>
En français : <http://www.finma.ch/f/regulierung/Documents/finma-rs-2008-17-f.pdf>
En italien : <http://www.finma.ch/i/regulierung/Documents/finma-rs-2008-17-i.pdf>