

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV

URS HAEGI

Präsident SAV

Nach dem Bankengeheimnis wird das Anwaltsgeheimnis infrage gestellt – ein falscher Vergleich mit seltsamen Blüten

Die Aussage unter vorgehaltener Hand, dass nach dem Bankengeheimnis nun auch das Anwaltsgeheimnis fallen wird, lässt den Rechtsgelehrten perplex, scheint aber in der aktionsgetriebenen Gesetzgebungspolitik im Bundeshaus keine mit einem funktionierenden Rechtsstaat unverträgliche Wahrnehmung mehr zu sein. Darauf deuten nicht nur die zahlreichen parlamentarischen Vorstösse im Nachgang zu den in den Medien breit gestreuten Vorkommnisse rund um die Verwaltungstätigkeiten von Trusts, sondern auch das vom Bundesrat angestossene Vernehmlassungsverfahren im Zusammenhang mit der Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung. Hier wie dort herrscht die Vorstellung, dass Anwältinnen und Anwälte als Berater von Trusts keiner Überwachung unterstehen und dass diese sich in ihrer beratenden Tätigkeit rechtsfrei bewegen können.

Es ist Sache der Anwaltschaft, derart oberflächlichen und leider oft auch unfundiert nachgesprochenen Betrachtungsweisen Einhalt zu gebieten, aufzuklären und die Notwendigkeit eines uneingeschränkten Berufsgeheimnisses für das Funktionieren des Rechtsstaates aufzuzeigen. In ihren Beiträgen in dieser Ausgabe zum aktuellen Gesetzesvorhaben im GwG leisten die hierfür zuständigen Autoren einen wesentlichen Beitrag dazu.

Was in der öffentlichen Diskussion erschreckend oft in Vergessenheit gerät: Wie der prozessierende ist auch der rechtsberatende Anwalt dem Gesetz verpflichtet. Berät er seinen Klienten zwecks Umgehung und damit in Verletzung des Rechts und somit in Missachtung seiner Berufspflichten, macht er sich strafbar und kann sich selbstverständlich nicht auf das Berufsgeheimnis berufen. Im Gegensatz zu anderen Beratern wird der Anwalt in seiner Tätigkeit durch staatliche Aufsichtsbehörden überwacht. Das Berufsrecht verpflichtet ihn, seine Geschäfte in allen Ländern, in denen er tätig ist, in Übereinstimmung mit dem dort geltenden Recht zu tätigen. Verstösst die Anwältin oder der Anwalt gegen berufsrechtliche Pflichten, wird er von den staatlichen Aufsichtsbehörden sanktioniert. Die Sanktionen reichen bis hin zum Verbot der Ausübung der Anwaltstätigkeit. Daneben gilt auch für den Anwalt – gleichermassen wie für jeden Rechtsunterworfenen – Art. 305^{bis} des Strafgesetzbuches. Diese Bestimmung deckt auch die Gehilfenschaft ab und damit einen auch von der Empfehlung 22 (d) der FATF/GAFI-Empfehlung geregelten Bereich, dort im Sinne eines Katalogs festgehalten, der auch nicht abschliessend sein

kann. Des Weiteren untersteht auch der Anwalt, soweit er ausserhalb seiner angestammten Tätigkeit Klienten berufsmässig in Finanzgeschäften berät, gestützt auf Art. 305^{ter} StGB, ganz generell der Pflicht, die Identität der wirtschaftlich berechtigten Person festzustellen. Dies gilt selbst dann, wenn er nicht einer GwG-Selbstregulierungsorganisation (SRO) angeschlossen ist. Mit dieser Bestimmung ist die Identifikationspflicht genügend gesichert. Die Vorstellung, dass der Anwalt unter dem Deckmantel Berufsgeheimnis schalten und walten kann wie er will, ist somit falsch. Dem Berufsgeheimnis untersteht nicht alles, was der Anwalt tut, es gilt aber umfassend in Bezug auf das Anwaltliche, das der Anwalt tut (BGE 135 III 597, E. 3.3). Wenn der Anwalt einen Geldwäscher «vertritt», wird er dadurch nicht meldepflichtig (Zugang zum Recht, Recht auf Verteidigung). Wenn er hingegen Vermögenswerte aus der Deliktsumme annimmt oder hilft, diese zu verschleiern, wird er zum Gehilfen gemäss Art. 305^{bis} StGB. Die konsequent umgesetzte schweizerische Lösung, erlaubt somit keine Schlupflöcher. Mit Art. 305^{bis} StGB besteht ein genügender Schutz, da alle Personen, auch Anwälte, davon erfasst sind. Das Grundkonzept, wonach Gelder deliktischer Herkunft beim Eintritt in den sauberen Vermögenskreislauf zu prüfen sind, genügt, wenn diese Arbeit von allen «Gate-Keepern» weltweit korrekt gemacht wird. Abzuklären sind Herkunft der Gelder, Identität der Partei und der wirtschaftlich berechtigten Person und die damit verbundenen Transaktionen. Gegebenenfalls ist zu sperren und zu melden. Es geht nicht an, dass die schweizerische Gesetzgebung Lücken in der Geldwäschereiabwehr ausländischer Staaten, z. B. Panama, schliesst. Hinzu kommt, dass ein wirksames Eingreifen durch Anwälte gar nicht ohne Weiteres möglich ist. Es fehlt nämlich an Vermögenswerten, auf die man zugreifen und die man sperren kann, weil man keine Verfügungsmacht hat. In Panama bspw. wäre eine Sperre leichter zu erwirken.

Beim anwaltlichen Berufsgeheimnis geht es nicht um den Schutz des Anwalts, sondern um den Schutz des Klienten; und es geht um mehr als nur um den strafrechtlichen Schutz von privatrechtlichen Geheimhaltungsvorschriften. In seinem Entscheid vom 9.5.2016 (2C_586/2015, E. 21) hält das Bundesgericht fest, dass der anwaltlichen Berufspflicht eine herausragende Bedeutung zukommt. Das anwaltliche Berufsgeheimnis als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes, für einen funktionierenden und den Zugang zur Justiz garantierenden Rechtsstaat unerlässliches Institut, garantiert die Vertraulichkeit sämtlicher Einblicke, welcher der Klient im Rahmen einer berufsspezifischen Tätigkeit der Anwältin oder dem Anwalt in seine Verhältnisse

gewährt hat. Erst die Vertraulichkeit ermöglicht dem Rechtssuchenden, der Anwältin oder dem Anwalt, die für eine zutreffende Beratung und wirksame Rechtsvertretung notwendigen Grundlagen vorbehaltlos zu offenbaren, weshalb sie unerlässliche Grundlage für deren Berufsausübung und damit für eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Justiz bildet. Sachgerechter ist daher die Bezeichnung «Klientengeheimnis», denn es geht immer um den so verstandenen Schutz des Rechtssuchenden. In einem Rechtsstaat muss somit jeder Bürger, der in einem rechtlichen Konflikt mit dem Staat oder mit anderen Personen verwickelt wird, mit seinem Rechtsanwalt in völliger Offenheit kommunizieren können, ohne befürchten zu müssen, dass diese Kommunikation oder ein Teil davon später offengelegt wird. Diese Vertraulichkeit ist notwendig, um ein

unparteiisches Gerichtsverfahren («Fair Trial») und überhaupt den Zugang zum Recht möglich zu machen.

Fazit: Es besteht mithin entgegen der immer wieder in den Medien geäußerten Befürchtungen keine Regelungslücke im Abwehrdispositiv der Geldwäschereibekämpfung, die zu füllen wäre. Sowohl Geldwäscherei als auch die darauf gerichtete Gehilfenschaft sind nach geltendem Recht strafbar, auch für Anwälte. Das bestehende Abwehrdispositiv reicht bei richtiger Auslegung und Anwendung aus. Der Entwurf des Bundesrates schießt am Ziel vorbei und richtet massiven Kollateralschaden an. Mit seinem Gesetzesvorschlag setzt er ein wesentliches Element der Rechtsstaatlichkeit ausser Kraft, indem er eine Beeinträchtigung des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Klient und Anwalt in Kauf nimmt.

LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA

URS HAEGI

Président de la FSA

Après le secret bancaire, c'est au tour du secret professionnel de l'avocat d'être remis en question: une comparaison troublante entre deux institutions fondamentalement différentes

Les déclarations – certes, encore discrètes – selon lesquelles le secret professionnel des avocats tomberait un jour comme le secret bancaire, laissent les professionnels du droit perplexes. Pourtant, du côté du Palais fédéral, le nombre d'actions politico-législatives pourrait laisser penser que la perte du secret professionnel ne semble plus être perçue comme une atteinte radicalement contraire à notre État de droit: d'une part, de nombreuses initiatives parlementaires ont été lancées suite aux récentes affaires de gestion de *trusts*, auxquelles la presse a fait un large écho; d'autre part, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation sur son projet de révision de la Loi fédérale sur le blanchiment d'argent (LBA). Dans les deux cas règne la même vue de l'esprit: on part de l'idée erronée qu'un avocat qui fournit des conseils dans le cadre de *trusts* exerce sa profession comme bon lui semble, à l'abri de toute surveillance et de la loi.

Il est donc cardinal, pour notre profession, de dissiper cet énorme malentendu, en démontrant en quoi les reproches formulés sont en grande partie infondés, puis expliquer pourquoi le secret professionnel doit impérative-

ment demeurer absolu en tant qu'institution à part entière pour le bon fonctionnement de l'État de droit. Les auteurs des contributions publiées dans la présente édition, qui s'expriment au sujet de la révision de la LBA, y contribuent de manière significative.

Dans ce débat public, il faut commencer par rappeler que l'avocat qui n'exerce que des activités de conseil n'échappe en aucun cas à la loi. Il est placé sur un pied d'égalité avec l'avocat qui pratique le barreau. S'il incite son client à contourner la loi, l'avocat viole non seulement le droit commun, mais également les règles professionnelles auxquelles il est soumis. En texte clair, il commet une infraction et ne peut en aucun cas se retrancher derrière le secret professionnel. De plus, contrairement à d'autres conseillers juridiques, les avocats, eux, sont soumis à des règles professionnelles particulièrement strictes ainsi qu'à la surveillance d'autorités étatiques. Ces règles professionnelles étatiques obligent l'avocat à respecter le droit en vigueur dans l'État où il exerce ses activités, ce quel que soit cet État. En cas de violation, les autorités de surveillance disposent d'un pouvoir disciplinaire qui leur permet de sanctionner l'avocat fautif, la sanction pouvant aller jusqu'à l'interdiction de pratiquer. Enfin, en plus des règles professionnelles et des sanctions y découlant, l'avocat n'échappe pas non plus au droit pénal, comme

tout autre justiciable, en particulier à l'art. 305^{bis} CP sur le blanchiment d'argent. Pour mémoire, cette disposition inclut la complicité. Elle couvre également l'un des domaines prévus à l'art. 22 (d) des Recommandations du GAFI, au sens du catalogue non exhaustif de cas. Par ailleurs, conformément à l'art. 305^{ter} CP, l'avocat qui conseille professionnellement des clients dans des affaires financières est soumis à une obligation générale de vérifier l'identité de l'ayant droit économique. Cette disposition s'applique aussi lorsque l'avocat n'est pas affilié à un organisme d'autorégulation (OAR) en matière de LBA. L'art. 305^{ter} CP montre que l'obligation d'identification est complètement assurée en droit suisse. Dès lors, l'idée que, sous couvert de secret professionnel, l'avocat pourrait agir comme bon lui semble est totalement erronée. Certes, le secret professionnel ne s'applique pas à tout ce que fait l'avocat, mais il couvre de façon exhaustive ce que le TF appelle les activités professionnelles *typiques de l'avocat* (ATF 135 III 597, c.3.3). Ainsi, s'il représente un client qui aurait blanchi de l'argent, l'avocat n'a pas l'obligation d'en informer l'autorité compétente, parce que l'accès à la justice et le droit de pouvoir être représenté professionnellement constituent des droits absolus de tout justiciable. En revanche, si l'avocat accepte des valeurs provenant d'une infraction financière ou qu'il en facilite la dissimulation, il se rend coupable de complicité au sens de l'art. 305^{bis} CP. La solution législative mise en œuvre par la Suisse au cours de ces dernières années s'avère convaincante, dès lors qu'elle comble tout vide juridique. L'art. 305^{bis} CP offre une protection adéquate puisque son champ d'application s'étend à toute personne, y compris aux avocats. Le principe fondamental qui veut que des fonds d'origine criminelle soient contrôlés avant leur mise en circulation dans les flux financiers «propres» est suffisant en soi, du moins si ce processus est accompagné des mesures de protection et de contrôle prévues correctement appliquées par tous les gardes dans le monde entier. Concrètement, il s'agit de vérifier l'origine des fonds, l'identité de la partie (cocontractante), celle de l'ayant droit économique et les transactions qui y sont liées. Le cas échéant, il s'agira de bloquer les fonds litigieux et d'en informer l'autorité compétente. En revanche, le rôle de la Suisse ne consiste pas à combler les lacunes juridiques d'autres États en matière de blanchiment d'argent, p. ex. celles du Panama. De plus, l'intervention en Suisse d'avocats helvétiques ne serait guère envisageable, dès lors que les fonds ne peuvent être saisis ou bloqués que si une compétence et des moyens d'action ont été octroyés dans cet

objectif. Dans tous les cas, pour reprendre l'exemple du Panama, c'est dans cet État qu'il serait le plus facile de bloquer des fonds criminels, pas en Suisse.

Le secret professionnel de l'avocat apporte plus qu'une simple protection pénale des règles de confidentialité de droit privé. Dans son arrêt 2C_586/2015 du 9.5.2016, c. 21, le TF retient que les obligations professionnelles de l'avocat revêtent une importance capitale. Le secret professionnel de l'avocat est conçu comme une institution fondamentalement nécessaire qui répond à un intérêt public et qui garantit l'accès à la justice dans un État de droit. Ce secret professionnel garantit la confidentialité de toutes les informations que le client a portées à la connaissance de l'avocat dans le cadre de ses activités professionnelles dites spécifiques. Seule cette garantie de confidentialité absolue permet à l'avocat et son client d'évoquer sans réserve tous les éléments indispensables à un conseil approprié et de garantir ainsi une représentation efficace. Le secret professionnel est donc une condition impérative pour, d'une part, exercer adéquatement la profession d'avocat et, d'autre part, répondre aux exigences d'une justice appropriée. En réalité, on devrait parler de «secret professionnel des clients» puisqu'il en va toujours de la protection des justiciables (et non des avocats). Dans un État de droit comme le nôtre, chaque citoyen concerné par un litige avec l'État ou d'autres personnes doit pouvoir communiquer avec son avocat en toute transparence, sans devoir craindre que cette communication soit partiellement ou intégralement divulguée ultérieurement. Cette confidentialité est non seulement nécessaire pour assurer un procès équitable, mais également pour garantir l'accès au droit.

En conclusion, contrairement aux craintes exprimées à plusieurs reprises dans les médias, il n'y a pas de vide juridique: les garde-fous actuellement prévus en droit suisse sont suffisants pour lutter efficacement contre le blanchiment d'argent. L'avocat, comme tout justiciable, ne peut s'affranchir de la loi, même sous couvert de secret professionnel: en effet, il est punissable tant au sens de la loi qui lutte contre le blanchiment d'argent que de complicité pour blanchiment d'argent. Ainsi, le dispositif actuel de lutte contre le blanchiment est suffisant à condition d'être correctement mis en œuvre et appliqué. Le projet du Conseil fédéral se perd dans les excès en remettant en question le secret professionnel de l'avocat dans son élément fondamental lié au principe de l'État de droit, il entrave la relation de confiance particulière qui doit obligatoirement pouvoir exister entre un client et son avocat.