

Circulaire n°3 / 2019-2020

Luxembourg, le 1^{er} avril 2020

Concerne : Champ d'application de la Loi AML pour les Avocats (article 2 (1) point 12 – article 7 de la Loi AML)

Chers Confrères,

La loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (la « Loi AML ») vise l'avocat lorsqu'il exerce l'une des activités limitativement énumérées à l'article 2 (1) point 12 de celle-ci.

Il a été retenu, d'une part, que les avocats n'entrent dans le champ d'application de la Loi AML que dans les hypothèses limitativement énumérées par celle-ci (on parlera des activités « dans le champ »)¹ et d'autre part que les exceptions au secret professionnel introduites par ladite loi sont de stricte interprétation².

I. Activités de l'Avocat « dans le champ »

La présente circulaire a pour objet de fournir des indications sur la question de savoir si une activité de l'avocat est ou non dans le champ AML.

Ces activités seront successivement abordées ci-après.

1. Assistance apportée à un client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant :

- a. l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ;**
- b. la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs, appartenant au client ;**
- c. l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuilles ;**
- d. l'organisation des apports nécessaires à la constitution, la gestion ou la direction de sociétés ;**
- e. la constitution, la domiciliation, la gestion ou la direction de fiducies, de sociétés ou de structures similaires.**

¹en vertu de l'article 2 bis, point 5 de la directive 91/308, les avocats ne sont soumis aux obligations prévues par celle-ci et, notamment aux obligations d'information et de coopération imposées à l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive, que dans la mesure où ils participent, selon les modes spécifiés audit article 2 bis, point 5, à certaines transactions limitativement énumérées par cette dernière disposition (CJUE, 26 juin 2007 dans l'affaire C-305/05, point 22). Notons que la directive 91/308 a été abrogée par la directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 qui en reprend le contenu tout en le complétant.

² La lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, qui exercent une influence évidente sur le développement du crime organisé, lequel constitue une menace particulière pour la société, est un objectif légitime d'intérêt général. Toutefois cet objectif ne saurait justifier une levée inconditionnelle ou illimitée du secret professionnel de l'avocat, car pour les motifs rappelés en B.6.1 à B.6.3, les avocats ne peuvent être confondus avec les autorités chargées de la recherche des infractions. » (Arrêt 10/2008 de la Cour constitutionnelle belge du 23 janvier 2008, point B.8)

L'«assistance» est à entendre comme un accompagnement juridique que l'avocat apporte à son client dans le cadre des opérations financières ou immobilières mentionnées.

Peuvent, par exemple, être considérées comme rentrant dans le champ d'application de l'article 2 (1) point 12 de la Loi AML : le conseil, la structuration, la rédaction ou la révision de conventions ou autres documents y relatifs, l'assistance ou la représentation du client à l'occasion de :

- l'acquisition ou la vente d'un fonds de commerce ;
- l'acquisition ou la vente de titres de sociétés ;
- la vente ou l'achat de biens immeubles, y compris notamment lorsque ceux-ci sont détenus par des sociétés ;
- la matière successorale (comportant une transaction financière ou immobilière) ;
- l'ouverture d'un compte bancaire ;
- la constitution d'une société, les conventions entre actionnaires ou autres opérations similaires.

On peut également citer comme exemples d'assistance les actes préparatoires à une transaction financière ou immobilière suivants :

➤ *Legal Opinions*

Si les *Legal Opinions* ne visent pas en tant que telles à exprimer un conseil juridique, leur délivrance est très souvent une condition suspensive de l'exécution de conventions.

➤ *Rapports de Due Diligence*

Ces rapports constituent un ensemble de vérifications opérées en vue d'une transaction et constituent donc un acte préparatoire étroitement lié à la réalisation de l'opération en question.

➤ *Conseil Fiscal*

Dans le cadre de structurations et de *ruling* fiscal (par opposition aux déclarations fiscales), les conseils fiscaux vont permettre de structurer la transaction, analyse sans laquelle l'opération ne pourrait se faire du point de vue du droit fiscal. Cette activité entre donc dans le champ d'application de la loi étant intimement liée à la transaction financière ou immobilière en question.

2. Intervention au nom et pour le compte du client lors d'une transaction financière ou immobilière

Ceci vise l'hypothèse où l'avocat n'agit pas comme simple conseiller juridique de son client, mais où il agit au nom et pour le compte de ce dernier, par exemple :

- lorsque l'avocat agit sur procuration spéciale de son client lors d'un passage devant notaire pour acheter ou vendre un immeuble, ou encore pour passer des actes de sociétés (constitution, augmentation de capital social ou toute autre modification statutaire, mise en liquidation) ;
- lorsque l'avocat représente son client dans le cadre du partage (des meubles ou immeubles) suite à un divorce ou une succession ;
- lorsque l'avocat, en matière civile et commerciale, est mandaté pour négocier ou signer une transaction destinée à mettre fin à une procédure contentieuse, de surcroît lorsque le mandat comporte l'encaissement sur le compte-tiers de l'avocat.

L'avocat devra être particulièrement attentif s'il a été sollicité pour une problématique *a priori* étrangère aux situations visées par l'article 2(1) point 12 de la Loi AML, qui comporte, par la suite, des transactions qui entrent dans le champ d'application de la Loi AML.

L'on mentionnera enfin un récent jugement, dont appel, du Tribunal correctionnel de Luxembourg selon lequel le simple fait pour l'avocat de réceptionner sur son **compte-tiers** des fonds pour les régler à un tiers constitue la conclusion par l'avocat d'une transaction financière au nom et pour compte de son client. Selon cette jurisprudence, l'avocat qui reçoit des fonds de son client ou d'un tiers dans le cadre d'une procédure contentieuse et qui est chargé par son client d'en faire un certain usage, tombe dans le champ d'application de la Loi AML, en toutes ses dispositions (connaissance du client et origine des fonds, etc...) sauf ce qui sera dit ci-après concernant l'article 7 de la Loi AML.

Il est recommandé à l'avocat, dans l'hypothèse d'un paiement devant transiter par son compte-tiers en relation avec une procédure en justice, et si les fonds en question ne proviennent pas de son client, de vérifier l'identité du donneur d'ordre et la cohérence du paiement par rapport à la procédure dont l'avocat est en charge.

3. Fourniture d'un des services de prestataire de services aux sociétés et fiducies

Les services qu'un prestataire de service peut fournir à une société ou à une fiducie sont énumérés à l'article 1(8) de la Loi AML.

Lorsqu'un avocat effectue des prestations de ce type, notamment la domiciliation de sociétés, il devra se conformer aux obligations de la Loi AML.

4. Activité de Family Office

Au sens de la loi du 21 décembre 2012 relative à l'activité de *Family Office*, il s'agit de « fournir, à titre professionnel, des conseils ou services de nature patrimoniale à des personnes physiques, à des familles ou à des entités patrimoniales appartenant à des personnes physiques ou à des familles ou dont elles sont fondatrices ou bénéficiaires. »

Peuvent être entendus par « conseils ou de services de nature patrimoniale » toutes les prestations destinées à protéger, préserver et développer le patrimoine d'une famille telles que : le conseil en organisation patrimoniale, la planification patrimoniale, le suivi administratif ou financier d'un patrimoine.

Les avocats qui exercent l'activité de *Family Office* sont soumis aux obligations de la Loi AML. Bien que l'intervention dans le champ de l'avocat puisse être ponctuelle, voire très brève (une consultation par vidéoconférence - type Skype - est suffisante), les obligations d'identification doivent être mises en œuvre. Il faut également concevoir que les différentes activités que mène l'avocat pour un même client, au même moment, dans le cadre d'un même mandat peuvent se trouver des deux côtés de la frontière. C'est ainsi le cas d'un avocat sollicité par une société souhaitant (i) procéder au licenciement d'un gérant et (ii) modifier la composition de son conseil de gérance.

II. Activités « dans le champ » mais exemptées de l'obligation de déclaration prévue à l'article 5 de la Loi AML

Le secret professionnel des avocats, maintes fois consacré par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, est indispensable au bon fonctionnement de la justice et, au-delà, de la démocratie³.

Afin de faire coïncider les objectifs de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme avec le respect du secret professionnel et des droits fondamentaux de la défense, l'article 7 de la Loi AML dispose que certaines activités exercées par l'avocat sont exemptées de l'obligation de coopération, telle que libellée à l'article 5 de la Loi AML.

En effet, le secret professionnel consacre la relation de confiance qui s'instaure entre l'avocat et son client et garantit à ce dernier de pouvoir librement se confier à son avocat, sans craindre que les informations ainsi échangées ne soit divulguées.

Sur base de ces principes, l'avocat ne sera donc pas soumis à l'article 5, paragraphes 1 et 1 bis de la Loi AML, pour ce qui concerne les informations reçues d'un de ses clients ou obtenues sur un de ses clients lors :

- d'une consultation juridique ;
- de l'évaluation de la situation juridique de ce client ;
- dans l'exercice de sa mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure.

Mais cette exception n'affecte pas les autres obligations de la Loi AML. Il est important de noter que les mesures de vigilance, d'analyse du risque et d'organisation interne s'appliquent dans les cas visés à l'article 7 (1) de la Loi AML, sous réserve que l'avocat exerce une activité visée par l'article 2 (1) point 12. Il ne faut donc pas confondre le champ d'application général de la Loi AML et le champ d'application de l'obligation de déclaration de soupçon/coopération de l'avocat.

³ Michaud c/ France, arrêt du 6 décembre 2012 :

« 118. Il en résulte que si l'article 8 protège la confidentialité de toute « correspondance » entre individus, il accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients. Cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables. Or un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels. C'est la relation de confiance entre eux, indispensable à l'accomplissement de cette mission, qui est en jeu. En dépend en outre, indirectement mais nécessairement, le respect du droit du justiciable à un procès équitable, notamment en ce qu'il comprend le droit de tout « accusé » de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

119. Cette protection renforcée que l'article 8 confère à la confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients et les raisons qui la fondent conduisent la Cour à constater que, pris sous cet angle, le secret professionnel des avocats – qui toutefois se décline avant tout en obligations à leur charge – est spécifiquement protégé par cette disposition. »



1. Exception de la consultation juridique

La doctrine⁴ définit la consultation juridique comme « *consistant à fournir, sur une question soumise à l'examen du consultant, un avis personnel, parfois un conseil, qui apporte à celui qui le consulte des éléments de décision, le cas échéant, des éléments en faveur de sa cause* ».

Elle recouvre la réception du client, la collecte d'informations auprès du client ou de tiers, l'examen et l'analyse du dossier, la recherche juridique et l'élaboration d'une ou plusieurs solutions en faveur du client.

La consultation juridique fournie par l'avocat ne donne donc pas lieu à l'obligation de déclaration prévue par l'article 5 de la Loi AML, même si la consultation a trait à des matières visées par l'article 2 (1) point 12 de la Loi AML.

2. Exception de l'évaluation de la situation juridique du client

L'évaluation de la situation juridique⁵ relève davantage d'un exposé théorique que du conseil et se caractérise par le fait de faire coïncider une situation donnée et une ou plusieurs règles de droit. Il paraît toutefois possible de dire que l'évaluation de la situation juridique est une étape nécessaire de la consultation et du conseil fourni par l'avocat.

Quelle que soit la définition que l'on en donne, cette activité de l'avocat est exemptée de l'obligation de déclaration prévue à l'article 5 de la Loi AML, même si elle est relative à une transaction énumérée à l'article 2 (1) point 12 de la Loi AML.

⁴ (Vocabulaire juridique Association Henri Capitant, sous la direction de G. Cornu, p. 226).

En France, le Conseil national des barreaux a défini la consultation juridique comme « une prestation intellectuelle personnalisée tendant, sur une question posée, à la fourniture d'un avis ou d'un conseil sur l'application d'une règle de droit en vue, notamment, d'une éventuelle prise de décision ». Reprise dans l'arrêt de la CEDH Michaud c/ France du 6 décembre 2012, cette définition semble pouvoir être appliquée de façon générale.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle belge du 23 janvier 2008 (arrêt 10/2008) a également donné une définition de l'activité de conseil juridique (point B.9.5). Elle « vise à informer le client sur l'état de la législation applicable à sa situation personnelle ou à l'opération que celui-ci envisage d'effectuer ou à lui conseiller la manière de réaliser l'opération dans le cadre légal. Elle a donc pour but de permettre au client d'éviter une procédure judiciaire relative à cette opération. »

5 Cette notion est directement inspirée de l'article 6 paragraphe 3 de la directive 2001/97/CE ainsi que du préambule 17 de celle-ci. Il est d'ailleurs à noter que le préambule 17 utilise la terminologie « évaluation de la situation juridique » et « consultation juridique » dans le même paragraphe, comme s'il s'agissait de concepts identiques. Bien que figurant en second lieu dans l'énumération de l'article 7, l'évaluation de la situation juridique semble pour partie recouverte par le concept de consultation juridique. En effet, la notion d'évaluation consiste, à partir d'informations fournies par le client ou par un tiers sur une situation particulière, à analyser ladite situation par rapport à des règles de droit et, à l'issue d'un raisonnement juridique, à déterminer quelles règles de droit s'appliquent à la situation en question. En ce sens, l'évaluation de la situation juridique semble aller moins loin que la consultation juridique dans le sens où le client n'obtiendra pas une réponse sur mesure à ses besoins, mais aura une vue d'ensemble de la législation en vigueur par rapport à une situation donnée.

3. Exception de la mission de défense ou de représentation lors d'une procédure judiciaire

Les avocats ne sont pas soumis à l'obligation de déclaration « *dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure* » (Article 7 (1) de la Loi AML).

Cette exception confirme le principe selon lequel « *la relation de confiance qui doit exister entre l'avocat et son client ne peut être établie et maintenue que si le justiciable a la garantie que ce qu'il confiera à son avocat ne sera pas divulgué par celui-ci* » (arrêt 10/2008 précité, point B.7.9).

Les termes utilisés dans l'article 7 sont très larges⁶. Ils visent aussi les conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure. Cette exception nous semble également viser toute procédure, compte tenu des intérêts supérieurs qu'entend protéger le texte (secret professionnel, droit de la défense, etc.). Dans la mesure où elle découle du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 CEDH, la notion de procès doit être conçue dans des termes larges et s'appliquer à toute procédure dans laquelle un avocat prête assistance à un client, donc aux procédures civiles, pénales, administratives, y compris les procédures précontentieuses (car elles visent à éviter une procédure), à la médiation, à l'arbitrage, etc..., bref toutes les fois où l'avocat agit dans son activité la plus traditionnelle, celle du défenseur.

En revanche, dès lors que l'avocat sort du cadre de l'exercice des missions de défense ou de représentation en justice (y compris à propos du même client), il se trouve à nouveau soumis aux obligations de l'article 5 de la loi AML, en fonction des nouvelles circonstances.

Par exemple, une régularisation fiscale entre dans le cadre d'une procédure précontentieuse et n'est donc pas soumise à l'obligation de déclaration. Mais lorsque la procédure précontentieuse est terminée, et que l'avocat est mandaté pour mettre en place une autre opération, cela sort du cadre de l'exception.

La vigilance de l'avocat doit rester de mise en toute circonstance, notamment dans le domaine du contentieux et de l'arbitrage. Il faut éviter que l'avocat soit utilisé dans le cadre de « faux procès », orchestré par les parties qui, sous le couvert d'une procédure contentieuse feinte, se mettront d'accord pour signer une transaction et ainsi opérer des règlements financiers. La vigilance de l'avocat ne sera pas surprise quand la partie débitrice (souvent basée dans une juridiction défaillante en matière AML) n'opère que peu de résistance et règle sans rechigner les sommes réclamées.

⁶ Il est à noter que la loi du 25 mars 2020 vient d'ajouter un 3^{ème} paragraphe à l'article 7 : « *Par dérogation à l'article 3, paragraphe 6, alinéa 6, un avocat qui suspecte qu'une transaction se rapporte au blanchiment ou au financement du terrorisme et qui peut raisonnablement penser qu'en s'acquittant de son devoir de vigilance il alerterait le client, peut choisir de ne pas accomplir cette procédure et de transmettre une déclaration d'opération suspecte au bâtonnier de l'Ordre des avocats au tableau duquel il est inscrit. Dans ce cas le bâtonnier de l'Ordre des avocats vérifie le respect des conditions prévues au paragraphe 1er et à l'article 2, paragraphe 1er, point 12. Dans l'affirmative, il est tenu de transmettre la déclaration d'opération suspecte à la CRF* ».

Il est donc nécessaire pour l'avocat de toujours rester vigilant, même lorsqu'une opération paraît, au premier abord, ne pas tomber dans le champ d'application de l'article 2 (1) point 12 de la Loi AML.

Finalement, je vous informe que des exemples concrets de situations auxquelles les avocats peuvent être confrontés seront fournis par la Cellule de renseignement financier et publiés sur l'intranet du Barreau.

Bien confraternellement à vous



Pour le Conseil de l'Ordre
François KREMER
Bâtonnier