

# «CLIC INFORMATIQUE»: LA RÉMUNÉRATION DE L'AVOCAT EN BITCOINS: PERSPECTIVES LÉGALES ET DÉONTOLOGIQUES (II)

SÉBASTIEN FANTI

Avocat au Barreau valaisan, certifié OMPI, notaire, Sion

Mots-clés: avocat, rémunération, Bitcoin, risques légaux et déontologiques, blanchiment, financement d'activités criminelles, conseils prudents, jeu de l'avion, pyramide de Ponzi

Le présent article a pour but, après avoir présenté les spécificités de cette nouvelle monnaie (partie I), d'en analyser les conséquences pour les avocats en matière d'honoraires, tant sur le plan légal que déontologique (partie II).

### 3. Les normes légales et réglementaires applicables au Bitcoin en droit suisse

La présentation des normes a fait l'objet d'une publication qui analyse dans le détail les problématiques générées par le Bitcoin<sup>1</sup>. Le lecteur y est renvoyé pour éviter d'inutiles redites. Quelques points précis méritent une attention soutenue à l'aune du cadre de la présente contribution.

«La monnaie électronique ... pourra servir d'instrument de blanchiment d'argent. En effet, sa déterritorialité et le fait qu'elle est indétectable lors de transferts offrent des avantages qui favorisent la criminalité économique. Sa vitesse de circulation, la sécurité et l'anonymat qu'elle garantit ne font qu'accroître cette propension<sup>2</sup>.» La FINMA a déjà eu à traiter de cas relatifs à la monnaie électronique<sup>3</sup>. Elle a considéré en 2010 déjà que la vente de monnaie électronique constitue un service dans le domaine du trafic des paiements au sens de l'article 2 al. 3 let. b LBA. La monnaie électronique qui peut être transférée sans contrepartie sous forme de biens ou services d'un compte digital à un autre ne relève pas de l'exception visée à l'article 7a LBA.

Dans cette affaire, la FINMA a considéré le système mis en place dans son ensemble, soit uniformément les activités de l'ensemble des participants. Elle a ainsi soumis une société suisse qui vend à ses clients une monnaie électronique émise par des sociétés étrangères à une autorisation.

Le problème est donc principalement lié à la territorialité des actes accomplis par chacun des intermédiaires. Si une société existe en Suisse, la FINMA de même que les autres autorités (AFC) pourront agir et procéder à une analyse du respect des normes.

A défaut, et c'est l'un des principaux problèmes liés au Bitcoin, une économie virtuelle opaque va se développer sans aucun contrôle. Il apparaît donc clairement préfé-

nable de favoriser l'émergence de structures en Suisse pour éviter une absence d'emprise sur une monnaie qui comporte des risques certains. C'est certainement ce qui a conduit l'Allemagne à adopter une position ouverte et qui se révèle en réalité pragmatique. Rien ne sert d'interdire ce qui existera alors sans régulation et constituerait un danger certain pour l'économie réelle également.

### 4. Les normes applicables aux avocats

#### A) La rémunération de l'avocat

D'ordinaire, c'est une somme d'argent qui constitue la rétribution de l'avocat. Il advient toutefois que l'avocat puisse bénéficier de prestations en nature ou en contre-affaires<sup>4</sup>. La seule restriction relative à la nature de la rémunération a trait à la préservation de l'indépendance de l'avocat<sup>5</sup>. Il apparaît donc, sur le principe, possible d'accepter d'être payé en Bitcoins. L'avocat en tant que professionnel du droit qui souscrirait à un tel mode de règlement

1 JEAN-DANIEL SCHMID/ALEXANDER SCHMID, Bitcoin – eine Einführung in die Funktionsweise sowie eine Auslegeordnung und erste Analyse möglicher rechtlicher Fragestellungen, in Jusletter 4. 6. 2012.

2 NICOLAS A. CUCHE, La monnaie électronique: réalité et fiction, in: La Vie Economique, 4/2001, p. 50.

3 Décision du 29. 11. 2010 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, Bulletin 3/2012, p. 148 ss.

4 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N. 2937, p. 1158; par exemple une remise d'actions d'une société.

5 Indépendance qui ne serait pas garantie si l'avocat par exemple exerce majoritairement son activité dans les bureaux de son client; il ne semble pas qu'un tel risque puisse se concrétiser du seul fait d'accepter un paiement d'honoraires en monnaie virtuelle.

en assumera toutefois les risques et périls<sup>6</sup>: tant pis pour l'avocat qui accepte d'être payé en monnaie de singe diront les sceptiques! Les conséquences d'une telle acceptation ne sont malheureusement pas limitées au risque de perte de valeur de la monnaie électronique<sup>7</sup>. De ce point de vue, le contrat établi par l'avocat texan Jay Cohen qui, en cas de paiement en Bitcoins, sollicite de son client qu'il déclare que l'argent ne provient pas d'une source illicite<sup>8</sup>, est insuffisant pour exonérer le mandataire de toute incidence légale ou déontologique. Comme le rappelle le Professeur Laurent Moreillon, la première règle en matière d'honoraires est d'éviter tout paiement en espèces<sup>9</sup>, soit dans le cas d'espèce d'éviter un paiement dans une monnaie dont l'origine est intracçable. Les banques et les organismes financiers sont en effet tenus de procéder à des vérifications fines et hétérogènes de l'origine des fonds, ce qui garantit à l'avocat un premier filtre efficace. En l'absence de toute intervention d'une banque centrale ou d'un établissement de crédit, le Bitcoin représente par nature et initialement un risque supplémentaire évident qu'un mandataire professionnel se doit d'apprécier avec rigueur et sérieux. De nombreuses incertitudes surgissent immédiatement: comment déclarer cette rémunération<sup>10</sup>? est-elle soumise à la TVA? etc. La réponse à ces interrogations légitimes dépendra de l'édiction de normes, respectivement de l'interprétation que les régulateurs et les autorités devront conduire et qui, à ce jour, n'en sont qu'à leurs soubresauts en Suisse, comme dans les pays où le Bitcoin s'est répandu à la vitesse des bits qui le constituent<sup>11</sup>.

### B) Le blanchiment d'argent

Ce sujet est extrêmement vaste et complexe et il mériterait des développements conséquents qu'un article introductif tel que celui-ci proscrire<sup>12</sup>. Seul sera donc abordé le dénominateur commun entre tous les avocats, soit l'activité traditionnelle pour laquelle une condamnation peut intervenir aux termes de l'article 305<sup>bis</sup> du Code pénal, sans qu'il soit nécessaire que l'avocat soit un intermédiaire financier. L'article 305<sup>bis</sup> réprime le blanchiment, soit le fait de commettre un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont l'auteur savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime. Il s'agit donc d'une infraction intentionnelle pour laquelle le dol éventuel suffit<sup>13</sup>. L'auteur doit vouloir ou accepter que le comportement qu'il choisit d'adopter soit propre à provoquer l'entrave prohibée. Au moment d'agir, il doit s'accommoder d'une réalisation possible des éléments constitutifs de l'infraction. L'auteur doit également savoir ou présumer que la valeur patrimoniale provenait d'un crime. A cet égard, il suffit qu'il ait connaissance de circonstances faisant naître le soupçon pressant de faits constituant légalement un crime et qu'il s'accommode de l'éventualité que ces faits se soient produits<sup>14</sup>.

L'encaissement des honoraires peut constituer, selon la doctrine<sup>15</sup>, un acte de blanchiment lorsque le client qui les paie est suspecté de la commission d'un crime dont le

produit pourrait servir à effectuer ce paiement. Cette problématique qualifiée de critique<sup>16</sup> suscite des avis contrastés. D'aucuns<sup>17</sup> sont d'avis que le simple encaissement d'honoraires, même d'un montant justifié, pourrait constituer un acte de blanchiment, pour autant que l'élément subjectif soit réalisé. D'autres auteurs<sup>18</sup> sont plus réticents à l'idée de criminaliser le comportement de l'avocat qui encaisse pour ses besoins de tels honoraires. Il ne s'agirait alors ni d'un acte de dissimulation ni d'une entrave à la confiscation.

6 Il paraît à cet égard douteux (pour ne pas dire abusif) de pouvoir émettre es qualité de mandataire professionnel, nécessairement au fait des subtilités du système financier, une quelconque prétention à l'endroit d'un client qui aurait payé d'entente avec l'avocat sa facture en Bitcoins, par exemple en cas de perte de valeur importante entre le moment où la facture est établie et le moment où elle doit être payée, respectivement celui du paiement effectif: la facture est datée du 1<sup>er</sup> mars et elle est payable à 30 jours; manque de chance, le 29<sup>e</sup> jour le cours du Bitcoin perd 25% et le jour du paiement, soit le 31<sup>e</sup> jour, le cours perd encore 10%...; l'avocat pourra en effet être en mesure, comme lorsqu'il est payé dans une monnaie étrangère, d'attendre un cours plus favorable.

7 Respectivement à la perte totale de ses Bitcoins, si l'on se réfère au récent dépôt de bilan de la plate-forme d'échange de monnaie virtuelle MtGox, victime de vols portant sur une somme de 350 millions d'euros: <http://www.bilan.ch/economie/laplate-forme-bitcoin-en-faillite-ouvre-une-ligne-telephonique>.

8 <http://www.numerama.com/magazine/25868-un-avocat-propose-d-etre-payee-en-bitcoins.html>.

9 LAURENT MOREILLON, L'avocat et l'argent du crime, Allez savoir! n° 26, juin 2003: [http://www2.unil.ch/unicom/allez\\_savoir/as26/AS26\\_PDF/4\\_avocat\\_argent.pdf](http://www2.unil.ch/unicom/allez_savoir/as26/AS26_PDF/4_avocat_argent.pdf).

10 JEAN-JACQUES MICHALLON, Faut-il payer des impôts sur les gains en Bitcoins?: <http://www.avocat-fiscaliste-paris.j2m-online.fr/blog-j2m-avocats-fiscalistes/>; la Direction Générale des Impôts Américains (IRS) n'a pas encore émis d'avis définitif y relativement, s'interrogeant pour l'heure sur la nature du Bitcoin, une marchandise ou une monnaie: «*The heart of the issue is whether the IRS will view bitcoins as a currency or a commodity.*»: [http://www.slate.com/blogs/moneybox/2014/01/27/bitcoin\\_taxation\\_irs\\_isn\\_t\\_sure.html](http://www.slate.com/blogs/moneybox/2014/01/27/bitcoin_taxation_irs_isn_t_sure.html).

11 Suite à l'affaire MtGox, la nouvelle présidente de la Fed, JANET YELLEN, interpellée par un sénateur, a rappelé l'impuissance de son institution en ces termes: «*Cette innovation a entièrement lieu en dehors du système bancaire. La Fed n'a tout simplement pas l'autorité pour la superviser ou la réguler.*» Le Congrès a donc été invité à se saisir du dossier avec ce bémol d'importance: «*il sera difficile de réguler le Bitcoin en raison de sa structure décentralisée*»: [http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/03/01/apres-la-faillite-de-mtgox-la-pression-monte-pour-reglementer-le-bitcoin\\_4375967\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/03/01/apres-la-faillite-de-mtgox-la-pression-monte-pour-reglementer-le-bitcoin_4375967_3234.html).

12 Cf. à cet égard: BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre législatif et les principes essentiels, Bâle 2013, p. 197 ss; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N. 3527, p. 1383; CR LLCA-PASCAL MAURER/JEAN-PIERRE GROSS, art. 13 LLCA, N. 160 ss.

13 Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 18. 11. 2013 (6B\_879 2013) considérant 2.1.

14 ATF 122 IV 211 consid. 2e.

15 BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre législatif et les principes essentiels, Bâle 2013, p. 203 et les références citées.

16 Car susceptible de mettre en cause la faculté de défendre de manière onéreuse son mandant.

17 MARLENE KISTLER, La vigilance requise en matière d'opérations financières, thèse, Zurich 1994, 150-151.

18 BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre législatif et les principes essentiels, Bâle 2013, p. 203 et les références citées.

Le Bitcoin est, intrinsèquement, de par son caractère anonyme un vecteur privilégié pour les activités criminelles en tous genres, qu'il s'agisse de financement du terrorisme, de trafic de drogue ou encore de blanchiment d'argent<sup>19</sup>. A Davos, le Secrétaire du Trésor américain s'inquiétait que la monnaie virtuelle ne devienne une «*voie royale pour le financement d'activités illégales ou de toute activité ayant un dessein malveillant à l'instar du terrorisme*<sup>20</sup>». L'absence de compensation entre organismes bancaires suscite l'intérêt de tous les acteurs de la criminalité internationale. Si les défenseurs du Bitcoin ont parfaitement compris les enjeux et proclament que «*le Bitcoin n'est pas un voile magique pour des transactions illicites*<sup>21</sup>», les solutions proposées pour juguler les risques représentés ne sont objectivement pas satisfaisantes dès lors qu'elles s'inscrivent dans une démarche *a contrario* de la nature même de cette monnaie électronique.

Ad memoriam, une autre monnaie numérique, le Liberty Reserve (LR), avait été l'outil du plus gros blanchiment d'argent mis à jour aux Etats-Unis. Il s'était agi d'une somme de 6 milliards de dollars<sup>22</sup>.

Dans ces circonstances, l'avocat enclin à accepter une rémunération en Bitcoin devra faire preuve d'une prudence de Sioux. Obtenir de son mandant une déclaration selon laquelle les Bitcoins reçus n'ont pas d'origine criminelle ne le soustraira à l'évidence pas à une éventuelle poursuite pénale fondée sur l'article 305<sup>bis</sup> du Code pénal, ce d'autant que le risque de blanchiment désormais matérialisé dans différentes procédures, sur le plan international, doit être considéré comme de notoriété publique. Tant qu'aucun statut légal n'aura été précisément défini en Suisse s'agissant du Bitcoin, il est douteux qu'un mandataire professionnel puisse exciper de l'avis de la doctrine majoritaire pour accepter un tel mode de paiement. Même si la doctrine est d'avis que le reproche ne peut être formulé à l'encontre d'un avocat qui perçoit un simple versement sur un compte personnel ordinaire au lieu du domicile servant aux paiements courants<sup>23</sup>, il n'en demeure pas moins qu'avec le Bitcoin la situation diffère notablement. Toutes proportions conservées on pourrait évoquer l'hypothèse d'une monnaie traditionnelle ayant fait l'objet de l'impression de faux billets en nombre et pour laquelle une banque ou un avocat n'opérerait pas de vérification spécifique. Sauf à dire qu'en plus, ici, la vérification est rendue impossible par la nature même du Bitcoin, d'où un risque exponentiel de participer à un acte illicite. Lorsque le Conseil fédéral aura déterminé, suite aux interventions parlementaires, si des mesures doivent être prises, la situation sera plus favorable à une analyse de détail pour laquelle nombre des facteurs font encore défaut. En l'état donc, il est absolument déconseillé d'accepter de tels paiements. Les expériences récentes ont démontré que les autorités pénales étrangères n'hésitent nullement à procéder à l'arrestation d'avocats ayant participé à un acte criminel. Aux Etats-Unis, la compétence en cette matière affère notamment au Secret Service, lequel dispose de pouvoirs étendus<sup>24</sup>. Finalement, l'avocat qui accepterait de percevoir des honoraires en Bitcoin prendrait éga-

lement le risque de contrevenir à la législation d'un pays étranger et de devoir répondre envers des autorités pour une violation de normes, dont il pourrait ignorer jusqu'à l'existence. Ainsi qu'il a été exposé, plusieurs pays ont tout simplement interdit le Bitcoin.

### C) Les règles déontologiques

Il est également possible de sanctionner disciplinairement le mandataire qui aurait contrevenu à une norme légale. L'article 1 du Code suisse de déontologie stipule comme première exigence que l'avocat exerce sa profession dans le respect de l'ordre juridique. La clause générale de l'article 12 let. a LLCA devrait pouvoir trouver application dans l'hypothèse où un mandataire professionnel est reconnu coupable notamment de violation de l'article 305<sup>bis</sup> du Code pénal. En pratique, l'autorité disciplinaire pourrait cependant considérer que la sanction pénale est suffisante pour empêcher toute réitération d'un tel acte. Demeure donc ouverte la problématique de l'absence de normes, respectivement de l'absence d'avis quant à l'application des normes existantes de référence. S'il est exact que l'avocat ne doit nullement pallier l'absence de réaction du régulateur et/ou du législateur, il apparaît dans un contexte tel que celui-ci que son expérience en matière de flux financiers et de normes doit l'inciter à refuser une rémunération de ce type. Nous ne nous trouvons pas dans une configuration où les normes font totalement défaut. Tout au plus s'agit-il d'une phase préliminaire d'analyse qui devrait se terminer avec la remise d'un rapport que le Conseil fédéral devrait rendre public dans quelques mois. Dans l'intervalle, la méconnaissance des conséquences de l'acceptation du paiement des honoraires en monnaie électronique doit conduire l'avocat à décliner toute offre de rémunération de ce type.

## 5. Conclusion

Pour l'heure, comme chacun l'aura compris, l'équation comporte nombre d'inconnues, de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer précisément la nature et la portée

19 MARGAUX DUQUENNE, Bitcoin: blanchiment et autres fraudes financières à venir: <http://www.linformaticien.com/actualites/id/31853/bitcoin-blanchiment-et-autres-fraudes-financieres-a-venir.aspx>.

20 <http://www.latribune.fr/actualites/economie/international/20140124trib000811668/qui-est-l-invite-surprise-a-davos-le-bitcoin.html>.

21 Cf. Déclaration de PATRICK MURCK, le représentant de la Fondation Bitcoin, au Sénat: <http://www.la-croix.com/Actualite/Economie-Entreprises/Economie/Le-bitcoin-monnaie-virtuelle-ne-veut-plus-etre-l-argent-du-crime-2013-11-19-1062671>.

22 [http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/05/29/le-site-de-paiement-en-ligne-liberty-reserve-accuse-de-blanchiment\\_3419963\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/05/29/le-site-de-paiement-en-ligne-liberty-reserve-accuse-de-blanchiment_3419963_3234.html).

23 BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre législatif et les principes essentiels, Bâle 2013, p. 204, qui cite la SJ 1999 I 193.

24 <http://m.radio-canada.ca/nouvelles/International/2014/02/12/012-bitcoins-floride-argent-blanchiment-secret-service.shtml>.

des règles légales et réglementaires en matière de Bitcoin<sup>25</sup>. Cependant, l'avocat, à l'aune de ses connaissances et de son expérience, doit se projeter quelque peu et tenter de circonscrire les risques que comporte cette monnaie électronique. Dès lors que l'évidence du danger est communément admise, il convient, à tout le moins jusqu'à ce que la FINMA et le Département Fédéral des Finances aient communiqué leur point de vue au Conseil fédéral, de surseoir à l'acceptation de ce mode de paiement, même si la tentation est grande de faire œuvre de précurseur et de bénéficier d'une publicité aussi importante que Me Cohen. La rigueur qui doit prévaloir dans une telle situation est égale à l'importance de la place financière suisse. Les avo-

cats ont trop souvent été l'objet de critiques acerbes, alors que leur tâche relève désormais du funambulisme entre la défense des intérêts de leur mandant et le respect des normes plus précises, exhaustives et contraignantes qui régissent sa profession. Ne cédon pas à la tentation de la facilité.

---

<sup>25</sup> La présente contribution n'a de surcroît mis en exergue que quelques problématiques; on pourrait évoquer la violation d'autres normes pénales (recel, entrave à l'action pénale, etc.) ou civiles (action en responsabilité).

**Stämpfli Verlag AG**  
**Inserat**  
**170 × 178 mm**  
**französisch**