

L'AVOCAT FACE À LA RÉVISION GAFI 2012

NICOLAS BÉGUIN

LL. M., avocat, associé de l'Etude Akikol, Béguin & Richa, à Genève

Mots-clés: avocat, blanchiment, conformité fiscale, GAFI

A partir du 1.1.2016, le dispositif anti-blanchiment suisse sera complété par l'introduction de nouvelles obligations pour les intermédiaires financiers. Cette révision législative impliquera pour les avocats, en particulier ceux exerçant une activité atypique, que ceux-ci augmentent leur vigilance dans toutes leurs relations d'affaires présentant un risque fiscal, sous peine de voir leur responsabilité pénale, voire civile, engagée.

I. Introduction

Le 12.12.2014, les Chambres fédérales ont approuvé la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012 (ci-après: la révision GAFI 2012). Cette loi a pour principal objectif d'assurer la conformité du cadre juridique suisse avec les recommandations du GAFI ainsi que celles du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales concernant les sociétés ayant émis des actions au porteur. Cette révision intervient trois ans après le renforcement des compétences du bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (ci-après: le bureau de communication ou MROS) qui visait déjà à répondre aux exigences découlant des recommandations du GAFI et des principes du Groupe Egmont¹.

La révision GAFI 2012 modifiera partiellement huit lois fédérales (à savoir: CO²; LPCC³; LTI⁴; CC⁵; CP⁶; DPA⁷; LP⁸ et LBA⁹). Les modifications relatives aux trois premiers textes législatifs (i.e. CO; LPCC et LTI) entreront en vigueur le 1.7.2015, alors que les autres seront applicables dès le 1.1.2016. La révision GAFI impliquera également une refonte de l'OBA-FINMA¹⁰ ainsi que des règlements des organismes d'autorégulation (OAR).

Les modifications envisagées par la révision GAFI 2012 s'articulent autour des «sept thèmes» suivants¹¹:

- amélioration de la transparence des personnes morales;
- renforcement des obligations des intermédiaires financiers lors de l'identification des ayants droit économiques de personnes morales;
- extension de la définition des personnes politiquement exposées (PPE) et introduction d'obligations de diligence correspondantes fondées sur les risques;
- introduction d'une infraction préalable au blanchiment pour des cas graves dans la fiscalité directe et élargissement dans la fiscalité indirecte de l'actuelle infraction de contrebande douanière;

- obligation pour les négociants de recourir à un intermédiaire financier ou alternativement de procéder à des devoirs de diligence lors de paiements en espèces concernant certaines opérations de vente immobilières ou mobilières;
- renforcement de l'efficacité du système de communication de soupçons; et
- amélioration de la mise en œuvre de la norme du GAFI relative aux sanctions financières ciblées liées au terrorisme et au financement du terrorisme.

Si ces modifications ne manqueront pas de susciter l'intérêt de l'avocat dans le cadre de son activité de conseil, elles intéresseront tout particulièrement l'avocat qui agit comme intermédiaire financier, notamment en qualité d'organe d'une société de domicile (art. 6 al. 1 let. d

¹ Message du Conseil fédéral du 27.6.2012 relatif à la modification sur le blanchiment d'argent, FF 2012 6449, 6450-6451.

² Code des obligations suisse (RS 220).

³ Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31).

⁴ Loi fédérale sur les titres intermédiaires (RS 957.1).

⁵ Code civil suisse (RS 210).

⁶ Code pénal suisse (RS 311.0).

⁷ Loi fédérale sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

⁸ Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0).

⁹ Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (RS 955.0). Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle LBA en janvier 2016, le titre même de la loi s'en trouvera raccourci puisque la référence au secteur financier disparaîtra pour tenir compte des nouvelles obligations imposées aux négociants de biens mobiliers et immobiliers.

¹⁰ Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (RS 955.033.0); cf. ég. Communiqué de presse de la FINMA du 23.6.2015.

¹¹ Message du 13.12.2013 concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, FF 2014 585 ss (cité: Message révision GAFI 2012), 587.

OIF^{12/13/14}). On rappellera à cet égard que d'autres mandats de l'avocat peuvent également relever de l'intermédiation financière. C'est notamment le cas lorsque l'avocat agit comme exécuteur testamentaire (art. 517 CC) s'il fournit des prestations d'intermédiaire financier extérieures à son mandat, par exemple en participant au partage successoral¹⁵, ou encore lorsqu'il intervient comme agent-séquestre (*escrow agent*) sans avoir mis à disposition son savoir professionnel¹⁶. Par ailleurs, comme nous le verrons ci-après (infra III. 2.), la révision GAFI 2012 n'est pas sans conséquence pour l'avocat qui, dans le cadre de son activité typique, conseille des clients présentant un risque fiscal.

Nous examinerons les nouvelles obligations qui découlent pour l'intermédiaire financier suite à la révision de la LBA (infra II.) et les conséquences pratiques de la modification de l'art. 305^{bis} CP (infra III.). Nous mettrons cette analyse en perspective avec la prochaine réforme du droit pénal fiscal et la possible inscription d'une nouvelle disposition dans la LBA consacrant une obligation de vérification de conformité fiscale (infra IV.).

II. Les nouvelles obligations pour l'intermédiaire financier découlant des modifications de la LBA

Lorsque l'avocat intervient comme intermédiaire financier pour le compte d'un de ses mandants, il tombe en principe¹⁷ à ce titre dans le champ d'application de la LBA (art. 2 al. 3 LBA). Dans ce contexte, l'avocat intermédiaire financier est soumis à plusieurs obligations, outre l'obligation d'affiliation auprès d'un OAR reconnu par la FINMA¹⁸. Ces obligations sont complétées par les règlements des OAR, soit pour la grande majorité des avocats, le règlement édicté par l'organisme d'autoréglementation de la Fédération Suisse des Avocats et de la Fédération Suisse des Notaires (OAR FSA/FSN).

Certaines de ces obligations vont se trouver substantiellement complétées avec l'entrée en vigueur de la révision GAFI 2012¹⁹. Pour l'avocat intermédiaire financier, les modifications affecteront particulièrement l'obligation d'identifier l'ayant droit économique (infra 1.), l'obligation de clarification (infra 2.), ainsi que l'obligation de communication et les obligations liées (infra 3.).

Obligations imposées à l'intermédiaire financier	LBA	OAR FSA/FSN
1. Vérification l'identité du cocontractant lors de l'établissement de la relation d'affaires	Art. 3	Art. 21-29
2. Identification de l'ayant droit économique, notamment lorsque le cocontractant n'est pas l'ayant droit économique ou est une société de domicile	Art. 4	Art. 30-37
3. Renouvellement l'identification du cocontractant/ayant droit économique si des doutes surviennent au cours de la relation	Art. 5	Art. 38
4. Identification l'objet et le but de la relation d'affaires souhaitée	Art. 6 al. 1	—

Obligations imposées à l'intermédiaire financier	LBA	OAR FSA/FSN
5. Clarification de l'arrière-plan économique et le but d'une transaction, notamment si des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime	Art. 6 al. 2	Art. 40-45
6. Documentation des transactions effectuées ainsi que des clarifications requises en vertu de la LBA	Art. 7	Art. 49-52
7. Implémentation de mesures organisationnelles suffisantes	Art. 8	Art. 53-59
8. Résiliation de la relation d'affaires (sous réserve de l'art. 9 al. 1 let. b LBA)	—	Art. 39
9. Communication au bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, notamment en cas de soupçons fondés que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires proviennent d'un crime	Art. 9	Art. 60-61
10. Blocage des valeurs patrimoniales en cas de communication et obligations liées	Art. 10-10a	Art. 62-63
11. Coopération avec le bureau de communication	Art. 11a	—

1. L'obligation d'identifier l'ayant droit économique

À compter du 1.1.2016, l'intermédiaire financier sera tenu d'identifier l'ayant droit économique «avec la diligence requise par les circonstances» (art. 4 al. 1 nLBA). Il devra déterminer de manière généralisée, et non plus seulement en présence des indices visés à l'art. 4 LBA, les personnes qui de manière reconnaissable pour lui, contrôlent effectivement la personne morale²⁰. Si l'ayant droit économique est le cocontractant, l'intermédiaire financier devra le do-

¹² Ordonnance du Conseil fédéral sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF).

¹³ Sur la notion de société de domicile: art. 6 al. 2 OIF; Circulaire FINMA 2011/1 – Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA (cité: Circ.-FINMA 11/1), Cm 105 ss; cf. ég. ATF 135 III 410 c. 3.3.

¹⁴ Selon le premier rapport du Groupe interdépartemental de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (GCBF) de juin 2015, les avocats et notaires en Suisse qui agissent comme intermédiaire financiers sont exposés principalement à un risque de blanchiment liés à des actes de corruption commis à l'étranger, en raison de la présence de personnes politiquement exposées étrangères au sein de leur clientèle (p. 82 ss).

¹⁵ Circ.-FINMA 11/1 (n. 13), Cm 141; FAQ de l'OAR FSA/FSN, Question no 6, 6.

¹⁶ FAQ de l'OAR FSA/FSN, Question no 6, 6; cf. ég. arrêt du Tribunal fédéral du 10. 11. 2014 (TF, 2C_461/2014).

¹⁷ Un tel assujettissement présuppose que les seuils de matérialité prévus à l'art. 7 al. 1 OIF soient atteints. On relèvera qu'en sus de l'instauration de ces exceptions *de minimis*, l'art. 7a LBA dispense l'intermédiaire financier des obligations de diligence mentionnées aux art. 3 à 7 LBA lorsque la relation d'affaire ne porte que sur des valeurs patrimoniales de faible valeur (cette notion étant précisée aux art. 45/51 OBA-FINMA et 23/33 OAR-FSA).

¹⁸ Art. 14 al. 3 et 24 LBA.

¹⁹ Pour une présentation détaillée de ces modifications: MICHAEL KUNZ, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, in: Jusletter du 23. 2. 2015 (cité: KUNZ).

²⁰ Message révision GAFI 2012 (n. 11), 661-662.

cumenter (art. 7 LBA)²¹. L'ayant droit économique devra en toute hypothèse être identifié, comme c'est le cas actuellement, lorsque le cocontractant n'est pas l'ayant droit économique, lorsqu'il y a un doute à ce sujet (art. 4 al. 2 let. a nLBA), lorsque le cocontractant est une société de domicile (art. 4 al. 2 let. b, 1^{ère} variante nLBA) ou en présence d'une opération de caisse d'une somme importante (art. 4 al. 2 let. c nLBA). La nouveauté apportée par la révision GAFI 2012 est que cette obligation d'identification s'appliquera également si le cocontractant est une personne morale exerçant une activité opérationnelle (art. 4 al. 2 let. b, 2^{ème} variante nLBA)²², à l'exclusion toutefois des sociétés cotées et de leurs filiales détenues majoritairement (art. 4 al. 1, 2^{ème} phr. nLBA). L'avocat intermédiaire financier devra alors identifier quelles sont les personnes physiques qui contrôlent ultimement le cocontractant, notamment au travers d'une participation d'au moins 25% du capital ou des voix (art. 2 al. 3, 1^{ère} phr. nLBA). Si les ayants droits économiques ne peuvent être identifiés, l'avocat intermédiaire devra mentionner dans le formulaire A «le membre le plus haut placé de l'organe de direction» sur la base de la fiction créée par l'art. 2 al. 3, 2^{ème} phr. nLBA.

Dans ce contexte, le droit de la SA sera modifié à compter du 1.7.2015, afin d'assurer que la société (i.e. un membre du conseil d'administration ou un directeur domicilié en Suisse, selon l'art. 718 al. 4 nCO), voire un intermédiaire financier à qui cette tâche aurait été déléguée (art. 697k nCO), puissent renseigner l'intermédiaire financier sur l'identité (i) de tous les titulaires d'actions au porteur d'une société non-cotée²³ (art. 697i nCO) et (ii) de tout ayant droit économique d'actions au porteur ou nominatives représentant 25% du capital-actions ou des voix d'une telle société (art. 697j nCO)²⁴.

2. Les obligations de clarification (ou les nouvelles obligations de diligence particulières)

Le nouvel art. 6 LBA, rebaptisé «obligations de diligence particulières», reprend l'actuelle obligation d'identifier l'objet et le but de la relation souhaitée par le cocontractant (art. 6 al. 1, 1^{ère} phr. nLBA) tout en précisant que l'étendue des informations à collecter, le nouveau supérieur hiérarchique compétent pour décider de l'ouverture ou de la poursuite d'une relation d'affaires ainsi que la fréquence des contrôles sont fonction du risque que représente le cocontractant (art. 6 al. 1, 2^{ème} phr. nLBA).

L'art. 6 al. 2 nLBA complète par ailleurs l'obligation pour l'intermédiaire financier de clarifier l'arrière-plan d'une transaction ou d'une relation d'affaire. Cette obligation s'imposera à ce dernier non seulement si une transaction ou une relation d'affaire lui paraît inhabituelle ou s'il existe des indices que les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime, sont à la disposition d'une organisation criminelle ou servent le financement du terrorisme, mais également dans les trois cas suivants:

- des indices laissent supposer que les valeurs patrimoniales proviennent d'un délit fiscal qualifié au sens du nouvel art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP (art. 6 al. 2 let. b nLBA), soit d'un acte procédant d'usage de faux en matière d'impôt

- fédéral direct (art. 186 LIFD) ou de fraude fiscale en matière d'impôts directs cantonaux et communaux (art. 59 al. 1, 1^{er} paragraphe, LHID) ayant permis de soustraire des impôts pour plus de 300 000 francs par période fiscale;
- la transaction d'affaires comporte un risque accru (art. 6 al. 2 let. c nLBA), ce qui sera notamment le cas des relations avec les personnes politiquement exposées étrangères (PPE)²⁵ ainsi que leurs proches au sens de l'art. 2a al. 2 nLBA. Cette obligation de clarification ne s'applique aux PPE suisses²⁶ et aux PPE d'organisations internationales²⁷ (ainsi que leurs proches) qu'en relation avec un ou plusieurs autres critères de risques (art. 6 al. 4 nLBA); et
- les données concernant un cocontractant, un ayant droit économique ou un signataire autorisé d'une relation d'affaires ou d'une transaction concordent ou présentent de grandes similitudes avec celles qui ont été transmises à l'intermédiaire financier par son OAR (art. 6 al. 2 let. d nLBA). Il s'agit en substance des données ressortant des listes étrangères établies sur la base de la résolution du Conseil de Sécurité 1373 (art. 22a al. 1 nLBA), lesquelles étaient déjà en pratique communiquées aux intermédiaires financiers, y compris aux avocats intervenant comme tels²⁸.

²¹ *Ibidem*.

²² Selon la pratique actuelle, les actionnaires de sociétés opérationnelles ne sont pas considérées comme ayants droit économiques au sens de la LBA, ce qui contraste avec l'approche du FATCA (NATACHA A. POLLI, Client, ayant droit économique, bénéficiaire effectif: la CDB peut-elle concilier lutte contre le blanchiment d'argent et conformité fiscale?, in SZW/RSDA 2/2014, 175 ss, 179).

²³ La transparence des sociétés cotées est déjà assurée par les obligations d'annonce prévues par la loi sur les bourses (art. 20 LBVM; RS 954.1).

²⁴ Un régime semblable s'applique lorsque la personne morale est organisée en Sàrl (art. 790a, 814 al. 3 nCO), en société coopérative (art. 837, 898 al. 2 nCO). Les ayants droit économiques d'actions d'entrepreneurs d'une SICAV non cotée (à l'exclusion des ayants droit économiques d'actions d'investisseurs) devront également être annoncés à la SICAV (art. 46a nLPCC).

²⁵ La notion de PPE étrangères est définie à l'art. 2a al. 1 let. a nLBA. Ce concept est importé des actuels art. 12 al. 3 OBA-FINMA et 10 al. 3 OBA CFMJ. Il est déjà connu des normes du règlement OAR FSA/FSN (cf. art. 41 al. 3).

²⁶ La notion de PPE suisses est limitée au niveau national, à l'exclusion du niveau cantonal et communal. Par ailleurs, les PPE suisses ne seront plus considérés comme des PPE après l'écoulement d'une période de 18 mois après la cessation de leur fonction (art. 2a al. 4 nLBA).

²⁷ Il s'agit de personnes qui sont ou ont été chargées de fonctions dirigeantes dans des organisations intergouvernementales ou au sein d'une fédération sportive internationale (art. 2a al. 1 let. c nLBA). Bien que le Conseil fédéral n'entendait pas inclure dans la définition de «PPE d'organisations intergouvernementales» les fédérations sportives telles que la FIFA ou le CIO, le Conseil des Etats a décidé d'intégrer ces organisations. L'alinéa 5 précise dès lors que le CIO et les organisations non gouvernementales reconnues par le CIO qui administrent un ou plusieurs sports olympiques doivent être considérés comme des fédérations sportives internationales.

²⁸ Message révision GAFI 2012 (n. 11), 616-617. Le DFF ne transmettra pas les listes en question à la FINMA et à la Commission fédérale des maisons de jeu si, après consultation du DFAIE, du DFJP, du DDPS et du DEFR, il doit présumer qu'il résulterait d'une telle transmission une violation des droits de l'homme ou des principes de l'Etat de droit (art. 22a al. 4 nLBA).

C'est sans conteste la nouvelle obligation de clarification liée aux indices de la commission d'un délit fiscal qualifié qui revêtira une importance toute particulière pour l'avocat intermédiaire financier.

3. Les obligations de communication et les obligations liées

A) L'obligation de communication

Selon le système en vigueur, l'intermédiaire financier doit informer le MROS, selon les formes requises²⁹, notamment s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ont un rapport avec un acte de blanchiment ou proviennent d'un crime (art. 9 al. 1 let. a ch. 1-2 LBA). En l'absence de tels soupçons, l'intermédiaire financier peut, en s'appuyant sur une probabilité, un doute, voire un sentiment de malaise face à la poursuite de la relation d'affaires, exercer son droit de communication selon l'art. 305^{ter} al. 2 CP^{30/31}, sans courir le risque qu'une violation du secret professionnel ou une violation de son mandat ne puisse lui être reproché (art. 11 al. 2 LBA).

Cette obligation sera complétée par un nouvel art. 9 al. 1 let. a ch. 2 et let. c qui étendra les obligations d'annonce de l'intermédiaire financier lorsque celui-ci sait ou présume (i) sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires proviennent d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP; ou (ii), sur la base de clarifications effectuées conformément à l'art. 6 al. 2 let. d nLBA, que le cocontractant, l'ayant droit économique ou le signataire autorisé d'une relation d'affaires figure sur une liste communiquée par son OAR.

Selon la révision GAFI 2012, une communication au MROS ne conduira à un blocage automatique et immédiat des valeurs patrimoniales que si le cocontractant, l'ayant droit économique ou le signataire autorisé de la relation d'affaire concernée figure sur une liste de terroristes communiquée par son organisme d'autorégulation (art. 10 al. 1^{bis} nLBA)³². Dans tous les autres cas, y compris lorsque la communication est effectuée sur la base de l'art. 305^{ter} al. 2 CP, l'intermédiaire financier ne devra s'abstenir de tout acte de disposition des valeurs patrimoniales qui lui ont été confiées dans le cadre de sa relation d'affaires que si le MROS lui notifie avoir transmis l'information à une autorité de poursuite pénale (art. 10 al. 1 nLBA). Le MROS disposera dans ce contexte d'un délai de 20 jours ouvrables pour informer l'intermédiaire financier s'il transmet ou non les informations communiquées à une autorité de poursuite pénale (art. 23 al. 5 nLBA)³³. En cas de notification d'une transmission à l'autorité de poursuite pénale, l'intermédiaire financier devra s'abstenir de tout acte de disposition des valeurs patrimoniales jusqu'à la réception d'une décision de l'autorité de poursuite pénale compétente, mais au plus tard cinq jours ouvrables à compter de la notification du MROS selon laquelle l'information a été communiquée à l'autorité de poursuite pénale (art. 10 al. 2 nLBA).

B) L'interdiction d'informer

En cas de communication au MROS (effectuée sur la base de l'art. 9 LBA ou de l'art. 305^{ter} al. 2 CP), l'avocat intermédiaire devra s'abstenir d'en informer les personnes concernées ou tout tiers, et ce, sans limite temporelle (art. 10a al. 1 nLBA; *no tipping-off rule*). L'interdiction d'informer s'appliquera également dans les situations où l'avocat (i) apprend d'un autre intermédiaire financier que ce dernier a effectué une communication au MROS (art. 10a al. 3 let. a et 4 LBA) ou (ii) reçoit une demande d'information du MROS (art. 11a al. 4 LBA). L'intermédiaire financier aura néanmoins toujours la possibilité d'informer l'OAR auquel il est affilié ou un autre intermédiaire financier (art. 10a al. 1, 2^{ème} phr. nLBA; art. 11 al. 3 LBA).

Cette interdiction d'informer pourra être exceptionnellement levée si une telle communication est nécessaire pour sauvegarder les intérêts de l'intermédiaire dans le cadre d'une procédure civile, pénale ou administrative (art. 10a al. 6 nLBA). Le MROS précise dans son dernier rapport annuel que cette exception ne s'appliquerait que si une procédure devait être en cours. L'intermédiaire financier serait ainsi, selon cette interprétation restrictive du MROS, dans l'impossibilité de s'entretenir avec son mandant, afin d'éviter une procédure civile, pénale ou administrative³⁴.

C) L'obligation d'exécuter les ordres du client

La révision GAFI 2012 ne se limite pas à supprimer le blocage automatique des valeurs patrimoniales suspectes. Si la communication a été effectuée sur la base de soupçons fondés que les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, elle oblige de surcroît l'intermédiaire financier à exécuter les ordres de son client pendant l'analyse du MROS (art. 9a al. 1 nLBA). Dans une telle situation, l'intermédiaire financier devra s'assurer de la traçabilité (*paper-trail*) des transactions effectuées sur cette base³⁵.

A ce égard, on relèvera que l'exécution d'ordres après communication remplit sur le plan formel les éléments constitutifs objectifs et subjectifs du blanchiment d'argent

29 Cf. art. 3 de l'Ordonnance du Conseil fédéral sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (OBCBA; RS 955.23) et les formulaires de communication disponibles sur le site Internet du MROS.

30 16^{ème} Rapport annuel du MROS (mai 2014), 11; cf. ég. art. 29 OBA-FINMA.

31 Pour un énoncé des différences entre l'obligation et le droit de communiquer: CARLO LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, 2^{ème} édition, Schulthess Médias Juridiques SA, Genève – Zurich – Bâle, 2013, 138.

32 Dans cette hypothèse, le blocage doit être maintenu jusqu'à la réception d'une décision de l'autorité de poursuite pénale compétente, mais pendant cinq jours ouvrables au plus à compter du moment où il a informé le MROS. Le mécanisme ne diffère à cet égard pas du système actuel.

33 Ce délai de vingt jours ne s'applique cependant pas si la communication a été effectuée sur la base de l'art. 305^{ter} al. 2 CP (art. 23 al. 6 nLBA). Cf. ég. 17^{ème} rapport annuel du MROS (avril 2015), 54.

34 17^{ème} rapport annuel du MROS (avril 2015), 55.

35 17^{ème} rapport annuel du MROS (avril 2015), 54.

(art. 305^{bis} nCP). Une telle exécution doit toutefois être considérée à notre avis comme un acte autorisé au sens de l'art. 14 CP. Selon le MROS, l'intermédiaire financier qui exécute les ordres de son client pendant le délai d'analyse ne viole pas l'art. 305^{bis} CP. Cet avis serait également partagé par le Ministère public de la Confédération³⁶. On peut toutefois regretter que l'art. 11 LBA n'ait pas été modifié dans la foulée afin de compléter la liste des actes pour lesquels la responsabilité pénale et civile des intermédiaires financiers est exclue³⁷.

III. L'introduction de certaines infractions fiscales comme infractions préalables au blanchiment d'argent

L'art. 305^{bis} nCP constitue la pierre angulaire de la révision GAFI 2012. La modification de cette disposition permet de considérer deux délits en matière d'impôts directs, à savoir les délits fiscaux qualifiés que sont l'usage de faux (art. 186 LIFD) et la fraude fiscale (art. 59 LHID), comme des infractions préalables au blanchiment, pour autant que celles-ci aient permis de soustraire des impôts de plus de 300 000 francs par période fiscale. En matière d'impôts indirects, l'art. 14 al. 4 DPA a également été modifié afin d'étendre l'escroquerie fiscale qualifiée à tous les impôts et redevances prélevés par la Confédération. Par effet de l'art. 305^{bis} al. 3 CP, l'usage de faux, la fraude fiscale et l'escroquerie fiscale qualifiée (ci-après: les infractions fiscales qualifiées) commis à l'étranger peuvent ainsi constituer des infractions préalables au blanchiment, à la condition toutefois que ces infractions soient également punissables au lieu de commission (principe de double incrimination) et que l'impôt soustrait dans la période fiscale dépasse l'équivalent en monnaie étrangère de 300 000 francs³⁸.

S'agissant plus particulièrement des impôts directs, tous les éléments imposables en Suisse au titre de la LIFD et la LHID ainsi que ceux qui sont soumis à des impôts étrangers équivalents sont concernés. Il s'agit en particulier (i) des impôts sur le revenu et la fortune des personnes physiques, (ii) des impôts sur le bénéfice et le capital des personnes morales et (iii) des impôts sur les gains immobiliers³⁹. Ne sont en revanche pas visés les éléments de revenu ou de fortune soumis aux impôts sur les successions et donations⁴⁰. Une infraction commise en relation avec un impôt sur les successions ou les donations dû dans une juridiction étrangère ne pourrait par conséquent pas constituer un acte préalable au blanchiment, quand bien même le montant soustrait dépasserait l'équivalent en monnaie étrangère de 300 000 francs. En revanche, une «simple» soustraction d'impôt au sens des art. 56 LHID et 175 LIFD commise à l'étranger pourrait constituer un délit fiscal qualifié dans la mesure où il aurait été fait usage d'un titre faux^{41/42}. Si cette soustraction d'impôt est réalisée sans qu'un faux soit utilisé, notamment par la «simple» interposition de sociétés *offshores* ou d'autres véhicules de détention patrimoniale (en particulier des trusts, fondations ou *Anstalten*), les conditions du délit fiscal qualifié ne seraient cependant pas réalisées^{43/44}.

1. Conséquences pour l'avocat intermédiaire financier

A) Obligation de clarification et de communication découlant de la LBA

L'avocat intermédiaire financier, qui est déjà exposé aux risques fiscaux transfrontières, doit ainsi évaluer d'ici au 1.1.2016 si les structures pour lesquelles il agit en tant qu'organe sont susceptibles de s'inscrire dans le cadre de la commission d'une infraction fiscale qualifiée⁴⁵.

Cet examen sera particulièrement épineux si les clients concernés sont soumis à une législation fiscale étrangère, ce que reconnaît le Conseil fédéral⁴⁶. Si au terme de ce processus l'avocat intermédiaire financier devait considérer qu'il existe un soupçon fondé que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaire proviennent d'une infraction fiscale qualifiée, il devra mettre un terme à son mandat avant le 1.1.2016, au risque d'être contraint de devoir procéder à une communication au MROS. Un défaut de communication exposerait à cet égard l'avocat intermédiaire financier aux sanctions prévues par l'art. 37 LBA, voire au risque d'être poursuivi pour blanchiment par omission (*infra* B).

B) Risque pénal

L'intermédiaire financier qui, à compter du 1.1.2016, inciterait ou prêterait assistance de toute autre manière à ses clients en vue de dissimuler des actifs procédant d'une infraction fiscale qualifiée commise en Suisse ou à l'étranger

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Dans ce sens: KUNZ, (n. 18), 21.

³⁸ Message révision GAFI 2012 (n. 11), 649.

³⁹ Deux auteurs soutiennent qu'une infraction à un impôt étranger similaire aux impôts de la LIFD et de la LHID (mais qui n'existe pas dans une forme identique) peuvent constituer un délit fiscal qualifié (CHRISTOPH SUTER/CÉDRIC REMUND, Les infractions fiscales, blanchiment et intermédiaires financiers in GesKR 1/2015, 54 ss, 66; cité: SUTER/REMUND). Cette approche extensive nous paraît contraire au principe de prévisibilité du droit.

⁴⁰ Message révision GAFI 2012 (n. 11), 650; Rapport explicatif du 27. 2. 2013 du SFI intitulé Mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisée en 2012 (cité: Rapport explicatif révision GAFI 2012).

⁴¹ Au vu du texte légal clair, cette dernière condition (l'usage d'un titre faux) doit prévaloir malgré la mention malheureuse contenue dans le Message révision GAFI 2012 (n. 11), 650.

⁴² Sur l'usage de faux, voir la Circulaire no 21 du 7. 4. 1995 de l'Administration fiscale des contributions (38 ss).

⁴³ SUTER/REMUND (n. 38), 69. On rappellera à cet égard que le Tribunal administratif fédéral (TAF) n'a retenu une utilisation abusive de structures offshore que dans le contexte particulier du *Qualified Intermediary Agreement* (cf. arrêt du TAF du 5. 3. 2009 dans les causes no A-7342/2008 et A-7426/2008, c. 4.5.).

⁴⁴ L'interposition d'une société offshore peut toutefois réaliser l'état de fait de l'art. 186 LIFD dans certains cas particuliers, notamment si une société de capitaux ou de personnes a comptabilisé une partie de ses recettes dans les états financiers d'une société offshore, dès lors que ces recettes auraient dû être enregistrées dans le compte de la société opérationnelle (RENÉ MATTEOTTI, GABRIEL BOURQUIN, SELINA MANY, Steuerrisiken mit Offshore-Strukturen für Banken und ihre Mitarbeiter, in Archives de droit fiscal suisse 82 [2014], 669 ss, 676).

⁴⁵ Pour un exposé des risques à prendre en considération: SUTER/REMUND (n. 38), 72-74.

⁴⁶ Message révision GAFI 2012 (n. 11), 649.

pourra réaliser les éléments constitutifs de la nouvelle infraction de blanchiment de fraude fiscale.

Si le nouvel article 305^{bis} CP n'est applicable qu'aux faits survenus après le 1.1.2016⁴⁷, le maintien d'une relation présentant un important risque d'infraction fiscale qualifiée sera susceptible d'engager la responsabilité pénale de l'intermédiaire financier à compter de cette date. En cas de défaut de communication au sens de l'art. 9 LBA, l'intermédiaire financier s'exposerait en particulier à une poursuite pénale du chef de blanchiment par omission (art. 11 al. 1 CP) en raison de la position de garant que lui prête le Tribunal fédéral⁴⁸. La révision GAFI 2012 déploie ainsi dans une certaine mesure un effet rétroactif⁴⁹.

Enfin, si l'acte de blanchiment se rapporte à une infraction fiscale qualifiée commise à l'étranger, l'intermédiaire financier pourrait s'exposer à des mesures d'entraide ou d'extradition (avec la réserve applicable aux ressortissants suisses⁵⁰) prononcées à son encontre sur la base, notamment, de l'art. 3 al. 3 EIMP⁵¹.

C) Risque civil

Si les éléments constitutifs du blanchiment sont réalisés, l'avocat intermédiaire financier pourrait voir sa responsabilité civile délictuelle engagée (art. 41 CO)⁵². L'administration fiscale, suisse ou étrangère, pourrait ainsi tenter d'obtenir sur cette base la réparation d'un éventuel dommage subi, correspondant à un éventuel montant soustrait qui ne pourrait par hypothèse pas être récupéré auprès du contribuable concerné. L'avocat à qui un acte de blanchiment pourrait être reproché ne pourrait pas dans ce contexte opposer à l'autorité fiscale demanderesse le fait qu'il n'est pas l'auteur de l'infraction fiscale qualifiée.

2. Conséquences pour l'avocat exerçant une activité typique

A) Absence d'obligations selon la LBA

L'avocat qui exerce une activité typique, i.e. représente un client en justice, rédige un acte juridique ou donne un conseil juridique, n'est pas soumis aux obligations découlant de la LBA⁵³, ce que tente de préciser maladroitement l'art. 9 al. 2 LBA⁵⁴. Il convient toutefois de garder à l'esprit que certaines activités typiques peuvent, dans certains cas exceptionnels, tomber dans la définition d'intermédiation financière⁵⁵. Par ailleurs, le droit européen définissant de manière plus étendue les activités d'avocat soumises aux règles en matière de lutte contre le blanchiment⁵⁶, on ne peut exclure que le législateur soit un jour contraint d'étendre le dispositif anti-blanchiment à certaines activités typiques de l'avocat, notamment l'activité de conseil dans le cadre de transactions immobilières ou commerciales.

B) Risque pénal

Même s'il n'est pas assujéti à la LBA, un avocat exerçant une activité typique peut se rendre coupable de blanchiment⁵⁷. Ce pourra être le cas si un avocat contribue sciemment à la création d'un faux litige en vue d'obtenir une décision judiciaire justifiant un transfert de fonds consécutif⁵⁸ ou s'il encaisse une provision dépassant de manière exor-

bitante le montant des honoraires estimés et restitue cette dernière par la suite au client⁵⁹. En revanche, l'encaissement d'honoraires dont l'avocat sait ou a des raisons de savoir qu'ils proviennent d'une infraction fiscale qualifiée ne devrait pas, selon la doctrine majoritaire, constituer un acte de blanchiment⁶⁰. Cette dernière approche s'impose à notre avis dès lors que le montant est encaissé en vue de rémunérer l'activité de l'avocat et n'a pas pour objet d'entraîner l'accès de l'Etat à des valeurs patrimoniales d'origine criminelle. En cas de blanchiment du produit d'une infraction fiscale qualifiée dont l'avocat ne serait par hypothèse pas l'auteur, l'avocat s'expose toutefois potentiellement à une confiscation de ses honoraires, notamment sur la base de l'art. 70 CP⁶¹.

IV. Les prochaines réformes envisagées

La révision GAFI 2012 ne constitue qu'une étape de la révision du dispositif anti-blanchiment suisse. Deux autres projets de réforme sont attendus, à savoir la révision du droit pénal fiscal (infra 1.) ainsi qu'une nouvelle modifica-

47 Message révision GAFI 2012 (n. 11), 650.

48 ATF 136 IV 188, c. 6.2.2.

49 GIOVANNI MOLO, SAMUELE VORPE, DANIELE GALLIANO, Avant-projets GAFI et révision LBA: nouvelles infractions de droit pénal fiscal et implications pour les intermédiaires financiers, in ASA 82 Nr. 1/2, 2013/2014, note 46.

50 Art. 25 al. 1 Constitution fédérale de la Confédération suisse (RS 101).

51 Loi fédérale sur l'entraide pénale internationale (RS 351.1). Message révision GAFI 2012 (n. 11), 605; cf. ég. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.60/61 du 27.8.2009, c. 5.6.

52 Pour une discussion de cette problématique: NICOLAS BÉGUIN, OLIVIER UNTERNAEHRER, La responsabilité civile du banquier en cas de blanchiment d'argent – questions d'illicéité, in Jusletter 20.7.2009.

53 ATF 130 II 193, c. 5.1; ATF 135 III 410, c. 3.3.

54 Dans ce sens: BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Schulthess Médias Juridiques SA, Genève – Zurich – Bâle, 2013, (cité: CHAPPUIS), 224–225.

55 Cf. supra I.

56 Cf. Art. 2 § 1 ch. 3 de la Directive 2005/60/CE du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme. Sur ce sujet: BENOÎT CHAPPUIS, Le secret de l'avocat face aux exigences de la lutte contre le blanchiment d'argent: l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme in Forum Poenale, 2013, vol. Jg. 6, no 2, 118 ss.

57 FAQ de l'OAR FSA/FSN, Question no 9.8.

58 CHAPPUIS (n. 53), 203, 204.

59 JACQUES ANTENEN, YVES BURNAND, LAURENT MOREILLON, JEAN TRECCANI, La rémunération du défenseur pénal par le produit de l'infraction, in RPS 2001, 71 ss (cité: JACQUES ANTENEN, YVES BURNAND, LAURENT MOREILLON, JEAN TRECCANI), 88.

60 CHAPPUIS (n. 53), 203, 204; JACQUES ANTENEN, YVES BURNAND, LAURENT MOREILLON, JEAN TRECCANI, 88 et la référence citée. *Contra*: MARLÈNE KISTLER, La vigilance requise en matière d'opérations financières, thèse Lausanne 1994, 150–151.

61 Sur la problématique de la confiscation des honoraires: ANGELO SOLE, Confiscation du produit de l'infraction et honoraires d'avocat, in Anwalts Revue de l'Avocat 4/2012, 181 ss; JACQUES ANTENEN, YVES BURNAND, LAURENT MOREILLON, JEAN TRECCANI (n. 58), 71 ss; CHAPPUIS (n. 53), 203, 204; BENOÎT CHAPPUIS, DANIEL TUNIK, Honoraires d'avocat et blanchiment d'argent, in Anwalts Revue de l'Avocat 3/2009, 115 ss, 118.

tion ciblée de la LBA en vue de l'introduction d'obligations de diligence étendues pour empêcher l'acceptation de valeurs patrimoniales non fiscalisées (infra 2.).

1. Révision du droit pénal fiscal

La révision du droit pénal fiscal, qui a été séparée de la révision GAFI 2012 au vu des résultats de la procédure de consultation ouverte en mai 2013⁶², devrait faire l'objet d'un message de la part du Conseil fédéral, préparé par le Département fédéral des finances (DFF), d'ici la fin 2015⁶³. La soustraction d'impôt devrait dans ce contexte être considérée comme l'infraction de base, et l'escroquerie fiscale comme une forme qualifiée de la soustraction d'impôt⁶⁴. Les éléments constitutifs des infractions visées aux art. 186 LIFD et 59 LHID, actuellement basés exclusivement sur l'*Urkundemodell*, devraient être adaptés en conséquence à ceux qui concernent les impôts indirects. Par conséquent, un délit fiscal, y compris une simple soustraction d'impôt, pourra être réalisé si ce dernier est commis astucieusement (*Arglistmodell*) sans que l'usage d'un titre de faux soit nécessaire.

Concrètement, cela signifie que n'importe quel délit fiscal commis astucieusement pourrait constituer un délit fiscal qualifié si l'impôt soustrait excède 300 000 francs par période fiscale. Si, à suivre l'avis de certains auteurs⁶⁵ et du Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI)⁶⁶, l'interposition de structures offshore devait être suffisante pour réaliser un comportement astucieux, une telle appréciation pourrait être lourde de conséquences pour les avocats qui administrent de telles structures. Les obligations de ces derniers au regard de la LBA et la responsabilité pénale (supra III. 1. B), voire civile (supra III. 1 C), qu'ils pourraient potentiellement encourir s'en trouveraient notablement étendues.

2. Révision de la LBA

Le 5.6.2015, le Conseil fédéral a proposé d'étendre les obligations de diligence des intermédiaires financiers afin d'empêcher l'acceptation de valeurs patrimoniales non fiscalisées. Cette modification constitue le troisième pilier de la *Weissgeldstrategie* présenté par le Conseil fédéral en 2012⁶⁷. Elle est par ailleurs étroitement liée au message sur l'approbation de l'accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements (EAR) relatifs aux comptes financiers et sa mise en œuvre, soumis le même jour par le Conseil fédéral au Parlement.

Les nouvelles obligations de diligence envisagées à l'art. 6a LBA visent avant tout à empêcher l'afflux de valeurs patrimoniales non fiscalisées en Suisse. Le Conseil fédéral entend ainsi que les intermédiaires financiers deviennent les gardiens de la réputation de la place financière suisse⁶⁸. On rappellera que la FINMA avait déjà amorcé un virage dans ce sens, en exigeant que les intermédiaires soumis à une surveillance prudentielle maîtrisent mieux le risque fiscal dans le cadre de leurs activités transfrontières⁶⁹.

Cette modification importe, dans une certaine mesure, l'obligation de vérification de conformité fiscale envi-

sagée à l'art. 11 du projet de loi sur les établissements financiers (AP-LEFin) dont les résultats de la procédure de consultation sont à présent connus^{70/71}. Elle s'en distancie cependant par le fait qu'elle ne s'appliquerait qu'au patrimoine de clients dont la résidence fiscale est à l'étranger, et non au patrimoine de personnes résidant en Suisse. Les nouvelles obligations concerneront plus particulièrement les clients résidant dans des pays qui n'appliqueront pas les futurs accords en matière d'EAR, cette catégorie de clients incluant également les clients des Etats-Unis entrant dans le champ d'application de l'accord du 14.2.2013 entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA)⁷².

Tout comme les obligations de diligence existantes, les nouvelles obligations qui sont envisagées se basent sur le risque inhérent à chaque client (art. 6a al. 1 P-LBA)⁷³. Les relations d'affaires impliquant de faibles valeurs ne seraient toutefois pas concernées. En cas d'indices de risques élevés, notamment en cas de création de sociétés de domicile visant à dissimuler l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales⁷⁴, l'intermédiaire financier devrait effectuer des clarifications supplémentaires dont l'étendue dépendra du risque de non-conformité fiscale (art. 6a al. 2 P-LBA). L'intermédiaire financier ne serait

⁶² Message révision GAFI 2012 (n. 11), 623.

⁶³ Feuille d'information du DFF «Révision du droit pénal fiscal suisse», juillet 2014.

⁶⁴ Document de base du Conseil fédéral du 2.7.2014 – Droit pénal en matière fiscale: infractions, procédures et compétences.

⁶⁵ DANIEL HOLENSTEIN, Umsetzung der revidierten Empfehlungen der FATF/GAFI: Qualifizierter Steuerbetrug soll Geldwäsche-reivortat werden in StR 68/2013, 252 ss, 257; SUTER/REMUND (n. 38), 76.

⁶⁶ Rapport explicatif révision GAFI 2012 (n. 39), 61.

⁶⁷ Rapport du Conseil fédéral, concernant la politique de la Confédération en matière de marchés financiers daté du 19.12.2012, 35 ss.

⁶⁸ Message du Conseil fédéral du 5.6.2015 relatif à la loi sur le blanchiment d'argent, (cité: Message LBA 2015), 10.

⁶⁹ Position de la FINMA du 22.10.2010 à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières; cf. é.g. FAQ de la FINMA du 19.6.2012 – Risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières, ad A.1.

⁷⁰ Rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la consultation relative à la loi sur les services financiers (LSFin) et à la loi sur les établissements financiers (LEFin), daté du 13.3.2015.

⁷¹ L'importation de l'art. 11 AP-LEFin dans la LBA a pour effet que le cercle des personnes concernées par les nouvelles obligations de diligence ne serait plus limité aux intermédiaires financiers soumis à une surveillance prudentielle (art. 2 al. 1 AP-LEFin), mais s'entendrait à tous les intermédiaires visés par l'art. 2 al. 2 et 3 LBA ainsi qu'aux négociants au sens de l'art. 2 al. 1 let. b nLBA (Nicolas BÉGUIN, Conformité fiscale: vers un Swiss finish, <http://www.cdbf.ch/932/>, 22 juin 2015). Les avocats intermédiaires financiers seraient dès lors également concernés par l'obligation de vérification de conformité aux règles de la fiscalité.

⁷² Message relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent (Obligations de diligence étendues pour empêcher l'acceptation de valeurs patrimoniales non fiscalisées), du 5.6.2015 (cité: Message LB 2015), 11.

⁷³ Message LBA 2015 (n. 70), 10.

⁷⁴ *Ibidem*.

toutefois en principe pas tenu de vérifier plus en détail la conformité aux règles de la fiscalité si le client présente (i) une copie authentifiée de sa déclaration d'impôts, (ii) une attestation des autorités fiscales crédibilisant la conformité aux règles de la conformité, (iii) une autodéclaration (pouvant potentiellement être un titre au sens de l'art. 251 ch. 1 CP)⁷⁵, ou (iv) une déclaration de renonciation (*waiver*) autorisant son intermédiaire financier à communiquer ses données aux autorités fiscales et renonce dans ce contexte à tout recours dans le cadre d'une éventuelle procédure d'assistance administrative en matière fiscale ouverte contre lui (l'autorisation visée par l'art. 271 CP en cas de communication directe aux autorités étrangères étant toutefois réservée)⁷⁶.

Si la vérification conduit à une présomption de non-conformité, le client devrait alors prouver à l'intermédiaire financier, dans un délai raisonnable, que les valeurs patrimoniales sont correctement imposées ou qu'il a régularisé sa situation fiscale. Si le client ne devait pas pouvoir apporter cette preuve dans le délai imparti, l'intermédiaire financier devrait résilier la relation d'affaires à moins que son client ne puisse prouver qu'une régularisation de sa situation entraînerait un préjudice déraisonnable par manque de garanties de l'Etat de droit (art. 6a al. 4 P-LBA)⁷⁷. En cas de soupçon d'infraction fiscale qualifiée, l'intermédiaire financier serait enfin toujours tenu de procéder à une communication au sens de l'art. 9 LBA et de respecter toutes les obligations liées (art. 6a al. 5 P-LBA).

Si ce projet présenté au Parlement devait aboutir, ce qui n'est pas certain eu égard aux critiques relatives à l'art. 11 AP-LEFin émises par les milieux économiques et les partis bourgeois lors de la procédure de consultation concernant les projets LSFin et LEFin⁷⁸, l'intermédiaire financier deviendrait ainsi le garant de la probité fiscale de son client. Compte tenu du fait qu'aucun Etat européen ni les grandes places financières ne connaissent une telle obligation de conformité fiscale, ce que reconnaît le Conseil fédéral⁷⁹, on peut s'interroger sur l'opportunité d'introduire un tel *Swiss Finish*, à tout le moins sans attendre les effets des futurs accords en matière d'EAR.

V. Conclusion

Au cours des dernières années, les intermédiaires financiers, dont certains avocats font partie, ont ainsi dû apprendre à appréhender le risque transfrontière, notamment suite aux affaires dites UBS, l'acceptation de la norme OCDE, le programme américain, et la mise en œuvre du FATCA. Avec la révision GAFI 2012, en particulier l'incrimination du blanchiment de fraude fiscale, le risque pénal pour l'intermédiaire financier pourra se matérialiser également en Suisse. La révision GAFI 2012 n'est à cet égard que la suite logique d'un processus convention-

nel, jurisprudentiel et réglementaire que la Suisse a dû entamer pour maintenir la stabilité et l'intégrité de sa place financière.

Il n'en demeure pas moins que les conséquences de la révision GAFI 2012 seront importantes pour les avocats intermédiaires financiers. Ces derniers devront en particulier évaluer le risque fiscal que présentent certaines de leurs relations. En cas de blanchiment de valeurs patrimoniales provenant d'une infraction fiscale qualifiée, ils courront le risque d'être impliqués dans une procédure pénale pour blanchiment ou faire l'objet d'une mesure d'entraide ou d'extradition. Sur le plan civil, leur responsabilité pourrait même être avancée par une administration fiscale suisse ou étrangère qui n'aurait pas pu recouvrer sa créance d'impôt contre l'auteur de l'infraction fiscale préalable. Ces risques devraient par ailleurs s'intensifier avec la prochaine révision du droit pénal fiscal. Enfin, si la révision de la LBA proposée par le Conseil fédéral le 5 juin dernier devait se concrétiser, l'obligation de vérification de conformité fiscale, applicable dans une certaine mesure aux intermédiaires financiers soumis à surveillance prudentielle, serait généralisée à l'ensemble des intermédiaires financiers, dont les avocats actifs dans ce secteur.

Dès le 1.1.2016, l'activité d'intermédiation financière exercée par certains avocats s'en trouvera ainsi drastiquement compliquée. Il est prévisible que cette révision conduise les avocats concernés à se séparer de bon nombre de leurs clients présentant le moindre risque fiscal, voire même de renoncer à exercer toute activité d'intermédiation financière. Les avocats exerçant une activité typique devront quant à eux être vigilants lorsque les clients qu'ils conseillent présentent un risque fiscal.

S'il est acquis depuis plusieurs années que le secret bancaire suisse ne pouvait être maintenu sur le plan international dans sa forme originelle, il ne reste plus qu'à espérer que ce changement de paradigme n'aboutisse pas un jour à une redéfinition du secret professionnel de l'avocat.

⁷⁵ Message LBA 2015 (n. 70), 11.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Selon le message, un rappel d'impôt ou des amendes fiscales consécutifs à une régularisation fiscale ne sauraient constituer un tel préjudice. Le Conseil fédéral vise en particulier, notamment, (i) l'absence de confidentialité si elle devait permettre à l'organisation criminelle de s'en prendre à la personne concernée, (ii) l'absence de procédures conformes à l'Etat de droit, (iii) le risque d'arbitraire politique, (iv) une imposition confiscatoire, ainsi que (v) le prononcé de mesures pénales draconiennes (Message LBA 2015 [n. 70], 12).

⁷⁸ Rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la consultation relative à la loi sur les services financiers (LSFin) et à la loi sur les établissements financiers (LEFin), 49.

⁷⁹ Message LBA 2015 (n. 70), 6.