



**DIRECTIVE DE L'ORDRE DES AVOCATS NEUCHÂTOIS
RELATIVE AUX FONDS APPARTENANT À DES TIERS**

1. Préambule

L'article 12 *lit. h* LLCA dispose que l'avocat « *conserve séparément les avoirs qui lui sont confiés et son patrimoine* ».

L'article 23 du Code de déontologie de la Fédération suisse des avocats complète la LLCA comme suit :

« L'avocat conserve les avoirs qui lui sont confiés séparément de son propre patrimoine.

Il les administre de manière consciencieuse et est en mesure de les restituer en tout temps. Les valeurs pécuniaires doivent être restituées aux clients sans retard. Le droit de l'avocat de compenser avec sa créance d'honoraires est réservé.

L'avocat tient une comptabilité complète et exacte des fonds confiés ».

Le Code de déontologie des avocats de l'Union européenne, adopté par le Conseil des barreaux de l'Union, auquel l'OAN a adhéré le 14 juin 1999, prévoit quant à lui ce qui suit :

« 3.8. Fonds de clients

3.8.1. L'avocat qui détient des fonds pour le compte de ses clients ou de tiers (ci-après dénommés « fonds de clients ») est tenu de les déposer sur un compte ouvert dans une banque ou un organisme financier agréé et contrôlé par l'autorité compétente (ci-après dénommé « compte de tiers »). Le compte de tiers doit être distinct de tout autre compte de l'avocat. Tous les fonds de clients reçus par un avocat doivent être déposés sur un tel compte, sauf si le propriétaire de ces fonds est d'accord de leur voir réserver une affectation différente.

3.8.2. L'avocat tient des relevés complets et précis de toutes les opérations effectuées avec les fonds de clients, en les distinguant des autres sommes qu'il détient. Ces relevés doivent être conservés durant une période fixée conformément aux règles nationales.

3.8.3. Un compte de tiers ne peut pas être débiteur, sauf dans des circonstances exceptionnelles permises expressément par les règles nationales ou en raison des frais bancaires sur lesquels l'avocat n'a aucune prise. Un tel compte ne peut être donné en garantie ou servir de sûreté à quelque titre que ce soit. Il ne peut y avoir aucune compensation ou convention de fusion ou d'unicité de compte entre un compte de tiers et tout autre compte en banque, de même que les fonds appartenant au client figurant sur le compte de tiers ne peuvent être utilisés pour rembourser des montants dus par l'avocat à sa banque.

3.8.4. Les fonds de clients doivent être transférés à leurs propriétaires dans les meilleurs délais ou dans des conditions autorisées par eux.



- 3.8.5. *L'avocat ne peut transférer sur son compte propre des fonds déposés sur un compte de tiers en paiement d'une provision d'honoraires ou frais s'il n'en a avisé son client par écrit.*
- 3.8.6. *Les autorités compétentes des Etats membres sont autorisées à procéder à toute vérification et examen des documents relatifs aux fonds de clients, dans le respect du secret professionnel auquel elles sont tenues. »*

2. Principes généraux

Doivent être qualifiés de « fonds appartenant à des tiers » tout avoir que l'avocat reçoit et détient pour le compte de clients ou de tiers, autres que les provisions.

Les avoirs doivent être déposés sur des comptes bancaires ou postaux distincts de tous les autres comptes privés ou professionnels de l'avocat. Ils doivent être disponibles à vue, sauf convention contraire avec le client. Un compte pour l'ensemble des avoirs des clients est autorisé. Cependant, il est expressément rappelé que l'avocat doit tenir une comptabilité complète, exacte et à jour des fonds confiés, distinguant les avoirs de chaque client.

Conformément aux articles 198 alinéa 1^{er} lettre d) LCdir et 127 alinéa 1^{er} lettre d) LIFD, l'avocat a l'obligation d'établir et d'adresser à chaque client une attestation indiquant la somme des avoirs détenus par ce dernier sur le compte fonds de tiers de l'avocat au 31 décembre de l'année concernée. L'avocat qui se soustrait à cette obligation peut se voir impliqué dans une procédure de soustraction fiscale.

La banque ne doit pas être autorisée à compenser les fonds confiés au mandataire avec la dette dont devrait répondre l'avocat (à titre privé ou professionnel) à l'égard de l'établissement financier. Si ce dernier refuse cette condition, il y a lieu d'ouvrir un compte dans une banque où l'avocat ne dispose d'aucune relation bancaire (compte, dossier, etc.), personnelle ou professionnelle.

En principe, l'avocat ne conserve pas durablement les avoirs appartenant à des tiers. Si l'avocat est amené à prendre certaines mesures (p.ex. placement à terme), il ne le fera qu'avec la plus extrême prudence.

L'avocat est autorisé à retenir sur les avoirs confiés par le client concerné sa créance d'honoraires et frais, même si celle-ci est contestée.

Le mandataire doit prendre les mesures adéquates afin qu'en cas de décès ou d'empêchement de toute nature les intérêts du client soient sauvegardés tout en maintenant la protection qui leur est due en vertu du secret professionnel. L'avocat doit établir une procuration post mortem en faveur d'un confrère pour assurer notamment, quoiqu'il advienne, la restitution immédiate des fonds confiés.



3. Cas particuliers

a) La mise en œuvre de l'accord FATCA¹

L'accord FATCA donne le droit aux Etats-Unis d'imposer tous les comptes détenus à l'étranger par des personnes soumises à l'impôt américain.

Les institutions financières étrangères ont par conséquent l'obligation de transmettre aux autorités fiscales américaines les informations relatives aux comptes détenus dans leurs établissements, par des citoyens américains.

L'accord conclu entre la Suisse et les Etats-Unis et visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA est entré en vigueur le 2 juin 2014.

Il a été rapidement constaté que l'application stricte de cet accord par les établissements financiers impliquait une violation de l'article 12 LLCA pour les comptes détenus par les avocats en faveur de leurs clients. En conséquence, et sur pression de la FSA, les autorités compétentes de la Suisse et des Etats-Unis ont signé les 19 et 29 février 2016 un nouvel accord visant à introduire dans l'accord FATCA une exception concernant les comptes gérés par des avocats ou des notaires pour leurs clients².

Cette exception permet d'exclure du champ d'application du FATCA les comptes « fonds de tiers », de sorte que l'établissement financier qui gère le compte est libéré de l'obligation d'identifier les clients des avocats ou des notaires si ces derniers lui confirment par écrit que les avoirs détenus entrent dans le champ d'application de cette exception. Celle-ci permet ainsi de garantir le respect du secret professionnel auquel sont soumis les avocats et notaires.

Cette exception n'est cependant possible que pour les comptes qui répondent aux conditions suivantes :

1. les actifs déposés sont maintenus exclusivement dans le cadre de l'activité professionnelle spécifique de l'avocat et soumise au secret professionnel;
2. les avoirs des clients doivent être en lien avec une affaire juridique ou une procédure pendante :
 - de partage (hoirie, exécution d'un testament, etc);
 - de séparation, divorce, séparation de corps;
 - en garantie d'une vente, d'un échange ou d'une location
 - en couverture des coûts d'une procédure devant les tribunaux ou les cours d'arbitrage.
3. les actifs ne peuvent être déposés que pour la durée de la procédure en cours.

¹ cf. Communication SAV/FSA du 3 juillet 2014 ; Newsletter SAV/FSA du 9 juin 2015.

² Le communiqué de presse du SFI, 1^{er} mars 2016, peut être consulté sur le site de la Confédération www.news.admin.ch.



4. l'avocat dûment autorisé à pratiquer en Suisse émet à l'attention des établissements financiers une déclaration écrite confirmant le respect des exigences requises (Formulaire R)³.

b) La révision GAFI 2012⁴

Le 1er janvier 2016, le dispositif anti-blanchiment suisse a été complété par l'introduction de nouvelles obligations pour les intermédiaires financiers. Cette révision législative implique pour les avocats une vigilance accrue dans toutes les relations d'affaires présentant un risque fiscal, sous peine de voir leur responsabilité pénale, voire civile, engagée.

L'avocat qui exerce une activité typique (représentation en justice, rédaction d'actes juridiques ou conseils) n'est pas soumis aux obligations découlant de la LBA (cf. article 9 alinéa 2 LBA) Cependant, même s'il n'est pas assujéti à la LBA, un avocat exerçant une activité typique peut se rendre coupable de blanchiment, par exemple s'il encaisse une provision dépassant de manière exorbitant le montant des honoraires estimés et restitue cette dernière par la suite au client.

A l'inverse, l'avocat qui intervient en qualité d'intermédiaire financier doit se conformer aux obligations découlant des dispositions de la LBA, pour autant que les seuils de matérialité prévus à l'article 7 alinéa 1 OIF soient atteints (article 2 alinéa 3 LBA).

Les modifications introduites par la révision GAFI 2012 de la LBA concernent notamment :

- a. l'obligation d'identifier l'ayant-droit économique « avec la diligence requise par les circonstances » (article 4 alinéa 1 nLBA);
- b. l'obligation de clarification (article 6 nLBA);
- c. l'obligation de communication (article 9 nLBA), à laquelle sont liées l'interdiction d'informer (article 10a nLBA) et l'obligation d'exécuter les ordres du client (article 9a nLBA).

L'avocat intermédiaire financier doit ainsi évaluer les structures pour lesquelles il agit en tant qu'organe et déterminer si elles sont susceptibles de s'inscrire dans la commission d'une infraction fiscale qualifiée.

En conséquence, l'intermédiaire financier qui incite ou prête assistance à ses clients afin de dissimuler des actifs résultant d'une infraction fiscale qualifiée peut se voir condamner pour blanchiment d'argent (article 305bis CP).

Au surplus, si les éléments constitutifs du blanchiment sont réalisés, l'avocat intermédiaire financier pourrait également voir sa responsabilité civile délictuelle engagée, au sens de l'article 41 CO.

³ Le formulaire R peut être consulté sur le site de la FSA : www.sav-fsa.ch -> Thèmes -> Actualités -> Accord FATCA

⁴ cf. RDA 6-7/2015, N. Béguin, p. 256ss ; RDA 2/2014, P. Lutz, p. 59ss.



4. Conclusion

Les avocats qui détiennent les avoirs de leurs clients doivent faire preuve d'une prudence accrue. Tout en respectant le secret professionnel et l'indépendance indispensables à leur profession, il est nécessaire d'évaluer les risques que présentent certaines de leurs relations (blanchiment, soustraction fiscale, etc.) et cas échéant de prendre les mesures qui s'imposent en mettant un terme au mandat ou à l'activité d'intermédiaire financier.

La présente directive abroge la « Directive de l'Ordre des avocats neuchâtois relative aux fonds appartenant à des tiers » du 9 juillet 2004 et entre en vigueur immédiatement.

Adoptée par le Conseil de l'Ordre à Neuchâtel, le 19 mai 2016

Pour le Conseil de l'Ordre :

le Bâtonnier

le Secrétaire

Georges Schaller

Bastien Reber