Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.375/2005 /svc

Arrêt du 9 novembre 2005
IIe Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Merkli, Président,
Hungerbühler, Wurzburger, Müller et Yersin.
Greffier: M. Addy.

Parties
1. Organisme d'autorégulation de la Fédération suisse des avocats et de la Fédération suisse des notaires,
2. Fédération suisse des avocats,
3. Fédération suisse des notaires,
4. A._____,
5. B._____,
recourants,
tous représentés par Mes Shelby du Pasquier et
Vincent Martenet, avocats, Etude Lenz & Staehelin,

contre

Département fédéral des finances, Service juridique, Bernerhof, Bundesgasse 3, 3003 Berne.

Objet
devoir de contrôle,

recours de droit administratif contre la décision du Département fédéral des finances du 12 mai 2005.

Faits:

A.
L'Organisme d'autorégulation de la Fédération suisse des avocats et de la Fédération suisse des notaires (OAR FSA/FSN) est une société simple dont les deux seuls sociétaires sont la Fédération suisse des avocats (FSA) et la Fédération suisse des notaires (FSN). L'OAR FSA/FSN est un organisme d'autorégulation au sens des art. 24 ss de la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA; RS 955.0). Par décision du 16 juin 1999, l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (ci-après: l'Autorité de contrôle) a reconnu l'OAR FSA/FSN et, par la même occasion, approuvé ses statuts et son règlement; cette décision se réfère également à un document intitulé C̈oncept relatif aux contrôles, qui avait été soumis à l'Autorité de contrôle avec la demande de reconnaissance.
En novembre 2003, la société Ẍ._____ä effectué une révision de l'OAR FSA/FSN conformément à l'art. 18 al. 3 LBA. Elle a constaté que cet organisme d'autorégulation avait pris du retard dans le contrôle des 1068 intermédiaires financiers affiliés. L'Autorité de contrôle a alors ordonné une révision extraordinaire, qui a eu lieu le 30 avril 2004. Dans son rapport, la société Ẍ._____ä mentionné les noms des avocats et notaires qui n'avaient pas été contrôlés; mis à part ceux dont la situation a été régularisée par la suite selon l'OAR FSA/FSN, onze personnes étaient concernées.
Par lettre du 4 juin 2004, l'OAR FSA/FSN a informé l'Autorité de contrôle que les onze avocats et notaires concernés avaient déclaré par écrit ne traiter aucun dossier relevant de la loi sur le blanchiment d'argent et qu'il

n'y avait dès lors pas matière à les contrôler. Après un échange ultérieur de correspondances, l'Autorité de contrôle a rendu le 24 août 2004 la décision suivante:
1. Die SRO SAV/SNV hat sämtliche der ihr angeschlossenen Anwälte und Notare einer ordentlichen Kontrolle zu unterziehen.
2. Die SRO SAV/SNV hat die ihr angeschlossenen (suivent les noms des onze avocats et notaires concernés) bis am 31.Dezember 2004 einer ordentlichen Kontrolle zu unterziehen.

B.
Le recours formé par l'OAR FSA/FSN, la Fédération suisse des avocats et la Fédération suisse des notaires contre la décision précitée de l'Autorité de contrôle a été rejeté par le Département fédéral des finances en date du 12 mai 2005.

C.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, l'OAR FSA/FSN, la Fédération suisse des avocats, la Fédération suisse des notaires, le notaire A._____ et l'avocat B._____ concluent principalement à l'annulation de la décision du 12 mai 2005 du Département fédéral des finances et à la constatation que l'OAR FSA/FSN n'est pas tenu de procéder à un contrôle ordinaire des avocats et des notaires affiliés qui lui ont confirmé par écrit n'exercer aucune activité couverte par la LBA. Pour l'essentiel, ils se plaignent de la violation de différentes dispositions de la loi sur le blanchiment d'argent et invoquent l'incompatibilité de la décision attaquée avec le secret professionnel des avocats et des notaires, avec la protection du domicile professionnel et du secret de la correspondance, ainsi qu'avec les principes d'égalité (art. 8 al. 1 Cst.) et d'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.).
Le Département fédéral des finances conclut à l'irrecevabilité du recours de Me A._____ et de Me B._____ et au rejet du recours pour le surplus.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.
Dirigé contre une décision d'un département fédéral prise en application du droit public fédéral (cf. art. 97 al. 1 et 98 lettre b OJ, en relation avec l'art. 5 PA), le présent recours, qui ne réalise aucune des exceptions des art. 99 et 100 OJ, est en principe recevable.
L'OAR FSA/FSN, soit la Fédération suisse des avocats et la Fédération suisse des notaires qui le composent, ont qualité pour recourir au sens de l'art. 103 lettre a OJ. Cette qualité doit, en revanche, être déniée à Me A._____ et à Me B._____ qui n'ont pas participé à la procédure devant le Département fédéral des finances.
Sous cette réserve, il y a lieu d'entrer en matière sur le recours, déposé en temps utile et dans les formes prescrites par la loi (cf. art. 106 ss OJ).

2.
2.1 D'une manière générale, le secret professionnel des avocats et des notaires ne couvre que leur activité professionnelle spécifique et ne s'étend pas à une activité commerciale sortant de ce cadre (cf. ATF 120 Ib 112 consid. 4 p. 118 s., 117 Ia 341 consid. 6a/cc p. 349 s., 115 Ia 197 consid. 3d/aa p. 199, 114 III 105 consid. 3a p. 107, 112 Ib 606). Dans la jurisprudence, cette activité commerciale est parfois qualifiée d'activité accessoire, terme qui peut prêter à confusion dans la mesure où un avocat ou un notaire peut très bien consacrer une grande partie de son temps à des prestations non spécifiques à sa profession.

2.2 Lors de l'élaboration de la loi sur le blanchiment d'argent, la situation des avocats et des notaires en relation avec la sauvegarde du secret professionnel a donné lieu à des discussions. Afin de tenir compte de l'importance de cette question, la loi finalement adoptée a prévu le système suivant.
Aux termes de l'art. 9 al. 2 LBA, l̈es avocats et les notaires ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer leurs soupçons dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel en vertu de l'art. 321 du Code pénal(̈voir à ce sujet le Message du Conseil fédéral du 17 juin 1996 relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier, ci-après cité le Message, in: FF 1996 III p. 1057 ss,

1087 ss; Christoph Graber, GwG: Gesetzesausgabe mit englischer Übersetzung, Ausführungserlassen und Anmerkungen, Zurich 2003, 2e éd., n. 6 ad art. 9).
En revanche, l'activité d'intermédiaire financier exercée par un avocat ou un notaire n'échappe pas à l'obligation de communiquer de l'art. 9 al. 1 LBA, s'agissant du reste de faits qui ne sont pas couverts par le secret professionnel des art. 321 CP et 13 de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA; RS 935.61). Cependant, il n'est pas toujours facile de distinguer entre des faits protégés par le secret professionnel et les dossiers soumis à l'obligation de communiquer (cf. Message, op. cit., p. 1088, 1093 ss et 1098. Graber, op. cit., n. 6 ad art. 18; Werner de Capitani, Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997, in Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, vol. II, éd. par Niklaus Schmid, Zurich 2002, n. 19 ad art. 14). L'examen de cette question nécessite une connaissance des dossiers traités, soit, le cas échéant, de faits couverts par le secret professionnel. Il existe donc un conflit d'intérêts entre la nécessité, d'une part, de surveiller l'activité commerciale de l'avocat et du notaire et, d'autre part, de sauvegarder leur secret professionnel dont la portée a été rappelée plus
haut. Pour trouver un équilibre entre ces deux objectifs, le législateur a prévu que les avocats et les notaires agissant en qualité d'intermédiaires financiers ont l'obligation de s'affilier à un organisme d'autorégulation (cf. art. 14 al. 3 LBA). Autrement dit, ils n'ont pas la faculté découlant des art. 14 al. 1 et 13 al. 1 lettre b LBA de demander directement à l'Autorité de contrôle l'autorisation d'exercer cette activité. De plus, l'art. 18 al. 3 LBA dispose:
Ën ce qui concerne les organismes d'autorégulation des avocats et des notaires, elle (l'Autorité de contrôle) doit confier les contrôles à un organe de révision. Ce dernier est soumis au secret professionnel comme les avocats et les notaires.¨
A ce sujet, le Message (op. cit., p. 1098) précise:
Ëet organe de révision doit ensuite fournir à l'autorité précitée un rapport sous une forme suffisamment anonyme pour qu'aucune information couverte par le secret professionnel ne soit divulguée.¨

2.3 Le système mis en place évite dès lors que l'Autorité de contrôle ait accès aux dossiers des avocats et des notaires, soit par un contrôle direct de ceux qui lui auraient demandé à être autorisés selon les art. 13 al. 1 lettre b et 14 al. 1 LBA, soit, indirectement, par un contrôle de l'organisme d'autorégulation qu'elle effectuerait elle-même ou qu'elle confierait à un organe de révision non spécifique selon l'art. 18 al. 2 LBA (sur l'ensemble de la problématique, cf. Message, op. cit., p. 1088 s., 1093 ss, 1098; Graber, op. cit., n. 6, ad art. 14 et n. 6 ad art. 18; de Capitani, op. cit., n. 19 ad art. 14 et n. 19 ad art. 18).

3.
La quasi totalité des avocats et des notaires affiliés à l'OAR FSA/FSN exercent une activité d'intermédiaire financier qui est contrôlée selon les modalités indiquées ci-dessus. En particulier, l'organisme d'autorégulation doit vérifier que les avocats et notaires séparent correctement leur activité spécifique de leur activité commerciale (cf. Message, op. cit., p. 1098; Graber, op. cit., n. 6 ad art. 18; de Capitani, op. cit., n. 19 ad art. 14).
En revanche, il convient de se demander quelle est la portée du contrôle que l'OAR FSA/FSN doit effectuer auprès des avocats et des notaires qui lui sont affiliés, mais qui déclarent et certifient par écrit ne pas exercer d'activité d'intermédiaire financier.

4.
4.1 De prime abord, on ne voit pas à quel besoin répond l'affiliation à un organisme d'autorégulation lorsque l'avocat ou le notaire intéressé n'exerce pas d'activité en qualité d'intermédiaire financier. Les recourants indiquent que l'affilié peut ainsi exercer immédiatement une telle activité s'il se décide à le faire. Ils ne citent toutefois pas d'exemple concret et il semble plutôt qu'un certain nombre d'avocats et de notaires entendent conserver durablement un statut en quelque sorte de m̈embre passif.̈ Les recourants allèguent encore le désir des personnes concernées d'être mieux renseignées sur les obligations d'un intermédiaire financier; il devrait toutefois être possible de satisfaire ce besoin sans qu'une affiliation soit indispensable. De toute façon, le statut d'affilié n'exerçant pas une activité d'intermédiaire financier ne répond pas à un besoin particulièrement prononcé, puisqu'il ne concerne qu'une dizaine de personnes sur plus de mille affiliés.

4.2 Quoi qu'il en soit, il convient avant toute chose de définir la portée et les effets d'une affiliation.
L'intermédiaire financier dispose de deux voies pour être autorisé à exercer son activité. S'il n'entend pas s'affilier à un organisme d'autorégulation et s'il n'est pas avocat ou notaire, il peut demander directement à l'Autorité de contrôle l'autorisation d'exercer son activité (cf. art. 14 al. 1 et 3 LBA); les conditions de l'autorisation sont régies par l'art. 14 al. 2 LBA. En revanche, s'il est avocat ou notaire, la seule possibilité d'exercer comme intermédiaire financier réside dans l'affiliation à un organisme d'autorégulation (cf. art. 13 al. 1 lettre a et 14 al. 3 LBA). Cette affiliation vaut autorisation et elle n'est agréée par l'organisme d'autorégulation que si l'intéressé remplit les conditions fixées par le règlement établi par l'organisme en cause et approuvé par l'Autorité de contrôle (cf. art. 24 et 25 LBA). En effet, l'exercice d'une activité d'intermédiaire financier sans autorisation de l'Autorité de contrôle ou affiliation à un organisme d'autorégulation est une infraction pénalement punissable selon l'art. 36 LBA. Autrement dit, seul l'avocat ou le notaire affilié à l'OAR FSA/FSN peut exercer l'activité d'intermédiaire financier sans encourir les sanctions de l'art. 36 LBA. Etant soumis au contrôle d'un
organisme d'autorégulation, il bénéficie dans une certaine mesure d'une présomption de conformité aux obligations découlant de la loi sur le blanchiment d'argent. Pour reprendre l'image utilisée plus haut, on ne peut pas vraiment parler de m̈embre passif̈pour qualifier le statut de l'avocat ou du notaire affilié qui déclare ne pas exercer d'activité d'intermédiaire financier. Il doit bien plutôt être considéré comme un intermédiaire financier à part entière, en ce sens qu'il est autorisé à avoir une telle activité.

4.3 En ce qui concerne plus spécialement le contrôle des affiliés par un organisme d'autorégulation, il y a lieu de constater que l'art. 24 al. 1 lettre b LBA impose une obligation de contrôle, sans faire de distinction entre différentes catégories d'affiliés. L'organisme d'autorégulation doit veiller à ce que les affiliés respectent les obligations découlant de la loi sur le blanchiment d'argent. On ne voit également aucune différenciation entre différents types d'affiliés dans les statuts et le règlement de l'OAR FSA/FSN. Pour tous ses affiliés, l'OAR FSA/FSN doit dès lors veiller à ce que les dossiers concernant une activité commerciale soient correctement délimités de ceux relatifs à l'activité spécifique d'avocat ou de notaire. C'est du reste ce qu'énonce en ces termes le C̈oncept relatif aux contrôlesd̈e l'OAR FSA/FSN:
L̈e contrôle doit en particulier permettre de s'assurer que l'avocat ou le notaire affilié sépare correctement les d̈ossiers LBAd̈e ses autres activités non soumises à la LBA, et que tous les d̈ossiers LBAp̈uissent effectivement être contrôlés.¨
Sans qu'il soit nécessaire de s'arrêter ici sur la portée exacte de ce document, force est de constater qu'il concrétise correctement l'étendue de l'obligation de contrôle de l'OAR FSA/FSN. Pour les affiliés déclarant ne pas exercer d'activité d'intermédiaire financier, l'OAR FSA/FSN doit dès lors contrôler que l'avocat ou le notaire concerné procède correctement à cette délimitation et qu'il ne gère pas de d̈ossiers LBA, pour reprendre la terminologie du C̈oncept relatif aux contrôles. A cet égard, une simple déclaration de l'intéressé n'est pas suffisante, puisqu'elle ne constitue pas un contrôle de l'OAR FSA/FSN, mais tend au contraire à exclure un tel contrôle. Il ne s'agit du reste pas de mettre en doute par principe les déclarations d'un avocat ou d'un notaire mais d'exercer le contrôle prévu par la loi sur une personne autorisée à exercer l'activité d'intermédiaire financier. Sinon, pour les affiliés déclarant exercer une activité d'intermédiaire financier, l'OAR FSA/FSN pourrait tout aussi bien se contenter de déclarations de respect des obligations découlant de la loi sur le blanchiment d'argent. Ce contrôle de l'OAR FSA/FSN s'avère dès lors nécessaire pour une mise en oeuvre efficace de cette loi et ne porte pas une
atteinte disproportionnée au secret professionnel, compte tenu des mesures prises pour éviter que l'Autorité de contrôle ait un accès direct à des dossier couverts par ce secret (cf., dans une constellation quelque peu différente, l'arrêt 8G.9/2004 du 23 mars 2004, spéc. consid. 9.2).

4.4 Les objections que les recourants émettent à l'encontre de la décision attaquée ne convainquent pas.
4.4.1 Certes, les personnes oeuvrant pour le compte de l'OAR FSA/FSN ou de son organe de révision sont susceptibles, lors d'un contrôle, d'avoir connaissance d'éléments couverts par le secret professionnel; une telle circonstance est toutefois sans conséquence pour l'avocat ou le notaire concerné, vu l'art. 321 ch. 3 CP qui, s'agissant de l'infraction de violation du secret professionnel, réserve notamment les dispositions de la législation fédérale imposant l'obligation de renseigner une autorité. Or, investis d'une tâche de droit public, l'OAR FSA/FSN et son organe de révision doivent être considérés comme des autorités au sens de la disposition pénale

précitée. Quant à l'obligation de renseigner, elle découle déjà et de manière suffisamment précise du contrôle imposé par l'art. 24 al. 1 lettre b LBA: la vérification du respect des obligations définies au chapitre 2 LBA implique en effet que les affiliés donnent les renseignements voulus sur la manière dont ils séparent les dossiers relatifs respectivement à leur activité spécifique ou à leur activité commerciale et permettent les vérifications qui sont à cet égard nécessaires.
4.4.2 Les recourants se plaignent d'une inégalité de traitement entre les avocats et les notaires n'exerçant pas d'activité d'intermédiaires financiers, soit entre ceux qui, ayant choisi d'être affiliés à l'organisme d'autorégulation, doivent subir un contrôle même s'ils déclarent ne pas pratiquer une telle activité et ceux qui, ayant choisi de ne pas être affiliés, n'ont pas à subir de contrôle. L'argument tombe à faux, car il existe une différence déterminante entre les deux catégories. Les avocats et les notaires affiliés sont autorisés à agir comme intermédiaires financiers et échappent aux sanctions de l'art. 36 LBA. Cette affiliation justifie dès lors qu'ils soient contrôlés par l'organisme d'autorégulation, alors que leurs confrères non affiliés ne sont pas autorisés et peuvent être poursuivis selon l'art. 36 LBA s'ils enfreignent cette disposition. Les recourants font cependant valoir que les avocats et les notaires non affiliés décident eux-mêmes si leur activité est, ou non, soumise à la loi sur le blanchiment d'argent (cf. Graber, op. cit., n. 6 ad art. 14; de Capitani, op. cit., n. 78 ad art. 9). Il est vrai que, comme toute autre personne du reste, les avocats et notaires non affiliés doivent se demander si l'une ou
l'autre de leur activité tombe sous le coup de l'art. 2 LBA. Ils ne décident cependant pas librement si tel est le cas mais doivent respecter la loi sur le blanchiment d'argent, à peine d'encourir les sanctions de l'art. 36 LBA. Et, à partir du moment où ils choisissent de s'affilier, soit d'être autorisés à exercer comme intermédiaires financiers, leur statut change et ils ne peuvent prétendre définir eux-mêmes les limites de leur activité à l'abri de tout contrôle effectif de l'organisme d'autorégulation. La limitation et le contrôle qui leur sont alors imposés sont d'autant plus admissibles qu'il ne tient qu'à eux de ne pas s'affilier, n'en ayant précisément pas l'obligation lorsqu'ils estiment ne pas agir en qualité d'intermédiaires financiers.
4.4.3 Enfin, la référence aux recommandations du Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux Ägafiët aux recommandations du Conseil de l'Europe n'est pas déterminante. Ces textes ont été émis partiellement dans un autre contexte (cf. Didier de Montmollin, Prévention du blanchiment: quelles perspectives pour l'avocat dans le contexte suisse et international?, in: Revue de l'avocat, 8/2002, p. 21 ss, 22). Dans la mesure où il s'agit de préserver le secret professionnel, on a vu plus haut que celui-ci est entièrement sauvegardé lorsque l'avocat ou le notaire se concentre sur son activité spécifique tandis que, lorsque l'intéressé étend son champ d'action à l'activité d'intermédiaire financier, le système mis en place concilie autant que faire se peut cette exigence avec l'intérêt public à une mise en oeuvre efficace de la loi sur le blanchiment d'argent.
4.4.4 Les considérations qui précèdent s'appliquent également aux griefs tirés de la violation respectivement de la protection du domicile professionnel et du secret de la correspondance.

5.
Dès lors, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable, un émolument judiciaire étant mis à la charge des recourants, solidairement entre eux.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.
Un émolument judiciaire de 5'000 fr. est mis à la charge des recourants, solidairement entre eux.

3.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des recourants et au Département fédéral des finances.
Lausanne, le 9 novembre 2005
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: