
Avant-projets GAFI et révision LBA: nouvelles infractions de droit pénal fiscal et implications pour les intermédiaires financiers



Giovanni Molo
LL.M, avocat, Lugano

et



Samuele Vorpe
Directeur du centre de droit fiscal SUPSI

et



Daniele Galliano
MLaw, Lugano

Le 27 février 2013 le Conseil fédéral a mis en consultation l'avant-projet de la loi fédérale sur l'exécution des recommandations du groupe d'action financière revues en 2012 et parallèlement, l'avant-projet relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent. Il en résultera, en cas d'adoption, un changement majeur du droit pénal fiscal matériel suisse, avec, en particulier, l'introduction des crimes fiscaux en tant qu'infractions préalables au blanchiment d'argent et de l'«Arglistmodell» dans le domaine de la fiscalité directe. En outre, du côté des intermédiaires financiers suisses, s'accroîtront les devoirs de diligence en relation à l'examen de la conformité fiscale de leur clients.

Am 27. Februar 2013 hat der Bundesrat zwei Vernehmlassungen zur Umsetzung der im Jahr 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière und zur Einführung erweiterter Sorgfaltspflichten im Steuerbereich eröffnet. Falls die zwei Vorentwürfe angenommen werden, erfolgt eine grundlegende Veränderung des schweizerischen materiellen Steuerstrafrechts. Im Bereich der direkten Steuern würden neue Tatbestände, die als Steuerverbrechen («serious tax crimes») und damit gleichzeitig als Vortaten der Geldwäscherei gälten, sowie das «Arglistmodell» eingeführt werden. Ausserdem würden schweizerischen Finanzintermediären erweiterte Sorgfaltspflichten für die Überprüfung der Steuerkonformität ihrer Kunden auferlegt werden.

I.	Introduction	4
II.	Aperçu des notions du droit pénal fiscal matériel: le système actuel	5
	1. Les impôts directs	5
	2. Les impôts indirects	6
	3. Vue d'ensemble	9
III.	L'avant-projet de la loi GAFI	10
	1. Vue d'ensemble sur les principales innovations prévues dans l'avant-projet	10
	2. Introduction de la notion de « serious tax crime » dans le droit suisse	11
	3. Critique des principes inspirateurs du projet	13
	4. Extension de l'escroquerie fiscale qualifiée dans le cadre de l'impôt indirect	14
	4.1 Elargissement du champ d'application	14
	4.2 Les éléments constitutifs du nouvel article 14 al. 4 DPA	15
IV.	Introduction de l'escroquerie fiscale simple et qualifiée dans le domaine de la fiscalité directe	17
	1. Remarque préliminaire	17
	2. Les éléments constitutifs des nouveaux articles 186 AP-LIFD et 59 AP-LHID	18
	3. Quelques considérations sur le cas aggravé de l'art. 186 al. 1 bis AP-LIFD et 59 al. 1 bis LHID	20
	4. Implications sur la coopération pénale internationale dans le domaine fiscal	23
V.	Introduction d'obligations de diligence étendues pour empêcher l'acceptation de valeur patrimoniales non déclarées	24
	1. Remarque préliminaire	24
	2. Conséquences pour les intermédiaires financiers	24
	3. L'analyse des risques	26
	4. Quelques considérations	27
VI.	Récapitulatif des devoirs de l'intermédiaire financier en application de la proposition de loi GAFI et de la proposition de révision de la LBA	28
VII.	Conclusion	29

I. Introduction

Le 27 février 2013 le Conseil fédéral a mis en consultation jusqu'au 15 juin 2013 l'avant-projet de la Loi fédérale sur l'exécution des recommandations du groupe d'action financière revues en 2012 (ci-après Loi GAFI). Parallèlement, le Conseil Fédéral a également mis en consultation l'avant-projet relatif à la modification de la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA¹⁾). Alors que l'avant-projet de la Loi GAFI rentre dans la transposition des nouvelles recommandations du GAFI par la Suisse, l'avant-projet de loi concernant la révision de la LBA constitue un échantillon de la Weissgeldstrategie élaborée par le Conseil fédéral pour étendre, notamment, les obligations de diligence des intermédiaires financiers afin d'empêcher l'acceptation de valeurs non déclarées. Il s'agit donc, dans le premier cas, d'appliquer les standards internationaux qui ont des effets pratique-

¹⁾ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 27 février 2013: « *Le Conseil fédéral ouvre deux consultations sur la lutte contre le blanchiment d'argent et l'extension des obligations de diligence dans le domaine fiscal* ».

ment contraignants pour les États membres du GAFI²⁾, tandis que la révision de la LBA relative à l'introduction de nouvelles obligations de diligence des intermédiaires financiers repose sur une initiative autonome de la Suisse³⁾. Ces deux avant-projets ont donc des objectifs distincts et répondent à deux exigences différentes, mais leur conséquence commune est celle d'accroître de manière significative les devoirs et les risques des intermédiaires financiers.

A ce stade, il est difficile de s'exprimer sur les dates d'entrée en vigueur de ces deux avant-projets. En fonction également des résultats de la consultation, le Conseil Fédéral élaborera deux messages de loi, vraisemblablement différents qui seront par la suite soumis aux Chambres pour leur approbation. Le délai de référendum de trois mois commencera à courir une fois terminée cette procédure et naturellement les deux projets de loi ne pourront entrer en vigueur qu'après le délai référendaire échu.

Tout en n'étant pas en théorie totalement exclu que ces deux projets de loi soient rétroactifs, de façon à pouvoir être appliqués aussi à des situations antérieures à leur rentrée en vigueur, il s'agit d'une possibilité tout-à-fait irréaliste car l'interdiction de la rétroactivité, sanctionnée également par la Convention Européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴⁾, tout particulièrement en droit pénal lorsque de nouveaux éléments spécifiques d'une infraction pénale sont introduits, doit être observée de manière rigide⁵⁾.

Dans cette contribution, on examinera l'impact des nouvelles infractions fiscales dans l'ordre juridique suisse, tout en analysant dans un premier temps les différences avec le droit pénal fiscal actuel. On passera en revue les nouveautés des avant-projets mis en consultation par le Conseil fédéral, surtout en ce qui concerne la traduction en droit suisse de la notion de « serious tax crime », pour analyser finalement la charge qui sera imposée aux intermédiaires financiers suisses selon les nouvelles prescriptions de la LBA.

II. Aperçu des notions du droit pénal fiscal matériel: le système actuel

1. Les impôts directs

D'après l'art. 175 al. 1 LIFD, le contribuable qui, intentionnellement ou par négligence, fait en sorte qu'une taxation ne soit pas effectuée alors qu'elle devrait l'être, ou qu'une taxation entrée en force soit incomplète, est puni d'une amende. Pour qu'une soustraction fiscale soit réalisée, trois éléments doivent

²⁾ Bien que non contraignantes d'un point de vue strictement juridique, les recommandations du GAFI, tout comme les standards de l'OCDE, constituent de fait des modèles de référence dont il est, en pratique, bien difficile de se soustraire en raison également du contrôle du GAFI et des listes noires ou grises qui sont établies.

³⁾ *Paolo Bernasconi*, Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei: Neue Hürden für Steuerpflichtige und Finanzintermediäre in: NZZ Nr. 247 du 23 octobre 2012, pag. 29.

⁴⁾ CEDH, RS 0.101.

⁵⁾ ATF 77 IV 206 ; *Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger*, Art. 1, N° 25 ss.

dès lors être réunis : la soustraction d'un montant d'impôt, la violation d'une obligation légale incombant au contribuable et la faute de ce dernier⁶). De manière générale, une soustraction d'impôt consiste à faire en sorte qu'une taxation ne soit pas effectuée ou qu'une taxation entrée en force soit incomplète (175 al. 1 LIFD, 56 al. 1 LHID). En d'autres mots, la condition objective de la soustraction consommée présuppose que le comportement du contribuable aboutisse à une absence de taxation ou une taxation en force incomplète⁷). Sur le plan subjectif, la soustraction fiscale suppose soit un agissement intentionnel de l'auteur⁸), c'est-à-dire que le contribuable ait agi intentionnellement avec conscience et volonté (12 al. 1 CP)⁹), soit la négligence lorsque par une imprévoyance coupable, il ne se rend pas compte ou ne tient pas compte des conséquences de son acte (12 al. 3 CP)¹⁰). Vu qu'il s'agit d'une contravention, la sanction prévue est donc l'amende, qui peut aller jusqu'à trois fois l'impôt soustrait.

Quant à la fraude fiscale, elle est définie à l'art. 186 al. 1 LIFD et 59 al. 1 LHID et consiste à faire usage ou d'utiliser, dans le but de commettre une soustraction d'impôt au sens des articles 175 et 176 LIFD, des titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu dans le dessein de tromper l'autorité fiscale. L'infraction est consommée lors de la remise des titres. La qualité de titre est alors décisive, la notion de titre contenue dans la partie générale du CP à l'art. 110 al. 5 CP est également déterminante en droit pénal fiscal¹¹). Un simple mensonge écrit ne constitue pas un faux intellectuel punissable¹²). Pour cette raison, même si l'on se trouve en présence d'un titre, il est nécessaire, pour que le mensonge soit punissable comme faux intellectuel, que le document ait une valeur probante plus grande que dans l'hypothèse d'un faux matériel. Sa crédibilité doit être accrue et son destinataire doit pouvoir s'y fier raisonnablement. Une simple allégation écrite, par nature sujette à vérification ou discussion, ne suffit pas. Il doit résulter des circonstances concrètes ou de la loi que le document est digne de confiance, de telle sorte qu'une vérification par le destinataire n'est pas nécessaire et ne saurait être exigée. La déclaration d'impôt ne constitue pas un titre, mais en revanche selon l'art. 186 LIFD les livres comptables, les bilans, les comptes de résultat, les certificats de salaire et les autres attestations de

⁶) Arrêts du Tribunal fédéral 2P.241/1998 et 2A.355/1998 du 21 juin 1999 consid. 5cc, in RF 55/2000 p. 122.

⁷) RDAF 1999 II p. 535 consid 3b; *Marco Bernasconi*, N° 15; *Urs Behnisch*, p. 236.

⁸) Arrêt du Tribunal fédéral 2C_480/2009 du 16 mars 2010 consid. 5.1.

⁹) Lorsqu'il est établi avec une sécurité suffisante que le contribuable était conscient que les informations données étaient incomplètes ou incorrectes, on peut alors présumer l'intention, ou au moins le dol éventuel (RDAF 2010 II 597, RDAF 2003 II 637). Ce dernier, suppose que l'auteur envisage le résultat dommageable, mais agit néanmoins, parce qu'il s'en accommode au cas où il se produirait ; ATF 130 IV 58 consid. 8.2.

¹⁰) RDAF 2003 II 631.

¹¹) *Urs Behnisch*, AJP/PJA 2005, p. 949.

¹²) On parle à ce sujet de «*einfache schriftliche Lüge*» qui n'atteigne pas la valeur probante requise par l'art. 110 al. 5 CP; ATF 120 IV 25 consid. 3c; *Meinrad Betschart*, ASA 58, p. 549.

tiers en sont. En outre, la falsification du « formulaire A » est également punissable sous l'angle de l'art. 251 CP¹³⁾. Toutefois, si le faux est utilisé uniquement à des fins fiscales, seules entrent en jeu les infractions de droit fiscal concernées, le concours avec l'art. 251 CP étant exclu¹⁴⁾.

L'acte punissable consiste en l'usage d'un titre faux, falsifié ou inexact quant à son contenu, dans le dessein de tromper le fisc, lors d'une soustraction consommée d'impôt ou d'une tentative de soustraction¹⁵⁾. L'usage réside dans le fait que le titre ainsi décrit est présenté en tant que moyen de preuve à l'autorité de taxation. Il en est ainsi, en règle générale, lors du dépôt de ces pièces en annexe à la déclaration d'impôt, à une demande de restitution d'impôt ou à une demande en remise. Cependant, l'usage de faux peut également survenir à un stade ultérieur de la procédure: les documents, les pièces ou les attestations demandés à titre de complément peuvent aussi se révéler être des faux. L'usage de titres faux dans le dessein de tromper l'autorité fiscale étant un délit formel («schlichtes Tätigkeitsdelikt»), le concept même de tentative d'usage de faux ne peut pas exister¹⁶⁾. Au moment où les titres faux sont présentés ou déposés, l'infraction (usage de faux dans le dessein de tromper) est déjà consommée. Sur le plan subjectif, l'infraction n'est punissable que si elle est commise intentionnellement, le dol éventuel suffit.

La fraude fiscale est un délit au sens de l'art. 10 al. 3 CP¹⁷⁾. Il faut relever que la répression des délits fiscaux n'exclut pas celle de la soustraction d'impôt, dans le sens qu'il y aura souvent deux procédures, tant devant les autorités administratives (seules compétentes en matière de soustraction – art. 175 LIFD) que pénales (concernant par exemple la fraude fiscale – art. 186 LIFD). Ce concours, souvent critiqué par la doctrine¹⁸⁾, a été jugé par le Tribunal fédéral comme licite, dès lors que les autorités compétentes (l'autorité fiscale, respectivement le juge pénal) ont chacune des compétences strictement délimitées¹⁹⁾.

Toutefois, dans la législation actuelle en matière de fiscalité directe aucune infraction ne constitue un crime.

¹³⁾ Arrêts du Tribunal fédéral 6S.346/1999 du 30 novembre 1999 consid. 4 en SJ 2000 I 234; 6S.293/2005 du 24 février 2006 consid. 8.2.1; 6B_706/2009 du 10 mars 2010 consid. 3.2.

¹⁴⁾ ATF 126 IV 65 consid. 3d; ATF 108 IV 183; FF 1971 I p. 1032; *Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers*, Art. 251 CP N. 18; *Henri Torrione*, p. 999; *Alois Camenzind/Niklaus Honauer/Klaus Vallender/Marcel René Jung/Simeon Probst*, p. 611 N° 1791.

¹⁵⁾ *Xavier Oberson*, p. 596 N° 51 ss.

¹⁶⁾ *Peter Agner/Angelo Digeronimo/Hans-Jürg Neuhaus/Gotthard Steinmann*, pag. 391.

¹⁷⁾ *Martin Zweifel/Peter Athanas*, Art. 186 LIFD N°10; *Giovanni Molo*, AJP/PJA 2009, pag. 195.

¹⁸⁾ *Martin Zweifel*, Für eine Revision des harmonisierten Steuerstrafrechts, l'EC 1993, p. 613 ss; *Andreas Donatsch*, ASA 81, 2012/2013, p. 6; *Walter Ryser/Bernard Rolli*, pag. 515; *Peter Böckli*, pag. 175 ss.

¹⁹⁾ ATF 119 Ib 311 = RDAF 1995 pag. 118; ATF 122 Ia 257.

2. Les impôts indirects

En ce qui concerne les impôts indirects, c'est-à-dire ceux qui sont prélevés par les autorités fédérales, telles que l'impôt anticipé, l'impôt sur la valeur ajoutée, les taxes douanières et le droit de timbre, il y a un renvoi général au droit pénal administratif (art. 1 DPA). L'art. 14 al. 2 DPA puni l'escroquerie fiscale, avec un renvoi à l'art. 146 CP²⁰). Par escroquerie fiscale, on entend tout comportement astucieux par lequel l'auteur garde pour lui une contribution (ou une part de celle-ci), de quelque nature que ce soit, due à l'Etat, ainsi que tout comportement astucieux par lequel l'auteur porte atteinte au patrimoine fiscal de l'Etat²¹).

Cette définition est plus large que celle de l'art. 186 LIFD, qui présuppose seulement l'usage de faux²²). En plus, on observe que contrairement à l'art. 186 LIFD, l'escroquerie fiscale simple (art. 14 al. 2 DPA) prévoit une peine privative de liberté d'un an au maximum, et constitue donc une infraction de résultat car elle présuppose le fait qu'il y a eu une soustraction d'impôt qui n'a finalement pas été perçue²³). En revanche pour l'art. 186 LIFD il est suffisant une mise en danger abstraite. Il n'est pas nécessaire que l'impôt ne soit pas effectivement perçu, il suffit que le comportement du contribuable soit potentiellement apte à soustraire l'impôt.

Pour l'art. 14 al. 2 DPA, il n'est dès lors pas nécessaire que l'escroquerie ait été commise par le moyen de faux documents; il suffit que l'on se trouve en présence d'une machination astucieuse, de manœuvres frauduleuses, d'un tissu de mensonges, voire de silences fautifs²⁴). Ainsi, le législateur a opté, contrairement à la conception de « Urkundenmodell » applicable en matière d'impôts directs, pour la notion plus large de « Arglistmodell »: l'élément déterminant est alors l'astuce, et non plus le document falsifié²⁵). Selon la jurisprudence, la tromperie astucieuse est notamment réalisée non seulement lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène particulière, mais aussi lorsqu'il se borne à donner de fausses informations dont la vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire. L'astuce n'est toutefois pas réalisée si l'autorité fiscale pouvait se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'elle²⁶).

²⁰) ATF 115 Ib 68 consid. 3; ATF 111 Ib 242 consid. 4b.

²¹) ATF 125 II 250 consid. 3a.

²²) ATF 125 II 250 consid. 3a; ATF 115 Ib 68 consid. 3a.

²³) *Xavier Obserson*, pag. 597 N° 54 ss.

²⁴) ATF 133 IV 256 consid. 4.4.3; ATF 128 IV 18 consid. 3a; 122 II 422 consid. 3a; 122 IV 246 consid. 3a.

²⁵) *Meinrad Betschart*, ASA 58, p. 548.

²⁶) ATF 128 IV 18 consid. 3a.

La notion de « somme importante » au sens de l'art. 14 al. 2 DPA est atteinte selon la jurisprudence du Tribunal fédéral à partir de 15'000 francs²⁷⁾.

Depuis l'entrée en vigueur le 1er février 2009 de l'art. 14 al. 4 DPA, on prévoit que si la tromperie est commise dans le but de tirer des gains importants de l'importation, de l'exportation et du transit de produits, et que son auteur agit comme membre d'une bande formée pour commettre de manière systématique des escroqueries en matière de prestations et de contributions, l'infraction est considérée comme un crime selon l'art. 10 al. 2 CP, pour autant que l'auteur réalise des gains particulièrement importants²⁸⁾.

Cette circonstance aggravante ouvre la voie à l'application de l'art. 305^{bis} CP en matière de blanchiment d'argent, étant donné que l'infraction prévue à l'art. 14 al. 4 DPA constitue le crime préalable au blanchiment.

3. Vue d'ensemble

Le droit pénal fiscal actuel repose donc sur un système binaire: i) impôts directs: soustraction d'impôt (art. 175 LIFD) et fraude (art. 186 LIFD); ii) impôts indirects: soustraction d'impôt en vertu des lois fiscales spéciales, escroquerie fiscale simple (art. 14 al. 2 DPA) et aggravée (art. 14 al. 4 DPA).

Toutefois, dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière pénale, l'art. 24 OIMP (par renvoi de l'art. 3 al. 3 let. a EIMP) prévoit que pour l'examen de la notion d'escroquerie en matière fiscale, l'art. 14 al. 2 DPA demeure applicable. Il en va de même à propos de la CDI-USA où l'art. 26 et son protocole pour la notion de « tax fraud or the like » prévoient l'application de l'escroquerie fiscale selon l'art. 14 al. 2 DPA²⁹⁾. Au sens de la jurisprudence, l'usage de faux n'est pas le seul cas d'escroquerie fiscale, seul est déterminant le point de savoir si les faits exposés dans la requête d'entraide apparaissent astucieux au sens de l'art. 14 al. 2 DPA au point qu'il faille soupçonner une escroquerie fiscale³⁰⁾.

Il en ressort de ce qui précède que sur le plan interne suisse dans l'actuelle fiscalité directe, le concept de fraude fiscale sera applicable (art. 186 LIFD, «Urkundenmodell» – usage de faux), tandis que pour le même cas de figure

²⁷⁾ Arrêt du Tribunal fédéral 6B. 79/2011 du 5 août 2011, consid. 6.3.4. Le TF se réfère aux travaux d'*E.H. Paltzer*, «Der Abgabe- und Steuerbetrug im schweizerischen Bundessteuerrecht im Vergleich zu den entsprechenden Regelungen in der BRD und den USA», diss. Zurich 1989, p. 51, de *P. J. Michael*, «Der Steuer- und Abgabebetrug im schweizerischen Recht», diss. St-Gall 1992, p. 135, et de *Meier-Schatz/Nobel/Waldburger*, «Die Auswirkungen eines EU-Beitritts auf den Finanzplatz Schweiz», Zurich 2001, N. 695, p. 249.

²⁸⁾ Message du 15 juin 2007, FF 2007 p. 5926; *Giovanni Molo*, AJP/PJA 2009, pag. 194. A l'heure actuelle, le gain particulièrement important n'a pas été défini par le Tribunal fédéral.

²⁹⁾ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6011/2012 du 10 mars 2013, consid. 4.1; Arrêt du Tribunal fédéral 2A.608/2005 du 10 août 2006, consid. 1; 2A.430/2005 du 12 avril 2006 consid. 4.1, 2A.352/2005 du 6 janvier 2006 consid. 1, 2A.233/2003.

³⁰⁾ Arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.60/61 du 27 août 2009, consid. 5.6; *Robert Zimmermann*, n° 643.

dans le cadre d'une entraide pénale demandée à la Suisse, l'examen du cas sera fait sous l'angle de l'astuce selon l'art. 14 al. 2 DPA (« Arglistmodell » – selon les critères de l'art. 146 CP).

III. L'avant-projet de la loi GAFI

1. Vue d'ensemble sur les principales innovations prévues dans l'avant-projet

Les recommandations GAFI adoptées le 16 février 2012 invitent les pays membres à ériger en infractions préalables au blanchiment toutes les infractions graves³¹⁾. La nouveauté réside dans le fait que le Glossaire général mentionne, parmi les catégories désignées d'infractions, les infractions fiscales pénales liées aux impôts directs et indirects³²⁾.

En outre, dans son évaluation sur la législation suisse, le GAFI a mis particulièrement l'accent sur la différence entre les actions au porteur prévues aux articles 622 ss CO et le principe de transparence sanctionné par la recommandation 33, adoptée formellement en février 2012³³⁾. Pour faire face à cette censure, le Conseil fédéral a proposé notamment l'introduction de plusieurs obligations de communication de l'actionnaire, ainsi que l'introduction d'un registre qui devra être tenu par le Conseil d'Administration et où devront résulter aussi bien les actionnaires de la société que ses ayant-droits économiques³⁴⁾. L'avant-projet prévoit, par ailleurs, des obligations de diligence renforcées pour les personnes politiquement exposées (PPE). Dans un souci d'uniformisation, ces nouveaux devoirs seront introduits directement dans la LBA, étant donné que actuellement les exigences relatives aux PPE sont réglées soit par l'OBA-FINMA, soit par l'ordonnance de la CFMJ du 12 juin 2007 sur le blanchiment d'argent (OBA-CFMJ), ordonnances qui ont un champ d'application différent³⁵⁾. Ceci implique l'extension des exigences relatives aux PPE à tous les intermédiaires financiers et non plus seulement aux personnes soumises au contrôle de la part de la FINMA (en particulier les banques)³⁶⁾. En ce qui concerne la définition matérielle de PPE, l'avant-projet prévoit également des

³¹⁾ Cf. recommandation n° 3. La note interprétative de cette recommandation précise que chaque état membre doit au minimum inclure une éventail d'infractions au sein de chacune des catégories désignés.

³²⁾ Il s'agit du seul ajout dans la liste des recommandations 2012 par rapport à celle de 2003; *Ursula Cassani*, RSDA 2013 p. 18.

³³⁾ Rapport, p. 7; *Marc Bauen/Nicolas Rouiller*, pag. 99 note en bas de page 36.

³⁴⁾ Rapport, pp. 9 – 13. Cf. en particulier la proposition des nouveaux art. 697j ss CO.

³⁵⁾ Rapport, pp. 14 – 16. L'OBA-FINMA s'adresse exclusivement aux banques, aux directions de fonds, aux sociétés d'investissement de fonds collectifs, aux gestionnaires de fortune au sens de la LPCC, aux institutions d'assurance et aux négociants en valeurs mobilières (intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 2, let. a à d, LBA), de même qu'aux intermédiaires financiers directement soumis (IFDS) au sens de l'art. 2, al. 3, LBA. Pour sa part, l'OBA-CFMJ ne s'applique qu'aux maisons de jeu (art. 2, al. 2, let. e, LBA).

³⁶⁾ Rapport, pp. 14 – 15. Cf. la proposition du nouvel art. 2a LBA.

nouveautés. En effet, la Recommandation 12 du GAFI du février 2012 se réfère aux relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées (PPE), en imposant des obligations de diligence fondées sur les risques. L'avant-projet propose donc de modifier la LBA, en y incluant une obligation générale d'identification des PPE, ainsi que des obligations de diligence particulières relatives aux PPE nationales et aux PPE d'organisations internationales. Les obligations de diligence accrues à l'égard des PPE, réglées jusqu'à maintenant principalement par l'OBA-FINMA, seront désormais réglées au niveau de la loi.

L'avant-projet de la Loi GAFI prévoit aussi une limitation du paiement en espèces, aussi bien pour l'achat d'immeubles que de biens meubles³⁷⁾.

Enfin, la Loi GAFI introduit également les délits fiscaux graves (« serious tax crimes ») parmi les délits préalables au blanchiment d'argent. La traduction dans le droit suisse de la notion de « serious tax crimes » que les recommandations du GAFI n'ont pas définie pour la laisser à l'appréciation de chaque État, était le point le plus délicat et le plus important d'un point de vue des conséquences pour les intermédiaires financiers suisses³⁸⁾. Comme on l'a relevé plus haut, dans la conception traditionnelle suisse tous les délits fiscaux étaient exclus du domaine d'application matérielle de la lutte contre le blanchiment d'argent, à l'exception de l'escroquerie fiscale qualifiée en matière d'impôts indirects prévue par l'article 14 al. 4 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA)³⁹⁾.

2. Introduction de la notion de « serious tax crime » dans le droit suisse

Préliminairement, il convient de rappeler que contrairement à la conception classique du blanchiment d'argent, où les actifs blanchis sont contaminés dès le début par une origine criminelle (comme par exemple, le produit d'un trafic de drogue ou la fraude dans le secteur financier), cette hypothèse tombe généralement dans le cadre des infractions fiscales, puisque dans ce cas les fonds sont d'origine licite, mais l'avantage qui découle de la non imposition par les autorités fiscales est constitutif d'illicéité⁴⁰⁾. Il en découlerait un « nœud gordien » sur l'idoneité par principe des infractions fiscales en tant que infractions sous-jacentes au blanchiment qui a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine⁴¹⁾. La question de principe a été en quelque sorte dépassé par le fait même que le GAFI, avec l'approbation aussi de la Suisse, a reconnu aux infractions fiscales graves le statut de possible infraction préalable au blanchiment d'argent. Il ne reste pas moins que des questions d'ordre probatoire peuvent se poser en relation avec des biens non fiscalisés par rapport auxquels l'intermédiaire financier

³⁷⁾ Rapport, pp. 22 – 28. Cf. la proposition des nouveaux artt. 2 al. 1bis, 2b et 2c LBA.

³⁸⁾ *Renate Schwob*, *Der Schweizer Treuhänder* 2011, pag. 288.

³⁹⁾ RS 313.0; *Renate Schwob*, *Der Schweizer Treuhänder* 2011, pag. 286.

⁴⁰⁾ *Felix Lopez*, *AJP/PJA* 2005, pag. 672; *Giovanni Molo*, *AJP/PJA* 2009, pag. 193; *Ursula Cassani*, *Journée 2004 de droit bancaire et financier*, pag. 13 ss.

⁴¹⁾ Voir tout récemment avec plusieurs réf. *Ursula Cassani*, *RSDA* 2013, pag. 22.

n'est en position de reconnaître l'infraction fiscale que dans un moment postérieur à l'acceptation des valeurs et indéterminé. Cette difficulté peut être prise en compte dans la concrète définition des « serious tax crimes ». Par exemple, en présence d'avoirs qui sont soustraits à une société commerciale par le biais de bilans falsifiés, qui déterminent des coûts fictifs, des flux financiers y correspondant qui seraient transférés sur le compte bancaire de l'actionnaire, pourraient être considérés comme ayant « ab initio » une origine illicite. En revanche, dans le cas d'un patrimoine non déclaré détenu par le contribuable directement ou par le biais d'une société *offshore*, la contamination des avoirs ne se réaliserait que *ex post*, une fois éludés les impôts sur les revenus. En présence d'une fraude fiscale, plus facilement les actifs en question pourraient en revanche être considérés d'emblée d'origine criminelle.

Le GAFI n'a pas défini la notion d'infractions pénales graves qui entrent dans le domaine d'application matérielle de la lutte contre le blanchiment d'argent⁴²⁾. Cette organisation internationale, dont la Suisse est un Etat membre, a uniquement indiqué que cette catégorie d'infractions doit comprendre aussi bien la fiscalité directe que la fiscalité indirecte⁴³⁾. Toutefois, selon le droit suisse, l'art. 305bis CP limite la liste des infractions préalables au blanchiment d'argent aux crimes seulement (art. 10 al. 2 CP), c'est-à-dire aux infractions passibles d'une peine privative de liberté supérieure à 3 ans⁴⁴⁾. Dans le cadre de l'avant-projet, le Conseil fédéral a décidé de conserver cette distinction⁴⁵⁾. Si l'avant-projet du Conseil fédéral entre en vigueur, les changements dans l'ordre juridique suisse ne seront pas négligeables. D'une part, la redéfinition des infractions dans la fiscalité directe et les circonstances aggravées transformeront en profondeur le droit en vigueur (« serious tax crimes » – 186 AP-LIFD et 59 AP-LHID, 14 al. 4 AP-DPA). D'autre part l'intermédiaire financier sera confronté à de nouvelles obligations très étendues. En effet, contrairement au droit actuel, au moment où l'intermédiaire, que ce soit une banque, un gérant de fortune ou un fond de placement, recevra de l'argent, il devra s'interroger si les

⁴²⁾ www.fatf-gafi.org, Rubrique « Methods and Trends » et « Typologies Reports »; Consultation « The Review of the Standards - Preparation for the 4th Round of Mutual Evaluations », pag. 10; *Othmar Strasser*, *Der Schweizer Treuhänder* 2010, pag. 616; *Renate Schwob*, *Der Schweizer Treuhänder* 2011, pag. 284.

⁴³⁾ Rapport, pp. 16 – 17; Consultation (n. 30), pag. 10.

⁴⁴⁾ On notera que la méthode du seuil telle que conçue par les Recommandations du GAFI se base en revanche sur une peine d'un an (cf. *Giovanni Molo*, *AJP/PJA* 2009, pag. 196).

⁴⁵⁾ Rapport, p. 17. Cf. *Andreas Donatsch*, *ASA* 81, n. 1/2, 2012/2013, pp. 9 – 10 en ce qui concerne la possibilité de changer le seuil des infractions préalables au blanchiment d'argent à une peine privative de liberté d'au moins un an, conformément à la définition générale d'infractions graves contenue dans les recommandations du GAFI. A notre avis, un tel changement ne se conçoit pas et mettrait en discussion l'entier Code pénal de 2007, étant donné que la force motrice de la révision était justement la division entre crimes et délits avec un seuil placé à 3 ans de peine privative de liberté. De cet avis aussi *Ursula Cassani*, *RSDA* 2013, pag. 19.

fonds proviennent d'un crime fiscal constitutif de blanchiment⁴⁶⁾. D'un point de vue pénal, la sanction des inobservances des devoirs de diligence peut se traduire par un concours ou une complicité de blanchiment d'argent (305^{bis} CP). On relève à ce propos que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les réglementations anti-blanchiment mettent l'intermédiaire financier dans une position de garant qui, par conséquent, rend possible son incrimination pour blanchiment d'argent par omission en cas de violation de ces devoirs⁴⁷⁾. Le blanchiment est une infraction intentionnelle, toutefois la notion de dol éventuel pourra en éteindre de manière significative la portée. Il suffira que l'intermédiaire financier ait violé des obligations de diligence, en acceptant la possibilité que les avoirs qui lui ont été versés soient de provenance criminelle. En outre, toujours selon la Haute Cour, d'un point de vue civil, l'intermédiaire financier pourrait être obligé à rembourser les victimes du crime sous-jacent au blanchiment si le gestionnaire accepte par dol éventuel que les avoirs sont d'origine criminelle⁴⁸⁾. Si on combine ce risque avec les nouvelles prescriptions de la LBA contenues dans l'avant-projet, cela pourrait être très dangereux en terme de responsabilité pour l'intermédiaire.

3. Critique des principes inspirateurs du projet

Premièrement, à notre avis, les principes qui ont inspiré cette réforme ont été fixés par le Conseil fédéral de manière quelque peu contradictoire. En effet, d'une part le Conseil fédéral s'est proposé de mettre en œuvre les recommandations du GAFI dans le droit interne de façon à ne pas anticiper la révision totale du droit pénal fiscal⁴⁹⁾ et de se baser, dans la mesure du possible, sur le droit en vigueur⁵⁰⁾. D'autre part, le Conseil fédéral a décidé d'appliquer déjà dans le cadre de la législation GAFI, un principe considéré comme essentiel pour la révision du droit pénal fiscal, à savoir celui de « l'unité des faits »⁵¹⁾. Il en ressort que les éléments constitutifs des infractions fiscales doivent être définis

⁴⁶⁾ Sous cet angle, on pourrait dire que le nouveau droit aura des effets rétroactifs, car il s'applique même à une relation d'affaire en cours.

⁴⁷⁾ ATF 136 IV 188 consid. 6.2.2.

⁴⁸⁾ Arrêt du TF 4A_594/2009 du 27 juillet 2010 consid. 3.6; ATF 129 II 97 consid. 3.2; Cf. aussi *Ursula Cassani*, Journée 2004 de droit fiscal et financier, pag. 13-14; *Robert Zimmermann*, n. 295 et 601.

⁴⁹⁾ Au regard de la mission qu'il a confiée au Département fédéral des finances pour procéder à une révision totale du droit pénal fiscal; cf. le communiqué de presse du 21 septembre 2012: in <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=46074>.

⁵⁰⁾ Rapport, pag. 19. Cf. aussi le communiqué de presse du Conseil fédéral du 21 septembre 2012 « *Le Conseil fédéral entend unifier le droit pénal fiscal* ».

⁵¹⁾ Cf. le communiqué de presse (n. 43): « *les faits constitutifs d'une infraction doivent être définis de manière analogue. L'objectif est d'harmoniser les règles qui s'appliquent, d'une part, à l'impôt fédéral direct, à la TVA, à l'impôt anticipé et aux droits de timbre et, d'autre part, au travers de la loi sur l'harmonisation aux impôts directs des cantons et des communes* ».

d'après le Conseil fédéral de manière identique pour les différents types d'impôts, directes et indirectes, afin d'harmoniser la réglementation en vigueur⁵²⁾.

Sans qu'il soit, pour l'instant, nécessaire d'être plus précis, il est cependant clair que ce principe de « l'unité des faits » n'est encore qu'une simple déclaration d'intention de la part du Conseil fédéral, qui n'a fait l'objet d'aucune élaboration d'avant-projet de loi et d'aucun examen dans le cadre de la procédure de consultation. Toutefois, ou l'on choisit d'abord de se conformer au standard du GAFI en intervenant le moins possible sur le droit en vigueur pour, dans un second temps, revoir éventuellement les principes de fond du droit pénal fiscal, aussi bien en droit matériel qu'en droit procédural (ce qui semble plus cohérent d'un point de vue législatif); ou l'on choisit, au contraire, d'anticiper la révision du droit pénal fiscal et d'en faire un paquet législatif unique avec celui sur la mise en œuvre des nouvelles recommandations du GAFI. Refuser, en revanche, de devancer la révision du droit pénal fiscal tout en voulant en même temps l'anticiper semble être une approche contradictoire.

En particulier, la réforme du droit pénal fiscal (qui était destinée à mettre en quelque sorte en discussion la distinction entre soustraction d'impôt et fraude fiscale⁵³⁾ et également le secret bancaire suisse tel qu'il est conçu actuellement), ne devrait pas être scindée en deux avant-projets séparés et soumise à la consultation en temps différés, mais elle devrait plutôt faire l'objet d'un seul paquet législatif. En effet, il n'est pas totalement exclu que ces deux avant-projets soient rejetés par les associations concernées, par les cantons ou par le Parlement étant donné que cette modification semble vouloir anticiper de facto la réforme du système du droit pénal fiscal suisse. D'autre part, en revanche, en cas d'acceptation, la voie de la réforme souhaitée par le Conseil fédéral serait ouverte sans obstacles particuliers, réforme qui parmi les différents aspects, devrait autoriser l'accès aux autorités fiscales aux données bancaires, même celles concernant les procédures pour soustraction d'impôt.

4. Extension de l'escroquerie fiscale qualifiée dans le cadre de l'impôt indirect

4.1 Elargissement du champ d'application

L'avant-projet prévoit une révision de l'art. 14 al. 4 DPA. Il est tout d'abord prévu d'élargir le domaine d'application des éléments prévus pour l'escroquerie fiscale qualifiée. Le droit en vigueur limite son application aux droits d'importation et d'exportation. La révision de loi prévoit de l'étendre à toute la fiscalité indirecte de façon à inclure notamment, la TVA, l'impôt anticipé, les droits de timbres, ainsi que les émondements et les taxes perçues par la Confédération⁵⁴⁾.

⁵²⁾ Rapport, p. 17.

⁵³⁾ L'avant-projet contient jusqu'à l'heure uniquement l'introduction de escroquerie fiscale dans la fiscalité directe: on relève toutefois que la distinction entre escroquerie fiscale et soustraction d'impôt s'estompe par rapport à celle avec la notion de fraude fiscale.

⁵⁴⁾ Rapport, pp. 17-18.

4.2 Les éléments constitutifs du nouvel article 14 al. 4 DPA

Les nouveaux éléments prévoient, par ailleurs, un assouplissement des éléments essentiels de qualification de l'escroquerie fiscale aggravée. En effet, la qualité de « membre d'une bande », constituée pour commettre systématiquement des escroqueries qualifiées en matière fiscale, n'existera plus. Si l'extension à tous les impôts du domaine d'application matérielle de l'escroquerie fiscale qualifiée semble absolument nécessaire pour transposer la recommandation du GAFI sur les « serious tax crimes », on peut en revanche discuter sur l'opportunité d'atténuer les éléments constitutifs de l'infraction. En effet, si on considère que l'objectif déclaré du Conseil fédéral était celui d'anticiper le moins possible la révision du droit pénal fiscal en intervenant le moins possible sur le droit en vigueur, on peut donc considérer à ce stade que cet assouplissement est peu opportun. Par ailleurs, même en l'absence d'indications concrètes de la part du GAFI, la concrétisation des recommandations doit être analysée en tenant compte aussi de la transposition qui a fait les autres places financières, en le comparant également avec leur conception de la lutte contre le blanchiment d'argent⁵⁵⁾.

1. Comme dans le droit actuellement en vigueur, l'escroquerie fiscale présuppose un élément d'astuce particulier, caractérisé par des affirmations fallacieuses, par la dissimulation de faits vrais ou dans le fait de conforter dans l'erreur l'autorité fiscale. La détermination de la tromperie astucieuse est définie comme suit par la jurisprudence relative à l'art. 146 CP qui est essentielle: tout comportement astucieux par lequel l'auteur garde pour lui une contribution (ou une part de celle-ci), de quelque nature que ce soit, due à l'Etat, ainsi que tout comportement astucieux par lequel l'auteur porte atteinte au patrimoine fiscal de l'Etat⁵⁶⁾. On notera de plus que en matière de fiscalité indirecte, c'est-à-dire là où la charge fiscale est due à un contribuable mais l'imposition est transférée à des tiers, la répression de l'avantage illicite qui finalement n'est pas transmis à l'autorité fiscale des contributions se rapproche à l'abus de confiance (138 al. 1 CP)⁵⁷⁾.
2. En revanche, contrairement à l'ancien droit, l'avant-projet se fondera sur deux nouveaux éléments constitutifs alternatifs: i) soit l'auteur agit par métier ou ii) soit-il recourt à l'aide de tiers. Le rapport du Conseil fédéral souligne donc la volonté d'étendre la réalisation de l'escroquerie fiscale qualifiée par rapport au droit en vigueur.
 - 2.1 Le métier suppose que l'auteur ait agi dans le temps, en consacrant à l'activité délictueuse des efforts et/ou des capacités tels à faire apparaître cette dernière comme une activité professionnelle, principale ou accessoire, et que l'auteur aspire à obtenir des revenus relativement réguliers

⁵⁵⁾ *Carlo Lombardini / Jean-Baptiste Zufferey*, AJP/PJA 2007, p. 1097, en particulier note en bas de page 8.

⁵⁶⁾ ATF 125 II 250 consid. 3a. Cf. infra § 2 ss.

⁵⁷⁾ *Daniel Holenstein*, StR 68/2013, pag. 256.

représentant un apport notable au financement de son genre de vie et qu'il se soit, d'une certaine façon, installé dans la délinquance⁵⁸). Dans le cadre des infractions fiscales, la détermination du métier sera notamment en fonction à l'attitude réitérée du contribuable, à son organisation, l'importance des avantages retirés, ainsi que des moyens consacrés à la réalisation de l'infraction. Ces critères sont donc subjectifs, attendu que l'examen sera fait sur le comportement qui a eu le contribuable à travers le temps.

2.2 S'agissant du recours à des tiers, il suppose que le tiers participe à l'escroquerie en qualité de coauteur, en intervenant de manière essentielle. Le tiers est donc un participant nécessaire à l'accomplissement de l'infraction, pour autant que ses actes soient dans un rapport de causalité avec le résultat, c'est-à-dire qu'ils y aient contribué. La participation d'un complice n'est, en revanche, pas suffisante⁵⁹). En ce qui concerne le concours de l'intermédiaire financier, son apport et son aide à la réalisation de l'infraction doivent être déterminants. Il sera retenu coauteur de l'infraction, s'il aide activement le contribuable à éluder l'impôt ou s'il peut raisonnablement connaître compte tenues des circonstances que le comportement du contribuable constitue une tromperie astucieuse dans le but d'éluder l'impôt.

3. L'infraction prévue à l'art. 14 al. 4 AP-DPA est une infraction de résultat, il ne suffit pas que l'auteur ait eu simplement le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite ou encore de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits des pouvoirs publics. Il faut que ce résultat se soit effectivement produit, et ceci, dans une mesure particulièrement importante⁶⁰). L'exigence d'un profit indu particulièrement important a été introduite car elle compromet considérablement les intérêts de l'organisme public. À cet effet, la modification de l'avant-projet n'est que de nature terminologique, consistant dans l'adjonction des termes « profit particulièrement important », la notion sera donc définie par la jurisprudence selon le cas d'espèce et en fonction, plus particulièrement, du type d'impôt pris en considération et du taux⁶¹). A notre avis, compte tenu aussi du principe de la sécurité du droit, le seuil doit être établi de manière objective, indépendamment de la gravité sub-

⁵⁸) Cf. à titre illustratif la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'art. 305bis al. 2 let. c CP s'agissant du métier: ATF 129 IV 253 consid. 2.1; ATF 119 IV 129 consid. 3; ATF 116 IV 319 consid. 4b; ATF 116 IV 319 consid. 4a; Arrêt du Tribunal fédéral 6P.15/2007 du 19 avril 2007 consid. 7.1.1.

⁵⁹) A notre avis, l'exigence que le tiers soit coauteur de l'infraction ne se justifie pas et rend la délimitation de l'infraction plus difficile à déterminer, puisque l'examen doit être fait également sur le rôle qui a eu le tiers dans l'escroquerie fiscale. Il serait beaucoup mieux de considérer le tiers comme un élément objectif déterminant à l'accomplissement de l'infraction, sans s'attarder à examiner le degré de participation à l'infraction (cf. notamment l'art. 164 CP et jurisprudence relative, par exemple ATF 126 IV 10 consid. 2d *«le tiers qui se borne à recevoir une prestation n'est pas punissable»*).

⁶⁰) Rapport, p. 55.

⁶¹) Rapport, p. 56.

jective du cas d'espèce. Il s'agit d'un élément constitutif de l'infraction. Autrement dit, si un contribuable verse normalement un million de francs au fisc mais réalise une économie d'impôt par l'entremise d'une escroquerie fiscale aggravée d'un montant jugé «particulièrement important», il accomplit l'infraction de l'art. 14 al. 4 DPA (sans prendre en compte donc sa situation fiscale)⁶². Toutefois, concernant la faute, elle sera jugée compte tenu des circonstances du cas en espèce, et dans le cadre de cette la situation fiscale du contribuable sera prise en compte (art. 47 ss CP).

On remarque que, contrairement à ce qu'il est prévu pour les impôts directs (art. 186 al. 1bis LIFD) concernant l'omission de déclaration des éléments imposables jusqu'à 600'000.– CHF, en matière d'impôts indirects selon l'art. 14 al. 4 AP-DPA, l'accent est mis sur le profit indu d'une omission d'imposition. Le résultat est l'impôt virtuel qui a été soustrait dont le montant s'il est jugé «particulièrement important» rendra applicable le nouvel art. 14 al. 4 DPA.

En ce qui concerne les éléments constitutifs subjectifs, l'escroquerie qualifiée en matière de contributions, d'impôts ou de douanes est une infraction qui ne peut être commise qu'intentionnellement, ce qui implique que l'auteur ait eu l'intention de réaliser un gain important. L'escroquerie fiscale qualifiée reste passible d'une peine privative de liberté jusqu'à 5 ans de façon à dépasser le seuil de l'art. 10 al. 2 CP des infractions préalables du blanchiment d'argent au sens de l'art. 305bis CP.

IV. Introduction de l'escroquerie fiscale simple et qualifiée dans le domaine de la fiscalité directe

1. Remarque préliminaire

L'avant-projet de loi envisage une révision importante du droit pénal fiscal. Comme nous l'avons dit précédemment, le droit en vigueur ne prévoit pas d'infractions qualifiables comme crimes dans la fiscalité directe, ce qui est contraire aux nouvelles recommandations du GAFI et qu'il faut donc corriger dans le cadre de la révision. Par ailleurs, l'articulation du droit en vigueur est critiquée dans le rapport du Conseil fédéral: il existerait, en effet, une différence de traitement injustifiée entre les contribuables qui remettent de faux documents à l'autorité fiscale, notamment des faux bilans, et ceux qui se limitent à envoyer une fausse déclaration fiscale, car les premiers s'exposeraient également à une peine pour fraude fiscale, alors que les seconds risquent uniquement la soustraction fiscale⁶³.

⁶² Contra: *Andreas Donatsch*, ASA 81 (2012/2013), pag. 9 qui propose de prendre en considération le ratio entre impôts dus et impôts éludés. Nous retenons que cet aspect doit être pris en considération uniquement dans le cadre de la fixation de la faute (art. 47 ss CP).

⁶³ Rapport, pp. 59-60.

Toutefois, en réalité, la disparité de traitement évoquée par le Conseil fédéral n'est que théorique, vu qu'il existe une raison pour laquelle le contribuable qui non seulement envoie une fausse déclaration fiscale, mais utilise des faux documents dans un but de tromperie, est condamnable non seulement pour soustraction d'impôt mais aussi selon l'art. 186 LIFD et 59 LHID⁶⁴). Autrement dit, la différence de traitement équivaut à une différence de situation et elle n'est donc pas à notre avis injustifiée, car elle reflète une composante plus grave que la soustraction d'impôt. Toujours est-il que s'agissant de la fixation de la faute, le gain tiré de l'infraction sera notamment pris en compte pour établir la peine, même s'agissant de la soustraction. Il en ressort de ce qui précède que le vrai point crucial actuellement en discussion n'est pas tellement celui d'éliminer dans le droit pénal fiscal suisse la distinction entre soustraction d'impôt et fraude fiscale, quant plutôt celui de l'accès de la part des autorités fiscales aux données bancaires même en présence de soustraction d'impôt.

2. Les éléments constitutifs des nouveaux articles 186 AP-LIFD et 59 AP-LHID

L'avant-projet de loi crée un nouveau cas d'escroquerie fiscale dans le cadre des impôts directs, en supprimant l'actuel cas de fraude fiscale tout en l'englobant dans le cas d'escroquerie fiscale. Selon l'art. 186, al. 1 AP-LIFD, le délit d'escroquerie fiscale est maintenant considéré comme une infraction de résultat supposant la réalisation intentionnelle d'une soustraction d'impôt, ce dernier est donc l'élément de base dans le droit pénal proposé.

1. Il existe deux éléments qualificatifs alternatifs constituant l'escroquerie fiscale.

1.1 En premier lieu, selon les art. 59 al. 1 let. a AP-LHID et 186 al. 1 let. a AP-LIFD est punissable «le fait de tromper l'autorité fiscale en faisant usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, tels que des livres comptables, des bilans, des comptes de résultat ou des certificats de salaire et autres attestations de tiers », conformément à l'ancien délit de fraude fiscale précédemment en vigueur⁶⁵). Le droit en vigueur sera donc transposé dans les nouveaux art. 186 al. 1 let. a AP-LIFD et 59 al. 1 let. a AP-LHID, ce qui implique que les considérations faites par la jurisprudence resteront d'actualité même après la révision.

1.2 En second lieu, selon les art. 59 al. 1 let. b AP-LHID et 186 al. 1 let. b AP-LIFD, l'escroquerie fiscale est réalisée si on induit « astucieusement en erreur l'autorité fiscale »⁶⁶). De cette façon, la tromperie est réalisée

⁶⁴) En effet, on rappelle que selon le Tribunal fédéral, l'envoi d'une fausse déclaration fiscale ne constitue pas un titre faux au sens de l'art. 186 LIFD, en l'absence du caractère probant de la déclaration même selon l'art. 110 al. 5 CP. *Xavier Oberson*, pag. 596 N°51; ATF 110 IB 252 en RDAF 1987 pag. 274.

⁶⁵) Rapport, pag. 62.

⁶⁶) Rapport, pag. 60.

par l'entremise de fausses déclarations, en dissimulant des choses vraies, ou en confirmant son erreur. Cette dernière est la grande nouveauté introduite dans le cadre de la fiscalité directe, dans le sens que l'escroquerie fiscale et le modèle de la tromperie astucieuse seront repris de l'art. 14 al. 2 DPA applicable dans le domaine de la fiscalité indirecte. Ainsi, le Conseil fédéral veut inclure ces deux éléments constitutifs alternatifs dans une seule et unique infraction pénale, en combinant le modèle des art. 59 LHID et 186 LIFD (« Urkundenmodell ») avec le modèle de l'escroquerie fiscale prévue à l'art. 14 DPA (« Arglistmodell »)⁶⁷⁾.

Dès lors, on peut se poser la question de savoir si le simple fait d'interposer une société écran ou une structure offshore entre l'assujetti et l'autorité fiscale peut être suffisant⁶⁸⁾. Si la constitution des sociétés offshore s'effectue en plein respect du cadre légal, elle ne doit pas être répréhensible⁶⁹⁾. Néanmoins, à la lumière de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral rendue dans le cadre de la « tax fraud or the like » selon l'art. 26 de la CDI entre Suisse et Etats-Unis, on relève que si ces structures ont des signes ou des éléments insolites qui sont mises en place dans le but de tromper le fisc avec des manœuvres astucieuses, l'escroquerie fiscale peut être réalisée⁷⁰⁾. Selon le Tribunal administratif fédéral, si la constitution de ces sociétés respecte « les règles du jeu », la séparation juridique entre celle-ci et les ayants droit économique doit être acceptée en droit fiscal⁷¹⁾. En revanche, si le contribuable interpose une structure offshore sans respecter les règles juridiques de séparation entre cette entité et sa fortune personnelle il y a la création d'un édifice de mensonge. Il y a édifice de mensonge constitutif d'une tromperie astucieuse si: i) le contribuable cache des avoirs au fisc (soustraction d'impôt); ii) en rendant plus difficile la découverte de ses avoirs, il constitue une structure juridique distincte; iii) mais il ne respecte pas les règles juridiques de cette structure en se comportant comme si elle n'existait pas⁷²⁾. En d'autres mots, il y a astuce si le contribuable

⁶⁷⁾ *Andrea Pedrolì*, RtiD II-2010, pag. 453 ss, pp. 505 en référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.608/2005 du 10 août 2006 consid. 1 in fine et 1A.244/2002 du 24 octobre 2003 consid. 3.1. Cf. aussi *Meinrad Betschart*, ASA 58, pag. 545 ss; *Peter Böckli*, Steuer Revue 1984, pag. 158 ss.

⁶⁸⁾ Cf. aussi *Daniel Holenstein*, StR 68/2013, pag. 257.

⁶⁹⁾ Archives 66, pag. 414; RDAF 1972 pag. 302; *Xavier Oberson*, pag. 582 N° 2.

⁷⁰⁾ Arrêt du Tribunal fédéral 6B.79/2011 du 5 août 2011, consid. 6.5.3: mais dans la mesure où «noch zusätzliche Täuschungselemente hinzutreten». Cf. aussi *Urs Behnisch*, Aktuelle Entwicklungen in der Amts- und Rechtshilfe im Steuerbereich, pag. 255 ss; *Michael Beusch / Alexander Misic*, Tax Treaty Case Law around the Globe, pag. 10.

⁷¹⁾ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6011/2012 du 13 mars 2013, consid. 4.1; Arrêt du Tribunal administratif fédéral «CS» du 5 avril 2012, A-737/2012, consid. 7.5.5; voir aussi l'arrêt «UBS» du 5 mars 2009, A-7426/2008, consid. 5.5.2.5. *Thomas Cottier / René Matteotti*, Archives 78 (2009/10) p. 355 ss. *Martin Schaub*, RDS 2011 I, p. 219 ss.

⁷²⁾ Arrêt du Tribunal administratif fédéral «UBS» du 5 mars 2009, A-7426/2008, consid. 5.5.2.5; *Xavier Oberson*, ASA 81, Nr. 3, 2012/2013, pag. 119.

tente de faire croire que le titulaire des avoirs est la société de domicile alors qu'il ignore en fait la personnalité juridique de celle-ci et agit à sa place, la création de telle société apparaît alors comme simulée.

L'infraction prévue aux art. 186 al. 1 AP-LIFD et 59 al. 1 AP-LHID restera un délit au sens de l'art. 10 al. 3 CP, passible d'une peine privative de liberté jusqu'à 3 ans ou d'une peine pécuniaire.

2. Toutefois, selon les nouveaux art. 59 al. 1bis AP-LHID et 186 al. 1bis AP-LIFD, l'escroquerie fiscale prévoira une circonstance aggravante si les éléments imposables non déclarés s'élèvent au moins à CHF 600'000.–. Avec cette circonstance aggravante, l'escroquerie fiscale devient donc un crime passible d'une peine privative de liberté jusqu'à 5 ans et, par conséquent, une infraction rentrant dans les infractions préalables au blanchiment d'argent (art. 305bis CP). Il s'agirait donc d'une « soustraction fiscale qualifiée qualifiée ».

3. *Quelques considérations sur le cas aggravé des art. 186 al. 1 bis AP-LIFD et 59 al. 1 bis AP-LHID*

L'introduction d'un seuil précis devrait aider d'après le Conseil fédéral à la sécurité du droit et permettrait de signaler clairement aux intermédiaires financiers à partir de quel moment ils doivent remplir leurs obligations de diligence accrues et, en cas de soupçon de blanchiment d'argent, faire une communication au bureau de communication (art. 9 LBA)⁷³⁾. Toutefois, à notre avis le projet des articles 186 al. 1 bis AP-LIFD et 59 al. 1 bis AP-LHID et particulièrement l'inscription du seuil de CHF 600'000.– sont mal conçus et augmentent la confusion. Premièrement, on constate que contrairement à l'infraction prévue dans le nouvel art. 14 al. 4 DPA (avantage illicite particulièrement important), dans la fiscalité directe l'élément essentiel pour la détermination du seuil ce sont les éléments imposables non déclarés. On relève une différence évidente sur ces objectifs: d'une part dans la fiscalité indirecte il est cumulativement exigé un avantage patrimonial considérable (laissé à l'appréciation de la jurisprudence) et l'action comme métier ou (alternativement) le recours à des tiers; d'autre part dans la fiscalité directe il est exigé la présence d'éléments patrimoniaux non déclarés d'au moins de CHF 600'000.– (abstraction faite, donc, de l'importance de la taxation omise). Cette disparité apparaît totalement injustifiée, elle n'a pas été expliquée par le Conseil fédéral et d'ailleurs mal se conçoit. Deuxièmement, le calcul du seuil de CHF 600'000.– est incertain, dans le sens qu'il n'est pas clair s'il faut compter seulement les éléments soustraits du revenu du contribuable, sa fortune ou bien les deux. En bonne logique, selon nous, il faut prendre en compte l'ensemble des éléments imposables, que ce soit des éléments du revenu ou de fortune du contribuable. En effet, il est sans impor-

⁷³⁾ Rapport, pag. 62.

tance que la LIFD ne s'applique pas en matière de taxation de la fortune, étant donné qu'il s'agit d'une imposition réglée par la LHID⁷⁴⁾. En outre, le droit pénal fiscal, en particulier l'actuel article 186 LIFD, s'applique même s'agissant de l'impôt sur la fortune. En revanche, dans le cadre d'une requête d'entraide internationale en matière pénale vis-à-vis d'un Etat qui ne connaît pas ce type d'imposition, seul sera déterminant l'impôt sur le revenu dans le cadre de l'analyse selon le principe de la double punissabilité⁷⁵⁾.

Troisièmement, il n'est pas clair si le patrimoine soustrait de CHF 600'000.– doit être compté dans une seule période fiscale (c'est-à-dire une année)⁷⁶⁾, ou s'il faut remonter en arrière de 10 ans vu que le recouvrement d'impôt a une prescription décennale, ou encore s'il faut considérer la prescription pénale. Compte tenu du principe de la sécurité juridique, il faudrait préciser cet élément dans la loi, en explicitant une période précise à prendre en compte pour la détermination du seuil⁷⁷⁾.

Quatrièmement, si on raisonne en chiffre, on constate qu'en matière d'impôt sur la fortune, le seuil de CHF 600'000.– déterminé par le patrimoine soustrait est insignifiant par rapport à l'impôt qui serait perçu. Autrement dit, si on applique un taux de 0,2%⁷⁸⁾ sur CHF 600'000.–, on voit que l'impôt soustrait serait seulement de CHF 1'200.–⁷⁹⁾ On relève que si on compare cet impôt soustrait de CHF 1'200.– avec le gain « particulièrement important » de l'art. 14 al. 4 DPA en matière d'impôts indirects, le seuil de CHF 600'000.– apparaît manifestement disproportionné, sans compter qu'il en ressort de ce qui précède que le seuil de condamnation pour escroquerie fiscale qualifiée dans le domaine de la fiscalité indirecte est beaucoup plus élevé que pour celle pour escroquerie fiscale aggravée dans le cadre de la fiscalité directe.

En outre, de manière générale, l'introduction de l'escroquerie fiscale dans le cadre des impôts directs diminuerait la limite entre le délit fiscal et la simple

⁷⁴⁾ Ce qui à notre avis exclut du champ d'application les infractions en matière d'impôts de succession et donation, qui ne sont pas harmonisées.

⁷⁵⁾ Cf. notamment *Laurent Moreillon*, N° 590. Selon le principe de la double incrimination, ou double punissabilité, un fait reproché à un individu doit être punissable tant dans la loi de l'Etat requérant que dans celle de l'Etat requis.

⁷⁶⁾ Dans ce sens semble être *Daniel Holenstein*, StR 68/2013, pag. 258.

⁷⁷⁾ Cf. *Ursula Cassani*, RSDA 2013, pag. 20. Si l'avant-projet entrera en vigueur sans modifications, le renvoi aux lois fiscales concernant la détermination des biens non fiscalisés pourrait amener à considérer que la période à prendre en compte pour le calcul du seuil serait de 10 ans. Ce méthode d'addition des années nous semble pas concevable, étant donné qu'il suffirait ne pas déclarer CHF 60'000.– de fortune sur dix ans pour réaliser le seuil (si on raisonne en terme d'impôt soustrait, elle serait d'environ CHF 120.– par an).

⁷⁸⁾ Le taux de 0,2 % est une moyenne parmi les cantons. C'est le taux appliqué dans le canton Vaud.

⁷⁹⁾ En effet, à notre avis le raisonnement qui expose *Daniel Holenstein*, StR 68/2013, pag. 258 n'est pas convaincant, dans la mesure où la « Steuerperiode » n'est pas déterminante pour la réalisation de l'infraction, et d'ailleurs cet élément n'a pas du tout été inséré dans la loi.

contravention. En effet, si dans le droit en vigueur la distinction est à rechercher dans l'utilisation d'un faux document, avec la proposition du Conseil fédéral, l'infraction d'escroquerie fiscale ne sera plus confinée à l'utilisation d'un faux, en rendant justement plus opaque la distinction. Par ailleurs, par rapport au droit actuellement applicable, l'instauration du modèle de la tromperie astucieuse également dans le domaine de la fiscalité directe déterminera une grande latitude d'interprétation de cette notion indéterminée⁸⁰⁾.

Si l'avant-projet entre en vigueur, l'intermédiaire financier devra par conséquence faire face, dans l'exercice de ses devoirs de communication en application de l'art. 9 LBA, à des distinctions difficiles d'un point de vue juridique.

Comme nous l'avons vu précédemment, le Conseil fédéral a indiqué parmi les lignes directrices de la transposition de la révision des recommandations du GAFI, celle d'anticiper le moins possible la révision du droit pénal fiscal, tout en tenant compte du principe de l'unité entre fiscalité directe et fiscalité indirecte.

On relèvera simplement pour l'instant, que l'escroquerie fiscale dans le cadre de la fiscalité directe qui serait instituée par l'art. 186 al. 1 let. b AP-LIFD est passible d'une peine privative de liberté jusqu'à 3 ans, alors que ce même chef d'imputation dans le domaine de la fiscalité indirecte relève d'une peine jusqu'à un an de privation de liberté selon l'art. 14 al. 2 DPA.

La transposition la plus cohérente avec le droit en vigueur des nouvelles recommandations du GAFI serait donc celle d'introduire dans l'actuel art. 186 LIFD basé sur l'utilisation de faux documents des circonstances aggravantes selon l'actuel art. 14 al. 4 DPA, et notamment la réalisation de l'infraction «en bande» et un avantage illicite important. De cette manière on garderait la distinction entre «Urkundenmodell» et «Arglistmodell», en introduisant une fraude qualifiée passible d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à cinq ans et donc passible d'être le crime préalable au blanchiment d'argent.

Dernièrement, on relève que selon l'art. 305bis al. 2 let. c CP, le blanchiment d'argent sera aggravé et passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire si l'auteur réalise un chiffre d'affaires ou un gain important, en faisant métier de blanchir de l'argent⁸¹⁾. À ce propos, la jurisprudence a fixé le montant minimum à 100'000 francs pour le chiffre d'affaires⁸²⁾ et à 10'000 francs pour le gain important⁸³⁾, et a précisé que la durée de l'activité délictuelle ayant permis de réaliser le chiffre d'affaires ou le gain n'était pas décisive. En outre, l'auteur agit professionnellement en fonction du temps et des moyens qu'il consacre à ses agissements délictueux, de la fré-

⁸⁰⁾ À notre avis, savoir dans quelle mesure cela est conforme au principe de la sécurité juridique est un point qui doit être plutôt approfondi dans le domaine de la révision totale du droit pénal fiscal.

⁸¹⁾ La formule est reprise de l'art. 19 al. 2 let. c LStup; ATF 122 IV 216 consid. d, ATF 117 IV 63 consid. 2a et b, Arrêt du Tribunal fédéral 6S.37/2007 du 19 avril 2007 consid. 7.1.1.

⁸²⁾ ATF 129 IV 188 consid. 3.1.

⁸³⁾ ATF 129 IV 253 consid. 2.2.

quence des actes pendant une période déterminée, ainsi que des revenus visés ou obtenus, alors on considère qu'il exerce son activité délictuelle de manière professionnelle, même accessoire⁸⁴). Il ressort de ce qui précède qu'en cas de réalisation d'escroquerie fiscale aggravée, elle débouchera probablement sur l'application de l'article 305bis al. 2 let. c CP, ce n'est qu'à cause du montant des avoirs confiées à l'intermédiaire financier suisse et du revenu qu'il en tire⁸⁵).

4. Implications sur la coopération pénale internationale dans le domaine fiscal

Face au scepticisme sur les mesures proposées par le Conseil fédéral pour éliminer la réserve fiscale dans la collaboration internationale en matière pénale sur la base de l'EIMP apparu dans la procédure de consultation⁸⁶), le Conseil fédéral a décidé de mettre cet avant-projet de côté, au moins jusqu'à l'issue de la révision du droit pénal fiscal⁸⁷).

Selon l'art. 3 EIMP, la requête d'entraide est notamment irrecevable si la procédure vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales⁸⁸). Il existe, cependant, une exception à l'exception (ou plus précisément une dérogation à la réserve) en matière d'escroquerie en matière fiscale selon l'art. 3 al. 3 let. a EIMP, dans le sens qu'en vertu du renvoi à l'art. 24 OIMP, la notion d'escroquerie fiscale au sens de l'art. 14 al. 2 DPA est déterminante même s'agissant de la fiscalité directe. Il en ressort que dans la fiscalité directe contrairement à la connotation de fraude fiscale prévue à l'art. 186 LIFD en droit interne, dans l'entraide judiciaire en matière pénale l'examen du cas sera donc fait au regard de la tromperie astucieuse et non selon celui de la seule utilisation de faux documents.

Toutefois, l'art. 3 al. 3 let. a EIMP limite la coopération judiciaire seulement à la «troisième partie» de l'EIMP et donc au seul échange des moyens de preuve, à l'exclusion surtout de l'extradition, de la poursuite pénale à titre subsidiaire et à l'exécution des décisions pénales⁸⁹). Les recommandations du GAFI prévoient néanmoins une coopération judiciaire aussi bien pour les crimes pré-alables au blanchiment d'argent que pour ce qui concerne le blanchiment du produit de ces derniers⁹⁰). En conséquence, l'avant-projet de la loi GAFI prévoira une modification de l'art. 3 EIMP en vertu de laquelle, en cas d'escroque-

⁸⁴) ATF 129 IV 253 consid. 2.1; ATF 119 IV 129 consid. 3.

⁸⁵) Le même raisonnement s'applique au cas de l'art. 14 al. 4 DPA.

⁸⁶) Au moins en faveur des États avec lesquels il existe une CDI selon le modèle OCDE. En outre la révision envisageait aussi de retirer la réserve au second protocole additionnel de la Convention européenne d'extradition et de ratifier sans réserve le protocole additionnel de la Convention européenne d'assistance judiciaire en matière pénale. Cf. sur cet avant-projet aussi *Flavio Amadò / Giovanni Molo*, p. 1369-1372.

⁸⁷) Cf. la Synthèse des résultats, p. 10.

⁸⁸) Cf. à ce propos *Laurent Moreillon*, Intro N° 705 ss; *Robert Zimmermann*, Art. 3 EIMP, N° 17 ss.

⁸⁹) Cf. art. 63 EIMP, *Laurent Moreillon*, Art. 63 EIMP, Intro N° 31 ss; Cf. Rapport, pag. 16.

⁹⁰) Rapport, p. 21.

rie qualifiée (aussi bien dans le domaine de la fiscalité directe qu'indirecte) l'assistance judiciaire de la Suisse sera totale et ne se limitera plus uniquement à l'échange des moyens de preuve comme dans le droit en vigueur. Ainsi, après la révision, l'art. 3 EIMP octroiera la faculté à la Suisse d'effectuer des arrestations à des fins d'extradition pour l'escroquerie fiscale qualifiée et de prendre des mesures conservatoires pour la confiscation du profit. L'adaptation de l'EIMP apparaît en tant que telle cohérente avec les recommandations du GAFI. Toutefois, il sera réduit le champ d'application matériel de la coopération pénale, par rapport au droit en vigueur, car elle ne serait désormais fournie que dans les seuls cas d'escroquerie fiscale qualifiée au sens des art. 186, al. 1 bis AP-LIFD et 59, al. 1 bis AP-LHID et non plus dans le cas d'une simple « escroquerie en matière fiscale »⁹¹⁾.

D'ailleurs, la révision rendra possible l'octroi de l'assistance judiciaire face à un intermédiaire financier pour complicité de blanchiment d'argent, le crime sous-jacent étant l'infraction fiscale commise par le client à l'étranger⁹²⁾.

V. Introduction d'obligations de diligence étendues pour empêcher l'acceptation de valeurs patrimoniales non déclarées

1. Remarque préliminaire

Afin de régulariser d'un point de vue fiscal la position de la place financière, le Conseil fédéral a proposé d'étendre les obligations de diligence des intermédiaires financiers et a mis, à cette fin, en consultation un avant-projet de révision de la LBA⁹³⁾. Dans le cadre de la «Weissgeldstrategie» caractérisé par trois piliers principaux, à savoir la définition d'une impôt libératoire à la source⁹⁴⁾, l'amélioration de l'assistance administrative et de l'entraide judiciaire et la mise à jour des obligations de diligence des établissements financiers, l'avant-projet de révision de la LBA constitue donc seulement un échantillon de la chaîne⁹⁵⁾.

2. Champ d'application subjectif

La décision du Conseil fédéral de modifier directement la LBA entraînera des conséquences concernant les obligations de diligence à charge de tous les inter-

⁹¹⁾ Néanmoins, il demeure réservé le cas de la transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations si sont remplies les conditions de l'art. 67a EIMP.

⁹²⁾ En effet, si l'avant-projet du Conseil fédéral entrera en vigueur, la condition de double punissabilité ne sera plus d'obstacle à l'octroi de l'entraide. On rappelle que déjà dans le cadre du droit en vigueur la jurisprudence du Tribunal fédéral est très souple concernant le degré probatoire pour l'octroi de l'assistance judiciaire en matière de blanchiment d'argent (Cf. *Pascal De Preux*, SJZ 104/2008, pag. 34).

⁹³⁾ Rapport, p. 2.

⁹⁴⁾ Ce modèle de coopération fiscale accrue a été mise à l'écart par la manquée ratification de l'accord avec l'Allemagne.

⁹⁵⁾ Cf. notamment le Rapport du Conseil fédéral sur la politique de la Confédération, pag. 32 ss.

médiateurs financiers⁹⁶). En effet, le souci d'harmonisation a amené le Conseil fédéral à écarter les instruments, comme par exemple la Loi fédérale sur les banques, qui ne s'appliqueraient qu'à certains intermédiaires. Cette approche coïncide avec les demandes faites dans ce sens par les milieux bancaires pour éviter, notamment, que seuls les instituts soumis à la FINMA, et plus particulièrement seulement les banques, ne soient touchés par les nouvelles propositions du Conseil fédéral selon la «Weissgeldstrategie»⁹⁷). On peut, toutefois, se demander si cette approche est opportune. En effet, si, par exemple, la banque dépositaire d'un compte est nécessairement au courant des opérations effectuées par le client (par exemple, apports en espèces, ou, plus généralement, utilisation du compte afin d'empêcher toute forme de traçabilité⁹⁸), le gérant indépendant, sous réserve des obligations de vérification sur l'identité du client, s'adresse avant tout à la gestion financière des avoirs, surtout lorsque le gestionnaire ne dispose que d'un seul pouvoir administratif et n'effectue pas (et d'ailleurs il n'a pas la faculté de le faire) de paiements ou d'apports pour le compte du client. Autrement dit, l'extension de la portée des nouvelles obligations de diligence à tous les intermédiaires financiers répond certainement aux attentes des milieux bancaires, mais pas nécessairement au critère de ne traiter de la même façon que les situations qui sont vraiment identiques.

En outre, on relève que la nouvelle réglementation s'appliquera à tous les clients, c'est-à-dire autant aux clients étrangers qu'aux clients suisses, autant aux clients nouveaux qu'aux existants⁹⁹). En effet, en application de l'art. 6a AP-LBA, si l'intermédiaire accepte des valeurs patrimoniales – aussi bien de la part de nouveaux clients que de clients existants – il aura l'obligation de clarifier si ces derniers sont ou seront déclarés. S'il sait ou à des motifs raisonnables de suspecter que les valeurs patrimoniales d'un nouveau client ne sont pas ou ne seront pas déclarées, selon l'art. 11a AP-LBA, il ne doit pas accepter les fonds et doit refuser d'entrer dans le rapport d'affaires.

En cas de relations d'affaires déjà existantes, l'intermédiaire financier ne doit pas accepter les valeurs patrimoniales s'il sait ou a des motifs raisonnables de suspecter qu'elles ne sont pas ou ne seront pas déclarées et dans ce cas, il devra également clarifier la légalité fiscale des autres valeurs patrimoniales investies auprès de lui. En plus, selon l'art. 11b, alinéa 4 AP-LBA, même en l'absence d'un transfert de valeurs patrimoniales, il doit cesser toute relation d'affaires déjà existante s'il a des motifs raisonnables de suspecter que le client a investi auprès de lui des valeurs patrimoniales qui ne sont pas et ne seront pas déclarées. En d'autres mots, d'après l'avant-projet du Conseil fédéral, l'intermé-

⁹⁶) Rapport, p. 4.

⁹⁷) Cf. à ce propos la Prise de position de l'ASB relative à la mise en œuvre d'obligations de diligence étendues en matière de fiscalité et de blanchiment d'argent (reprise des prescriptions du GAFI) du 27 février 2013.

⁹⁸) C'est-à-dire uniquement des retraits en espèces et sans versements bancaires.

⁹⁹) Rapport, p. 3.

diare financier sera placé en premier ligne dans l'application de la « Weissgeldstrategie ».

On relève néanmoins que la portée de ces nouvelles dispositions contenue dans l'avant-projet du Conseil fédéral est très extensive, surtout si on considère que la mini-amnistie fiscale en vigueur en Suisse a des conditions d'application très restrictives. En effet, l'obligation de l'intermédiaire financier de terminer la relation d'affaire avec le client devrait à notre avis être suivie d'une facilitation à la déclaration des éléments soustraits, tant sur la plan du droit suisse que sur celui du droit étranger des contribuables visés. De cette manière, en ce qui concerne notamment le droit suisse, les exigences accrues de diligence à charge des intermédiaires financiers pourraient s'accompagner d'une modification des articles 53 al. 1 et 2, 53a, 56 al. 1bis LHID et 151, 152, 153a, 175 al. 3 LIFD et prévoir un champ d'application plus large de l'amnistie fiscale, surtout concernant le recouvrement d'impôt. En effet, aujourd'hui il est prévu que le recouvrement s'étend aux dix dernières années (art. 53 al. 1 et 2 LHID et 151 et 152 LIFD), y compris les intérêts en retard, laps de temps qui pourrait par exemple être réduit à 3 ans comme c'est le cas pour la dénonciation de la part des héritiers pour les avoirs non déclarés du de cujus (art. 53 LHID et 153a LIFD).

3. L'analyse des risques

Selon l'art. 6a al. 1 AP-LBA, les vérifications de l'intermédiaire financier s'effectueront en fonction d'une analyse des risques. L'art. 6 al. 2 AP-LBA contient un catalogue d'indices possibles indiquant un risque accru, notamment l'utilisation de sociétés de domicile, la réalisation de fréquents transferts en espèces, l'existence d'une procédure pénale ouverte en matière fiscale, l'investissement dans des produits exonérés d'impôt et l'absence de demande d'extraits fiscaux. La présence d'indices de risques accrus devra surtout inciter l'intermédiaire financier à obtenir un éclaircissement spécial, qui pourra intervenir par exemple sous forme d'explications plausibles de la part du client sur le fait que les valeurs patrimoniales remises et les revenus qui en découlent sont ou seront déclarés (ce qu'on appelle « auto-déclaration »). A notre avis, l'auto-déclaration (c'est-à-dire le « formulaire F ») ne constitue pas un titre au sens de l'art. 110 al. 5 CP, car le seuil d'une valeur probante particulière, compte tenu aussi de son caractère autoréférentiel, n'est pas atteint¹⁰⁰⁾. Cette déclaration est généralement considérée, conformément à l'art. 6a al. 3 AP-LBA, comme un indice indiquant un risque inférieur, alternativement à d'autres éléments comme l'autorisation donnée par le client à l'intermédiaire financier de porter à la connaissance de l'autorité fiscale le fait que le client est domicilié en Suisse ou qu'il existe une convention sur l'imposition à la source au niveau international, ou une convention sur l'échange d'informations entre son pays de résidence et la Suisse¹⁰¹⁾.

¹⁰⁰⁾ Autrement dit, il s'agit d'une « *einfache schriftliche Lüge* ».

¹⁰¹⁾ Rapport, pag. 53.

4. *Quelques considérations*

Il est inéluctable que l'introduction d'un régime généralisé de vérification de la part de tous les intermédiaires financiers à l'égard de l'ensemble de leur clientèle, suisse et étrangère, nouvelle ou ancienne, pose des obligations étendues et significatives à la charge de ces derniers, ce qui aura un impact sur les coûts de gestion et sur la compétitivité de la place financière suisse.

On peut aussi se demander si ces indices sont compatibles avec la préservation de la sphère privée des clients, et s'ils ne dénaturent la relation client-intermédiaire financier, en transformant ce dernier en une sorte d'« auxiliaire » du fisc suisse ou du fisc étranger.

A titre d'exemple, ce serait comme vouloir imposer des obligations de contrôle de nature publique au médecin ou à l'avocat concernant ses propres mandants. En réalité, il est évident que l'intermédiaire financier répond déjà aujourd'hui à des intérêts publics dans ses rapports avec le client et l'instauration de devoirs dérivant de la législation contre le blanchiment. Il est cependant très délicat de décider où doit se trouver le point d'équilibre à ce sujet. Du point de vue de la concurrence internationale de la place financière suisse, les orientations prises à ce sujet par d'autres législations (« level playing field ») sont certainement à implémenter⁽¹⁰²⁾. Toutefois, l'initiative suisse d'introduire des obligations actives de diligence de la part des intermédiaires financiers concernant la légalité fiscale de leurs clients représente sur le plan international une tendance isolée, au moins sur la scène européenne. La préoccupation du Conseil fédéral de ne pas découvrir prochainement d'autres contentieux comme ceux qui ont caractérisé les rapports entre les États-Unis et plusieurs banques suisses semble à cet effet tout à fait légitime.

Toutefois, à notre avis, déjà aujourd'hui dans le cadre de l'autorégulation⁽¹⁰³⁾, la convention de diligence des banques prévoit aux articles 7 et 8 CDB 08 l'interdiction de l'assistance active à la fuite de capitaux et l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues. On rappelle que ces interdictions étaient déjà présentes lors de la première convention de 1977⁽¹⁰⁴⁾ et que la FINMA a déjà décidé qu'une banque ne peut pas conseiller ses clients étrangers de se soustraire aux obligations fiscales applicables dans leur pays, et en particulier il est également interdit toute forme d'assistance dans le cadre de construction des sociétés de domicile afin d'éviter l'impôt du⁽¹⁰⁵⁾. En conséquence, à notre avis, l'antidote serait plutôt dans le renforcement de l'actuelle

⁽¹⁰²⁾ *Urs Behnisch / Nadja Capus*, RDS 129 (2010) I, pag. 602.

⁽¹⁰³⁾ Qui est néanmoins reconnue comme « standards minimaux » par la FINMA dans sa circulaire FINMA 2008/10 et par conséquent contraignante.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken 1977-1980, pag. 1-3 et pag. 5-7 en www.swissbanking.org.

⁽¹⁰⁵⁾ FINMA 18 février 2009, EBK investigation of the cross-border business of UBS AG with its private clients in the USA, pag. 12-14.

Convention de diligence qui est déjà en cours de révision (CDB 13)¹⁰⁶, en particulier l'extension de sa portée à tous les intermédiaires financiers et l'introduction de sanctions pénales adaptées en cas de violation de ces interdictions. Par ailleurs, il existe des lacunes sur ce sujet dans le droit en vigueur, par exemple il suffit de rappeler le non-lieu rendu par les autorités pénales zurichoises pour l'affaire UBS¹⁰⁷. Une modification à la convention de diligence pourrait cibler mieux la problématique liée à la nouvelle «Weissgeldstrategie», tout en prévoyant dans le droit pénal matériel la sanction, même aggravée, en cas d'assistance active à l'évasion fiscale de contribuables étrangers¹⁰⁸.

VI. Récapitulatif des devoirs de l'intermédiaire financier en application de la proposition de loi GAFI et de la proposition de révision de la LBA

L'intermédiaire financier devra répondre immédiatement aux soupçons sur les situations fiscales des clients. S'il soupçonne que son client n'a pas déclaré certains avoirs et qu'il n'entend pas les déclarer, il devra refuser la relation d'affaires. Pour un client déjà existant, il devra résilier la relation et mettre fin à son mandat. S'il a des motifs raisonnables de soupçonner que les avoirs en question non déclarés sont le fruit d'une escroquerie fiscale qualifiée, il devra transmettre une communication au service de communication MROS et bloquer les avoirs. En cas d'entrée en vigueur du paquet législatif, l'intermédiaire financier devra donc avoir à l'esprit les deux branches de ses obligations.

En résumé, si l'avant-projet du Conseil fédéral entrera en vigueur, les conséquences pour l'intermédiaire financier seront énormes: i) accroissement des risques de se voir impliqué conformément à l'art. 305bis CP, à des poursuites pénales concernant des infractions fiscales commises par des clients à l'étranger et en Suisse; ii) extension massive des obligations de diligence selon la nouvelle LBA; iii) en cas de soupçons d'escroquerie fiscale qualifiée, voire en présence de simples indices et même s'agissant d'une relation d'affaire déjà en cours, obligation de communication; iv) élargissement des possibilités d'octroi de l'entraide judiciaire en matière pénale contre les intermédiaires financiers suisses par le biais du blanchiment d'argent, puisque selon le principe de la double incrimination, les infractions fiscales seront passibles de blanchiment même en Suisse; v) cette extension en matière d'entraide judiciaire sera aussi possible concernant les infractions fiscales en amont du blanchiment d'argent et, du côté du droit procédural, il y aura l'ouverture à tous les outils de coopération internationale, tels que la remise des pièces jointes et la confiscation des biens, les arrestations et les décisions d'extradition (avec la réserve dans ce cas pour les ressortissants suisses).

¹⁰⁶ Cf. à ce propos Swissbanking, rapport d'activité 2011-2012 du juin 2012, pag. 27 ss.

¹⁰⁷ *Mattia Bordignon*, RSC 2/2010, p. 10.

¹⁰⁸ La participation aux infractions fiscales de contribuables suisses est déjà punissable selon le droit en vigueur.

VII. Conclusion

L'avant-projet proposé par le Conseil fédéral et l'adéquation aux Recommandations du GAFI marquent certainement dans leur ensemble un pas et un juste effort vers une conformation de la Suisse aux standards internationaux. Cette exigence a subi une accélération après l'adhésion de la Suisse aux paramètres OCDE, à la suite du scandale en 2009 d'UBS et à la décision de l'Autorité de surveillance des marchés financiers d'autoriser l'envoi des données sensibles des clients américains avant même l'entrée en force de la décision de l'Autorité fédérale des contributions.

Toutefois, le point le plus controversé est la manière dont cette approche doit être concrétisée par la Suisse, quand le climat dans l'Union Européenne n'est pas économiquement propice et chaque Etat membre se trouve dans une situation de surendettement plus ou moins grave. Il existe de forts doutes que la «Weissgeldstrategie» soit la juste solution pour sortir des pressions internationales, par l'entremise d'une réglementation imposant d'accepter seulement des valeurs patrimoniales fiscalement déclarées, tout en considérant la défaite du modèle «Rubik». Le point faible de cette stratégie semble notamment découler du fait d'être proposée de manière unilatérale et isolée (selon la formule de l'«Alleingang»): au-delà des instruments matériels la seule solution au «Steuerstreit» qui affecte la Suisse ne peut que résider dans une solution multilatérale passant par la contribution active de la Suisse à la définition des standards internationaux, notamment dans l'enceinte de l'OCDE. Tout récemment la Commission Européenne a reçu le mandat pour le compte de l'Union Européenne de renégocier avec la Suisse sur l'Accord sur la fiscalité de l'épargne, en particulier sur l'échange automatique d'informations fiscales¹⁰⁹⁾, sujet auquel la Suisse semble être prête à concessions¹¹⁰⁾. De toute évidence, s'il y aura une ouverture à l'échange automatique, une grande partie des prescriptions contenues dans l'avant-projet seront dépassées, surtout la modification relative à la LBA: en effet, une fiscalisation effective de l'épargne transfrontalière peut être obtenue soit par un régime d'échange automatique des renseignements, soit par une retenue à la source, soit, enfin, par des obligations de diligence active des intermédiaires financiers: multiplier de manière unilatérale les stratégies n'est en revanche ni adéquat par rapport au but de la conformité fiscale des clients ni par rapport à celui des exigences de compétitivité de la place financière. Plutôt que de se concentrer sur des efforts unilatéraux, vaudrait-il donc mieux de se concentrer sur la redéfinition au sein de l'OCDE d'un nouveau standard global, celui de l'échange d'informations sur demande étant vraisemblablement destiné

¹⁰⁹⁾ Cf. le Communiqué de presse du Conseil Européen: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ecofin/137122.pdf.

¹¹⁰⁾ Cf. les déclarations apparues sur la presse de la Conseillère fédérale Eveline Widmer Schlumpf et du patron d'UBS Sergio Ermotti: http://www.letemps.ch/Page/Uuid/92e7e7de-bb38-11e2-9845-54c5094ca3e6/La_Suisse_se_pr%C3%A9pare_%C3%A0_l_%C3%A9change_automatique#.UZ4FZIDKZDw.

à être dépassé par des formes encore plus intensifiées de coopération fiscale internationale.

En outre, la révision des infractions fiscales, notamment en ce qui concerne la fiscalité directe, aura un très fort impact sur les acteurs de l'économie suisse: i) d'une part les clients devront justifier davantage la provenance des fonds, en perdant ainsi une partie de la confidentialité qui a distingué la Suisse durant des siècles; ii) d'autre part du côté des intermédiaires financiers, le respect des obligations de diligence étendues selon la nouvelle LBA provoquera une augmentation des coûts, tout en élevant au même temps les risques de se voir impliqués dans une procédure judiciaire menée contre le client mais reflétée sur l'intermédiaire financier qui n'a pas scrupuleusement respecté ses devoirs; iii) finalement les autorités pénales, déjà surchargées d'affaires, devront aussi analyser et feuilleter les dossiers des clients à risque qui ont été signalés par l'intermédiaire¹¹¹⁾, en effectuant pour les clients étrangers une analyse comparative selon le droit fiscal applicable dans leur pays. L'avant-projet du Conseil fédéral, bien qu'il ait le mérite de proposer des solutions pour améliorer la situation actuelle, provoquera des fractures ainsi fortes dans l'ordre juridique suisse, qu'on peut finalement se demander s'il convient pas mieux d'attendre la révision complète du droit pénal fiscal.

Comme c'est souvent le cas dans des situations qui se révèlent très complexes à résoudre, selon le fameux adage anglais, «hard cases make bad law».

Bibliographie:

- Alois Camenzind / Niklaus Honauer / Klaus Vallender / Marcel René Jung / Simeon Probst*, Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz, Berne 2012.
- Günter Stratenwerth / Wolfgang Wohlers*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Berne 2007.
- Henri Torrione*, Les infractions fiscales en matière d'impôts directs et dans le domaine de l'impôt anticipé, des droits de timbre et de la TVA en: OREF, Les procédures en droit fiscal, Berne 2005.
- Laurent Moreillon*, Entraide internationale en matière pénale, Commentaire Romand, Bâle 2004.
- Marc Bauen / Nicolas Rouiller*, Schweizer Bankkundengeschäft, Zurich 2010.
- Marcel Alexander Niggli / Hans Wiprächtiger*, Strafrecht I, Basler Kommentar, Bâle 2007.
- Marco Bernasconi*, Contravvenzioni e delitti fiscali, Lugano 1986.
- Martin Zweifel / Peter Athanas*, Kommentar: Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 2^{ème} éd., Zurich 2008.
- Michael Beusch / Alexander Mistic*, Switzerland: The Case of UBS – Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, en: Lang et al., Tax Treaty Case Law around the Globe, Vienne 2011.
- Peter Agner / Angelo Digeronimo / Hans-Jürg Neuhaus / Gotthard Steinmann*, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct – Complément, Zurich 2001.
- Peter Böckli*, Indirekte Steuer und Lenkungssteuern, Bâle 1975.

¹¹¹⁾ Conformément à l'art. 9 LBA.

- Robert Zimmermann*, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3^{ème} éd., Berne 2009.
- Urs Behnisch*, Aktuelle Entwicklungen in der Amts- und Rechtshilfe im Steuerbereich, en: Stephan Breitenmoser / Bernhard Ehrenzeller, Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, Saint-Gall 2009, pp. 249 ss.
- Urs Behnisch*, Das Steuerstrafrecht im Recht der direkten Bundessteuer, Berne 1991.
- Ursula Cassani*, Infractions fiscales et blanchiment d'argent en: Luc Thévenoz / Christian Bovet, Journée 2004 de droit bancaire et financier, Zurich 2005, pp. 13 ss.
- Walter Ryser / Rolli Bernard*, Précis de droit fiscal suisse (impôts directs), 4^{ème} éd., Berne 2002.
- Xavier Oberson*, Droit fiscal suisse, 4^{ème} éd., Bâle 2012.

Revues:

- Andrea Pedroli*, novità e tendenze legislative nel campo del diritto tributario, RtiD II-2010, pp. 453 ss.
- Andreas Donatsch*, Steuerstrafrecht – Hauptprobleme und Lösungsvorschläge, ASA 81 (2012/2013), pp. 1 ss.
- Carlo Lombardini / Jean-Baptiste Zufferey*, L'obligation subsidiaire d'annonce et de dénonciation des «OAR LBA», AJP/PJA 16/2007, pp. 1096 ss.
- Daniel Holenstein*, Umsetzung der revidierten Empfehlungen der FATF/GAFI, StR 68/2013, pp. 252 ss.
- Felix Lopez*, Die Steuerhinterziehung als Vortat zu Geldwäscherei, ein Blick nach Deutschland, AJP/PJA 6/2004, pp. 368 ss.
- Flavio Amadò / Giovanni Molo*, Abschaffung des Unterschieds zwischen Abgabebeitrag und Steuerhinterziehung bei der Rechtshilfe in Strafsachen, AJP/PJA 10/2011, pp. 1369 ss.
- Giovanni Molo*, Zusammenhang zwischen Steuerstraftaten und Geldwäscherei, AJP/PJA 2/2009, pp. 192 ss.
- Martin Schaub*, Konflikt um Kundendaten: Die Situation der UBS vor dem Abkommen 90, RDS (2011) I, pp. 209 ss.
- Martin Zweifel*, Für eine Revision des harmonisierten Steuerstrafrechts, Der Schweizer Treuhänder 1993, pp. 608 ss.
- Mattia Bordignon*, Les travaux d'Edwin Sutherland apportent-ils un éclairage pertinent sur la débâcle financière de l'automne 2008?, RSC 2/2010, pp. 6 ss.
- Meinrad Betschart*, Steuerbetrug: «Urkundenmodell», «Arglistmodell» oder dritter Weg?, ASA 58, 1989/90, pp. 545 ss..
- Othmar Strasser*, Verbrecherischer Erlös nach Geldwäschereigesetz, Was heisst «aus einem Verbrechen herrühren» nach Art. 9 Abs. 1 lit. a GwG?, Der Schweizer Treuhänder 2010, pp. 610ss.
- Pascal De Preux*, L'entraide internationale en matière pénale et la lutte contre le blanchiment d'argent, SJZ 104/2008, pp. 34 ss.
- Peter Böckli*, Zum Arglistprinzip im harmonisierten Steuerstrafrecht, StR 1984, pp. 158 ss.
- Renate Schwob*, Tax Crimes als Vortaten zur Geldwäscherei? «Je mehr die Gesetze und Befehle prangen, desto mehr gibt es Diebe und Räuber, Der Schweizer Treuhänder 2011, pp. 281 ss.
- Thomas Cottier / René Matteotti*, Das Abkommen über ein Amtshilfesuch zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staat von Amerika von 19. August 2009, ASA 78 (2009/10), pp. 349 ss.
- Urs Behnisch / Nadja Capus*, Erneuter Renovationsbedarf im Steuerstrafrecht, insbesondere auch bei der internationalen Kooperation, RDS 129 (2010) I, pp. 569 ss.

Urs Behnisch, Auswirkungen der Bilateralen II auf das Schweizerische Steuerrecht, AJP/PJA 08/2005, pp. 947 ss.

Ursula Cassani, L'infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d'argent: considérations de lege ferenda, RSDA 01/2013, pp. 12 ss.

Xavier Oberson, «Tax fraud or the like» selon l'art. 26 de la CDI de 1996 entre les Etats-Unis d'Amérique et la Suisse, ASA 81 2012/2013, pp. 119 ss.

Avant-projet, Messages, Circulaires:

Circulaire FINMA 2008/10, «Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux».

Convention relative à l'obligation de diligence des banques (*citée*: CDB 08).

Message du Conseil Fédéral sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI) du 15 juin 2007, FF 2007, p. 5926 (*citée*: Message du 15 juin 2007).

Mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière révisées en 2012, Rapport explicatif du 27 février 2013 destiné à la consultation (*citée*: Rapport).

Rapport du Conseil fédéral concernant la politique de la Confédération en matière de marchés financiers du 19 décembre 2012 (*citée*: Rapport du Conseil fédéral sur la politique de la Confédération).

Synthèse des résultats de la consultation (15 juin – 17 octobre 2012) sur l'avant-projet et le rapport explicatif: Extension de l'entraide judiciaire en matière fiscale: modification de la loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale; reprise sans réserve fiscale des Protocoles additionnels du Conseil de l'Europe du 17 mars 1978 aux Conventions européennes d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale (*citée*: Synthèse de la consultation).