

# Le système de communication des intermédiaires financiers en Suisse et la lacune du système en cas de délits fiscaux

Cet article traite l'obligation et le droit de communication des intermédiaires financiers en Suisse selon l'article 9 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier et l'article 305<sup>ter</sup>, alinéa 2, du code pénal suisse, qui ont été adoptés en Suisse comme mesures contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Il est expliqué comment les deux réglementations se complètent et comment elles se différencient. Le point fort est mis sur le cas dans lequel l'intermédiaire financier présume un délit fiscal d'un client – un sujet qui fait en ce moment l'objet d'un débat vif en Suisse.



Par Gunhild GODENZI

LL.M.  
Université de Zurich  
Maître-assistante

→ RLDA 5224

## I. – INTRODUCTION

Un intermédiaire financier doit-il signifier au bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (le MROS) qu'il soupçonne qu'une valeur patrimoniale d'un client n'a pas été correctement imposée ? Ou a-t-il au moins un tel droit ? Ces deux questions décrivent le système de déclaration pour lequel le législateur Suisse s'est décidé. Outre l'obligation de communiquer selon l'article 9 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (LBA), un droit de communication selon l'article 305<sup>ter</sup> du code pénal suisse (CP) entre en compte. Même si les deux réglementations se trouvent à des endroits différents, elles font partie de la même thématique. L'obligation de communiquer et le droit de communication sont deux composants émanant de la même conception (cf. Conseil Fédéral, Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire, Feuille Fédérale [FF] 1993 III 269 [cité Message 1993] ; Message relatif à la LBA du 17 juin 1996, Feuille Fédérale [FF] 1996 III 1057, 1087 [cité Message 1996] ; Message sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI) du 15 juin 2007, [FF] 2007 III 5919, 5941 et s. [cité Message 2007] ; Carlo Lombardini, Banques et blanchiment d'argent, 2<sup>e</sup> éd., Genève 2013, n° 475 et s.).

Ce texte traite exactement de cette conception. Je vais vous donner les clés pour comprendre, comment l'obligation et le droit de communication se complètent et comment ils se différencient. Cet aperçu devrait suffire pour reconnaître la faille dans le système en cas de soupçon d'une fraude fiscale : la peine encourue en Suisse pour une fraude fiscale est tellement basse qu'un soupçon ne

donne pas matière à réagir. Mais à ce qu'il paraît, cette situation ne doit et ne va pas persister.

Le Conseil Fédéral a fait suite à la pression internationale et a élaboré un projet de loi selon lequel les intermédiaires financiers portent un rôle plus important dans le combat contre la fraude fiscale (cf. Conseil fédéral, Message concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012 [version provisoire], <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33157.pdf>> 8 avr. 2014, [cité Message 2013] ; Projet, Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 [version provisoire], <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33159.pdf>> 8 avr. 2014, [cité Projet 2013]). Je toucherai à ce thème dans la partie finale de cet article.

## II. – L'OBLIGATION DE COMMUNIQUER ET LE DROIT DE COMMUNICATION EN TANT QUE COMPOSANT DE LA MÊME CONCEPTION

Pour comprendre la coexistence d'un droit de communication et d'une obligation de communiquer dans le droit en vigueur on doit retourner plusieurs décennies en arrière (cf. Ursula Cassani, Commentaire du droit pénal suisse, Partie spéciale, vol. 9, Crimes ou délits contre l'administration de la justice, CP, art. 303-311, art. 305<sup>ter</sup>, n° 28 ; Michel Dupuis et al., Petit Commentaire Code pénal, Bâle 2012 [cité PC], art. 305<sup>ter</sup>, n° 26 et s.). Le blanchiment d'argent a été introduit dans le Code pénal en Suisse en 1990 (LF du 23 mars 1990, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> août 1990, Recueil officiel [RO] 1990, 1077 ; FF 1989 II 961). Le droit de communication du financier a suivi quatre ans plus tard avec l'article 305<sup>ter</sup>,

alinéa 2 du code pénal (LF du 18 mars 1994 [RO 1994, 1614], cf. Message 1993). Il ressemble fortement aux éléments constitutifs du blanchiment d'argent selon la version actuelle de la loi. Les personnes qui se trouvent dans l'obligation d'identifier l'ayant-droit économique, selon l'alinéa 1, ont le droit de signifier la MROS sur leurs perceptions selon laquelle des valeurs financières parviennent d'un crime (Cassani U., art. 305<sup>ter</sup>, n° 31 ; PC, art. 305<sup>ter</sup> n°29).

Cette réglementation a été conçue en tant que justificatif exceptionnel pour éviter aux intermédiaires financiers le reproche qu'ils fassent entrave au secret bancaire, postal ou au secret d'affaires (cf. Message 2007, 5919, 5941 ; Cassani U., art. 305<sup>ter</sup> n°29 ; PC, art. 305<sup>ter</sup> n°26 ; cf. aussi Lombardini, n° 549 et s.).

La loi sur le blanchiment d'argent est entrée en vigueur en 1998 (RO 1998, 892 et s. ; cf. Message 1996). Ce fut en même temps la date de naissance de l'obligation de communiquer selon l'article 9 LBA, qui fut élargie peu à peu. De ce fait, le droit de communication a perdu de plus en plus d'importance. Il n'est plus applicable que d'une manière subsidiaire quand les conditions d'application de l'obligation de communiquer ne sont pas données mais qu'il reste des points de repère du fait que les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime (cf. Lombardini, n° 522 ; PC, art. 305<sup>ter</sup>, n° 28). Au jour d'aujourd'hui l'obligation de communiquer ne touche l'intermédiaire financier que quand il sait ou quand il présume sur la base de soupçons fondés que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires :

- ont un rapport avec la participation à une organisation criminelle (CP, art. 260<sup>ter</sup>, al. 1) ou avec le blanchiment d'argent (CP, art. 305<sup>bis</sup>) ;
- ou, proviennent d'un crime ;
- ou, sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ;
- ou, servent au financement du terrorisme (CP, art. 260<sup>quinquies</sup>, al. 1).

Une obligation de communiquer existe même quand les négociations contractuelles avec le but d'entamer une relation d'affaire sont interrompues sur la base d'un soupçon fondé (nouvelle teneur selon la LF du 3 oct. 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> févr. 2009 [RO 2009, 361], cf. Message 2007, 5919 et s.).

Le droit de communication et l'obligation de communiquer se trouvent sur un pied d'égalité en ce qui concerne la protection juridique des intermédiaires financiers. La responsabilité civile et pénale pour la communication et le blocage de fonds qui suit est exclue quand l'intermédiaire financier agit de bonne foi (cf. LBA, art. 11). Il n'est désormais plus requis de l'intermédiaire financier qu'il ait fait preuve de la diligence requise par les circonstances (cf. Message 2007, 5919, 5938 et s. ; GAFI, rapport d'évaluation mutuelle de la suisse du 27 oct. 2009, n° 47).

Au demeurant les conséquences légales du droit de communication et de l'obligation de communiquer sont arrangées d'une manière différente (cf. Lombardini, n° 549 et s.).

La conséquence la plus importante de l'obligation de communiquer est le blocage automatique et obligatoire des valeurs patrimoniales (LBA, art. 10 ; Message 2007, 5919, 5936 et s.). Elle est complétée par une interdiction d'informer (LBA, art. 10a, al. 1). Le blocage

des valeurs patrimoniales est à maintenir jusqu'à la réception d'une décision de l'autorité de poursuite pénale compétente, mais au maximum durant cinq jours ouvrables à compter du moment où l'intermédiaire financier a informé le bureau de communication (LBA, art. 10, al. 2). Pendant la durée du blocage des valeurs patrimoniales, l'intermédiaire financier n'a pas à informer le concerné (soit un parti contractuel, un ayant-droit économique, un agent) ou des tiers sur le fait qu'une information ait été transmise (une exception est faite pour le MROS et sous certaines conditions pour des intermédiaires financiers, cf. LBA, art. 10a, al. 3). Le but de cette interdiction d'informer est d'empêcher une mise en garde du concerné. Cependant, il semble évident qu'une telle mise en garde peut déjà suivre le blocage des valeurs patrimoniales. Celui-ci est normalement vaste et ne laisse même pas la porte ouverte à de petites exceptions. Un client, qui veut retirer de l'argent à un distributeur découvre tout de suite que quelque chose « n'est pas en ordre ». Cette conséquence est inhérente au système et inévitable selon le droit applicable (cf. De Capitani, in Niklaus Schmid [ed.], Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei, Band II, LBA, art. 9, n° 68, 83 et s. ; Message 2013, 31 et s.). La prochaine révision du LBA devrait résoudre ce problème. Le but étant de différer le blocage des valeurs patrimoniales. Le blocage devrait seulement être activé après que le MROS se décide à la suite d'une analyse de l'information de la transmettre à l'autorité de poursuite pénale (cf. Message 2013, 31 et s. ; LBA, art. 9a, 10 selon Projet 2013).

La loi ne prévoit pas de blocage des valeurs patrimoniales dans le droit de communication (cf. Lombardini, n° 550). On peut en conclure que ces mesures doivent être facultatives (Message 2009, 5919, 5938). Donc, on peut retenir que l'intermédiaire financier dans le domaine du droit de communication garde une certaine liberté qu'il n'a pas dans le domaine de l'obligation de communiquer. C'est sur cette même prémisse que se basent les réglementations de l'ordonnance de l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (la FINMA) sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (cf., Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, art. 28 et s., OBA-FINMA du 8 déc. 2010, RO 2010, 6295). En particulier, l'intermédiaire financier a notamment la possibilité de rompre une « relation d'affaires douteuse » sans en informer les autorités et d'autoriser le retrait de montants importants. Il doit seulement faire attention à ce que la trace écrite (le « *paper trail* ») persiste après le retrait des fonds (OBA-FINMA, art. 20, al. 1). Si les conditions déterminant l'obligation de communiquer sont remplies, cette option ne persiste pas : Dans ce cas une rupture de relations n'est plus permise (OBA-FINMA, art. 30, al. 3).

Cependant, il se doit de clarifier que la pratique dans le cas de l'utilisation du droit de communication est la même que dans le cas de l'obligation de communiquer : si on informe, on bloque les comptes du client (Michael Reinle, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz, Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und Vertrauensverhältnis zum Bankkunden, Zurich 2007, n° 783 et s.). Pour ceci il y a deux raisons : premièrement, le passage juridique du droit de communication à l'obligation de communiquer est diffus. Avec un blocage, comme il est exigé par l'obligation de communiquer, l'intermédiaire financier ne peut rien faire de faux. Deuxièmement, une réglementation de l'OBA-FINMA fait en sorte que la marge de manœuvre de l'intermédiaire financier soit réduite d'une manière substantielle. Cette disposition prévoit que « *l'intermédiaire financier ne peut pas rompre une relation*

d'affaires douteuse ni autoriser le retrait de montants importants lorsqu'il existe des signes concrets de l'imminence de mesures de sûreté d'une autorité » (OBA-FINMA, art. 30, al. 2). À première vue le lien n'est pas clair, mais il va de fait que cette réglementation prend aussi de l'importance dans le cas d'une information. Un intermédiaire financier doit toujours compter avec une « mesures de sûreté » quand il a informé le MROS. Un blocage provisoire des montants en question est le chemin le plus simple pour prévenir « le retrait de montants importants ».

Si l'on veut décrire l'à-côté du droit de communication et de l'obligation de communiquer en chiffres, l'obligation de communiquer prévaut clairement. Le nombre d'informations selon l'article 9 LBA a toujours été plus haut que le nombre d'informations selon l'article 305<sup>ter</sup>, alinéa 2 CP (MROS, 15<sup>e</sup> rapport annuel 2012, mai 2013, 9 et s.). Ce fait a persisté l'année dernière. La MROS informe qu'en 2013 environ 1 500 soupçons ont été signalés. 34 % se basent sur le droit d'information, 66 % sur l'obligation d'information.

### III. – LES CONDITIONS PRÉALABLES DE L'OBLIGATION DE COMMUNIQUER ET DU DROIT DE COMMUNICATION

Les conditions préalables de l'obligation de communiquer et du droit de communication se différencient sur deux points. Le premier des deux est le seuil du soupçon à franchir. Il se doit d'être plus bas pour le droit de communication que pour l'obligation de communiquer. Le deuxième se trouve dans les faits qui forment le contenu de l'information. Dans cette optique, l'obligation de communiquer va plus loin que le droit de communication. Puisque ceci forme un point névralgique du modèle suisse, plusieurs remarques sont à faire.

#### A. – Présomption de soupçon requise

Selon les dispositions légales suisses, les informations peuvent être divisées dans deux catégories. La certitude, ou au moins un soupçon fondé pour l'obligation de communiquer, et un simple soupçon pour le droit de communication. Néanmoins un consensus règne sur le fait que la différenciation entre les seuils « obligation de communiquer – droit de communication – pas de communication » est difficile pour l'intermédiaire financier. Il y a un flou entre les différents seuils. Chaque définition générale du soupçon reste très abstraite et une différenciation au cas par cas n'est pas une science exacte (cf. Christoph Graber in Christoph Graber/Dominik Oberholzer [eds.], *Das neue GwG, Geldwäschereigesetz*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, art. 9, n° 8 ; Lombardini, n° 494 ; Reinle, n° 360 et s., n° 667 et s. ; Daniel Thelesklaf in Daniel Thelesklaf/Ralph Wyss/Dave Zollinger/Mark van Thiel, *GwG Kommentar, Geldwäschereigesetz*, Zurich 2009, art. 9, n° 9). Les avis essayant néanmoins une concrétisation dérivent fortement les uns des autres.

La plupart des auteurs s'orientant en première ligne au but de la LBA de sauvegarder la réputation de la place financière. Par conséquent, ils définissent le champ d'application de l'obligation de communiquer d'une manière large (cf. Graber, art. 9, LBA, n° 8 ; Thelesklaf, art. 9, LBA, n° 9). Les messages du Conseil fédéral sur la LBA retiennent qu'il suffit qu'il existe un « *signe concret ou plusieurs indices qui font craindre* » que les conditions d'un alinéa de l'article 9 LBA soient remplies (Message 1996, 1057, 1086 ; cf. aussi Message 2007, 5919, 5956). Des avis de la littérature soutiennent qu'un soupçon est

déjà fondé quand un intermédiaire financier ne peut le balayer par ses propres moyens (Thelesklaf, art. 9, LBA, n° 9 ; similaire Graber, art. 9, LBA, n° 8). La pratique – pour s'assurer – se base en ce qui concerne la communication d'informations sur les points de repère du blanchiment d'argent qui sont listés dans l'ordonnance de la FINMA sur la LBA (OBA-FINMA). Le plus de points de repère peuvent être trouvés, le plus haut est la probabilité qu'une obligation de communiquer prenne effet au lieu d'un droit de communication (critiquant Reinle, 131 et s.).

Il y a aussi des approches qui vont dans la direction opposée et demandent un (plus) haut seuil de soupçon (cf. Reinle, 118 et s. ; Lombardini, n° 509 et s. ; Wolfgang Wohlers/Mario Giannini, *Geldwäscherieverdachtsmeldung* [Art. 305 ter, Abs. 2 StGB ; Art. 9 Abs. 1 GwG] und *Vermögenssperre* [Art. 10 GwG] – *Mindestanforderungen an die haftungsbefreienden Verdachtsschwellen*, dans Hans-Caspar von der Crone/Peter Forstmoser/Rolf. H. Weber/Roger Zäch [eds.], *Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag*, Zurich 2004, 621 et s.). Je vous rappelle que l'obligation de communiquer en suisse est (encore) suivie d'un blocage des valeurs patrimoniales. C'est pour cette raison que des rapprochements peuvent être faits avec les mesures de contrainte de la procédure pénale, qui demandent au moins des « soupçons suffisants » (cf. art. 197, al. 1 let. b CPP ; Wohlers/Giannini, 621, 626 et s.). Mais ceci ne réduit pas l'incertitude des intermédiaires financiers puisque la procédure pénale ne différencie pas non plus clairement les différents seuils de soupçon ; le ministère public a une forte marge d'appréciation. De plus on peut objecter que les particularités de la procédure pénale sont à prendre en compte dans cette définition. C'est pour cela qu'on ne peut la transférer sur les mesures, qui sont déléguées par l'état aux intermédiaires financiers – en tous cas à mes yeux (cf. aussi Reinle, n° 665).

Pour l'interprétation du droit de communication, l'on doit considérer que les exigences auxquelles l'obligation de communiquer doit répondre, sont hautes en comparaison avec la moyenne internationale. Le modèle Suisse n'a reçu que des bonnes notes parce qu'on a pu faire comprendre au GAFI qu'à côté de l'obligation de communiquer il existe un droit de communication avec de plus basses exigences (cf. GAFI, 1<sup>er</sup> rapport de suivi bisannuel de la suisse – oct. 2011, n° 15 et s. ; Message 2007, 5919, 5956). Devant cette coulisse, une majorité de la littérature interprète le droit de communication d'une manière plus généreuse. Les dispositions donnent la possibilité à chacun d'alerter de chaque perception, qui puisse faciliter la découverte de valeurs patrimoniales à nature délictueuses (cf. Cassani, art. 305<sup>ter</sup>, n° 34 ; PC, art. 305<sup>ter</sup>, n° 32 ; Reinle, n° 665 et s. ; Niklaus Schmid, dans Niklaus Schmid [ed.], *Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, Band II, art. 305<sup>ter</sup>, n° 294 et s. ; Wohlers/Giannini, 621, 629 et s. ; critiquant Günter Stratenwerth, *Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung*, dans Mark Pieth [ed.], *Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz ?*, Bâle 1992, 97, 114). La MROS suit la même ligne. Elle a expliqué il y a peu de temps que l'intermédiaire financier peut même fournir des informations quand après ses propres recherches il reste des doutes quant à la provenance criminelle des avoirs ou si la poursuite des relations d'affaires met mal à l'aise (MROS, 15<sup>e</sup> rapport annuel 2012, mai 2013, 88 ; contra Lombardini, n° 550).

## B. – Objet du soupçon

Pas tous les faits, qui déclenchent une obligation de communiquer, ne laissent la possibilité subsidiaire d'un droit de communication ouvert. Comme les dispositions pénales concernant le blanchiment d'argent les deux types de communication contiennent le fait d'un soupçon que les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime. Dans ce cas l'on tombe sur des difficultés proches de celles rencontrées dans le blanchiment d'argent. L'intermédiaire financier doit avoir une conception de l'ampleur du délit commis sans quoi la différenciation entre le délit et le crime devient obsolète. De plus, le soupçon doit être basé sur les valeurs patrimoniales du client, un soupçon contre le client même ne suffit pas. La pratique du MROS dans ces cas est plutôt stricte. Par exemple il ne suffit pas que l'intermédiaire financier fasse valoir qu'un client veuille user des valeurs patrimoniales pour corrompre quelqu'un. Il ne s'en suit pas du soupçon que les valeurs patrimoniales qui sont confiées à l'intermédiaire aient une provenance délictueuse (cf. MROS, 10<sup>e</sup> rapport annuel 2007, avr. 2008, 67 ; MROS, 11<sup>e</sup> rapport annuel 2008, avr. 2009, 87 f. ; approfondissant Reinle, n<sup>os</sup> 115 et s., 322 et s. ; Othmar Strasser, *Verbrecherischer Erlös nach Geldwäschereigesetz*, *Der Schweizer Treuhänder* 2010, 614 et s.).

À la différence du droit de communication, l'obligation de communiquer prend aussi en compte les faits dans lesquels la provenance délictueuse n'est pas décisive. Il suffit, qu'on ait un soupçon, selon lequel les valeurs patrimoniales puissent être « sous contrôle » d'une organisation criminelle ou « puisse servir » au financement du terrorisme. À côté l'on rencontre une forme diminuée du principe d'origine : les valeurs patrimoniales doivent être « mises en rapport » avec une participation à une organisation criminelle ou au blanchiment d'argent. Les écrits ne sont pas certains sur le fait que cette formulation apporte une simplification (cf. Reinle, n<sup>o</sup> 312 et s.). Ce qui est certain est que la participation à une organisation criminelle est un crime et que le blanchiment d'argent, même s'il n'est qu'un délit, suppose qu'un crime ait été commis.

Pour simplifier, l'obligation de communiquer selon l'article 9 de la LBA couvre tous les domaines, dans lesquels les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou dans lesquels l'intermédiaire financier doit – au moins d'une manière – concevoir qu'un crime ait été commis. Le droit de communication par contre ne connaît qu'une raison pour un rapport : le soupçon que les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime (cf. Cassani, art. 305<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 33 ; PC, art. 305<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 31).

On ne doit pas être un expert en droit fiscal pour reconnaître qu'avec ces exigences le seul soupçon qu'un délit fiscal ait été commis par un client ne donne pas raison à un rapport, ni sous le titre d'une obligation de communiquer, ni sous le titre d'un droit de communication. En Suisse, les mesures contre le blanchiment d'argent sont liées au fait qu'un crime ait été commis au préalable ou que l'on soupçonne un crime. C'est sur cette base que le législateur a conçu le système de déclaration, sachant que les délits fiscaux ne seraient pas inclus (cf. Reinle, n<sup>o</sup> 107). En Suisse, les délits fiscaux classiques – la soustraction d'impôt (Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct [LIFD], art. 175 et s. ; Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes [LHID], art. 56) et la fraude fiscale (LIFD, art. 186 et s. : soit-disant « l'usage de faux » ; LHID, art. 59) – ne sont pas des crimes et donc ne sont pas des actes précurseurs d'un blanchiment d'argent. En conséquence il n'existe pas d'obli-

gation ni de droit de communication pour ces délits. Jusqu'ici deux exceptions sont reconnues, dans lesquelles des délits fiscaux peuvent donner raison à une information (cf. MROS, 12<sup>e</sup> rapport annuel 2009, avr. 2010, 82 et s.).

Premièrement, l'escroquerie fiscale qualifiée (Loi fédérale sur le droit pénal administratif [DPA], art. 14, al. 4), un crime dans le droit pénal administratif, introduit en 2009. Cette disposition ne concerne que les soustractions d'impôts indirects dans la circulation transfrontalière des marchandises. De plus, la version actuelle est réduite à la criminalité en bande (cf. Andreas Eicker/Friedrich Frank/Jonas Achermann, *Verwaltungsstrafrecht*, Berne 2012, 116 et s. ; MROS, 12<sup>e</sup> rapport annuel 2009, avr. 2010, 82 et s. ; Message 2013, 39 et s., 67 et s.).

Deuxièmement, le mécanisme dit du carrousel à la TVA. Ce cas n'est plus qualifié par les tribunaux pénaux de délit fiscal (DPA, art. 14, al. 2), mais de fraude commune (CP, art. 146) et se trouve donc relevé au rang du crime (cf. TPF [Tribunal pénal fédéral, Recueil Officiel], arrêt RR.2007.106, 3.4 ; Tribunal fédéral, arrêt du 13 janv. 2006, 1A.297/2005 ; ATF [Arrêts principaux du Tribunal fédéral] 110 IV 24 ; Alberto Fabbri/Flavio Noto, *Rechtshilfe bei Mehrwertsteuerkarussellen*, *Jusletter*, 14 janv. 2008 ; MROS, 12<sup>e</sup> rapport annuel 2009, avr. 2010, 82 et s.).

## IV. – LA NÉCESSITÉ D'AGIR EN CAS DE SOUPÇON D'UN DÉLIT FISCAL GRAVE

Un jour on a demandé à Paolo Bernasconi, un des experts, qui a préparé le cadre légal suisse sur le blanchiment d'argent dans les années 80 : « Paolo, comment as-tu fait en sorte que le blanchiment d'argent puisse être punissable en Suisse malgré le secret bancaire ? » La réponse : « C'est simple, grâce à un cadre légal qui n'est pas applicable sur les délits fiscaux » (cf. Paolo Bernasconi, *NZZ* du 23 oct. 2012, n<sup>o</sup> 247, p. 29). Entre temps, un nouveau vent souffle en Suisse, car le GAFI gêne la paix fiscale. Elle a défini les délits fiscaux graves en tant qu'actes précurseurs du blanchiment d'argent – et ce pour les impôts directs et indirects. En Suisse le législateur est en train de mettre en œuvre ce cadre dans le droit national. Les ajustements nécessaires ne touchent pas que, mais aussi le système de déclaration. Concrètement, les plans suivants existent :

Le droit et l'obligation de communiquer doivent aussi contenir le soupçon que les valeurs patrimoniales proviennent d'un délit fiscal qualifié, un terme que le droit pénal doit définir (cf. Message 2013, 45 et s., 64, 72 ; CP, art. 305 ter, al. 2 ; LBA, art. 9, al. 1, let. a, ch. 2, selon Projet 2013).

En ce qui concerne les impôts indirects l'escroquerie fiscale qualifiée, le crime selon l'article 14, alinéa 4 DPA, doit être fortement étendu (Projet 2013, art. 14, al. 4 : « Celui qui, par métier ou avec le concours de tiers, se sera procuré ou aura procuré à un tiers un avantage illicite particulièrement important ou aura porté atteinte de façon substantielle aux intérêts pécuniaires au sens des alinéas 1 ou 2 dans les domaines des contributions ou des douanes, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée »).

En ce qui concerne les impôts directs, la situation est plus compliquée. Ce domaine ne connaît pas encore de crimes et cette situation devrait durer (Message 2013, 39 et s., 64 et s.). C'est pour cette raison qu'il ne reste qu'une solution : réduire le seuil nécessaire des actes précurseurs du blanchiment d'argent. La fraude fiscale, qui n'est qu'un délit, doit devenir un acte précurseur du blanchiment

d'argent quand les impôts détournés s'élèvent à plus de 200 000 francs par période fiscale. Les mêmes conditions doivent être applicables quand le délit fiscal a été commis à l'étranger (Message 2013, 39 et s., 64 et s.).

Si l'on prend ce projet comme base d'un système de déclaration futur, ce système résultera dans un grand nombre de problèmes pour les intermédiaires financiers. Je ne peux qu'en nommer quelques-uns (voir aussi Xavier Oberson, Analyse critique du projet de loi sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI, Jusletter 24 mars 2014 ; Francesco Naef/Michele Clerici, Steuerstrafaten als Vortaten der Geldwäscherei, Der Weg in la Terreur, Jusletter 7 avr. 2014).

Cela commence avec la conception de la fraude fiscale. Ce délit est qualifié en Suisse en tant que faux dans les titres (cf. Message 2013, 39 et s., 64 et s.). Il ne suffit donc pas par exemple pour prouver une fraude fiscale qu'un client ne déclare pas sa maison de vacances en France. Les autorités fiscales doivent être en possession de faux documents facilitant un détournement fiscal, ce qui diminue fortement le cercle des suspects. En première ligne, les propriétaires d'entreprises qui soumettent des bilans truqués sont à prendre en compte (cf. Urs Behnisch, in Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine [eds.], Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Berne 2013, § 25, n° 66 et s.). Ces détails ne sont normalement pas apparents aux intermédiaires financiers. Et même s'ils le sont l'on pourrait se demander comment un intermédiaire financier pourrait faire pour renforcer ou dissiper ses soupçons. L'on ne peut guère demander qu'il se procure les dossiers fiscaux complets de ses clients et qu'en plus il examine leur véracité. Si l'on s'abstient de fixer des points de repère pour les faux dans les titres cela réduit à néant les limitations du droit et de l'obligation de communiquer dans les cas graves de fraude fiscale.

Le prochain problème survient, quand le soupçon se base sur l'économie d'impôt. Avec un peu de bonne volonté, dans l'optique du droit pénal, les dépenses épargnées grâce au délit fiscal peuvent être qualifiées de valeurs patrimoniales provenant d'un crime (cf. Message 2013, 22). Ceci ne change rien au fait que le pro-

cessus complet n'est pas simple à reconnaître pour l'intermédiaire financier. Les fonds qui se trouvent sur le compte au moment des faits parviennent souvent d'une activité légale. Et la partie illégale qui parvient du délit fiscal, n'est pas reconnaissable en tant que transaction suspecte. Pour cette raison, il est plus difficile d'en déduire un soupçon qu'avec des actes précurseurs d'un blanchiment, qui sont déjà connus (cf. aussi Naef/Clerici, n° 18).

Il s'y ajoute qu'un intermédiaire financier doit – selon l'idée du législateur – estimer si la fraude fiscale dépasse les 200 000 francs par période fiscale. Ceci est déjà beaucoup demandé quand le délit a été commis à l'intérieur du pays. Si les frontières ont été passées, l'effort nécessaire pour clarifier la situation est multiplié. Pour que l'estimation ne devienne pas une pure spéculation, l'intermédiaire financier doit s'informer sur la manière dont les impôts sont calculés à l'endroit du délit supposé. À cette fin la maîtrise d'une langue presque inconnue en Suisse peut être requise. Même le conseil fédéral admet qu'il « peut être difficile pour un intermédiaire financier de déterminer ce seuil, surtout lorsque le client est soumis à une législation fiscale étrangère, qui, selon les cas, peut être très différente du système fiscal suisse » (Message 2013, 65).

Il est possible que des corrections soient faites pendant la procédure de législation mais l'on peut déjà retenir les faits suivants : il est prévisible que les intermédiaires financiers se trouvent dans le rôle d'enquêteurs fiscaux. Même si en comparaison avec l'étranger la fraude fiscale est définie d'une manière limitée aujourd'hui, cela peut changer à tout moment avec une révision de la législation. Il est sûr que les efforts de régulation et de contrôle des intermédiaires financiers vont s'accroître. Dans le futur ils devront faire suite à leur obligation de diligence concernant le blanchiment d'argent au vu de certains délits fiscaux de leurs clients. Et ils devront en informer les autorités dans les cas de soupçons fondés. Cela est assez éloigné du combat contre les organisations criminelles et le terrorisme – l'objectif original de la LBA. Le but est purement et simplement de faire participer les banques suisses au recouvrement de fonds pour le fisc – pas seulement, mais avant tout pour les actions commises par les clients à l'étranger. ■