

DÉVELOPPEMENTS ACTUELS EN DROIT PÉNAL, FISCAL ET RÉGLEMENTAIRE: IMPACTS SIGNIFICATIFS SUR LA PROFESSION D'AVOCAT

PHILIPP FISCHER

Avocat, Genève

ALAIN MACALUSO

Professeur associé à l'Université de Lausanne, Avocat, Genève

JEAN-FRÉDÉRIC MARAIA

Chargé de cours à l'Université de Genève, Avocat, Genève

JÉRÔME MEYER

Avocat, Genève

DIDIER DE MONTMOLLIN

Avocat, Genève

FRÉDÉRIC NEUKOMM

Expert fiscal diplômé, Avocat, Genève

ANNE REISER

Avocate, Genève

Mots-clés: profession d'avocat, blanchiment d'argent, droit pénal fiscal

Les réformes – adoptées ou en cours d'adoption – en matière de blanchiment d'argent et de droit (pénal) fiscal devraient avoir des répercussions très importantes sur la conduite de mandats d'avocat présentant des aspects fiscaux directs ou indirects. En sus, dans le cadre de la conduite de mandats transfrontaliers, l'impact du droit étranger devrait impérativement être pris en compte. Si les normes applicables dans les Etats voisins de la Suisse n'ont pas subi de changements fondamentaux durant ces dernières années, leur mise en œuvre s'est accrue de manière spectaculaire.

I. Introduction

La récente révision du dispositif suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, ainsi que les futurs développements en matière de droit (pénal) fiscal, devraient avoir un impact significatif sur la profession d'avocat. La conduite de mandats présentant des aspects fiscaux directs ou indirects devra faire l'objet d'une attention encore plus accrue que par le passé, dans la mesure où les réformes législatives, qu'elles soient déjà en vigueur ou encore au stade de projet, créent ou pourraient créer de nouveaux devoirs (et donc de nouveaux risques) à charge de toute personne qui conseille un contribuable, suisse ou étranger. Ces changements – au niveau de la loi au sens strict, mais également au niveau de sa mise en œuvre (*enforcement*) – concernent également les avocats¹.

La présente contribution a pour objectif d'attirer l'attention sur l'évolution globale des dispositions pénales touchant la fiscalité et la nécessité de respecter en tout temps certaines règles de prudence, ceci dans le but

d'éviter que notre profession ne puisse un jour se retrouver confrontée à une situation analogue à celle que connaissent actuellement certains établissements financiers suisses².

A titre préalable, il est important de relever que:

- (i) les éléments ci-dessous, et les risques pénaux qui en découlent, s'appliquent tant à l'avocat intermédiaire financier qu'à celui qui ne l'est pas:
 - Le régime suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent s'articule en effet autour de deux

¹ Sur ces questions, cf. également NICOLAS BÉGUIN, L'avocat face à la révision GAFI 2012, *Revue de l'Avocat* 6/7 2015, pp. 256 ss.

² S'agissant des risques auxquels sont exposés les établissements financiers suisses, cf. RENÉ MATTEOTTI/SELINA MANY, Erhöhung der Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter infolge Einführung der Steuergeldwäscherei, in: *Jusletter* du 23. 2. 2015.

pilliers: (i) l'art. 305^{bis} du Code pénal (CP)³ qui réprime le blanchiment d'argent (Pilier I) et (ii) la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (LBA), qui s'applique aux intermédiaires financiers uniquement (Pilier II)⁴.

- Si le Pilier II s'applique uniquement aux avocats qui exercent une activité d'intermédiation financière, il convient de garder à l'esprit que le Pilier I s'applique à tous les avocats. Chaque avocat doit donc se sentir concerné par l'extension du champ d'application du Pilier I, question qui sera abordée dans la présente contribution.

(ii) Comme on a pu le constater avec les établissements financiers suisses, l'activité de l'avocat suisse peut entrer en conflit avec des normes de droit étranger, même si l'activité est conduite de manière prépondérante ou exclusive depuis le sol suisse⁵. En d'autres termes, des activités licites en Suisse ne le sont pas forcément à l'étranger. L'on constate par ailleurs une volonté accrue de la part des autorités étrangères (notamment au sein de l'Union européenne et aux Etats-Unis) de mettre en œuvre les règles régissant les activités transfrontières sur leur sol (nette augmentation de l'*enforcement*). Ainsi, en présence d'éléments légaux et fiscaux étrangers, il est fortement recommandé à l'avocat suisse de se renseigner sur la conformité d'actes effectués par son client, par l'intermédiaire de l'avocat ou avec son assistance, sous l'angle du droit étranger, et de faire en sorte que tout aspect de droit étranger soit traité exclusivement par un avocat ou mandataire étranger qualifié sur lequel l'avocat suisse peut se reposer.

Dans un futur très proche, l'évolution du droit pénal fiscal suisse⁶, notamment mais pas uniquement en matière d'impôts directs, pourrait avoir un impact important sur (i) le risque pénal auquel est exposé le conseiller du contribuable (e.g., son banquier, son gérant, mais aussi son avocat) et (ii) la relation (en principe) de confiance entre le client et son conseiller. Ce *collateral damage* de l'évolution du droit pénal fiscal peut être décrit comme suit:

- Dans la vision traditionnelle suisse, la principale infraction pénale fiscale est la «soustraction d'impôts», qualifiée de contravention. Cette qualification entraîne l'application de deux principes fondamentaux:
 - Principe 1 (perspective du contribuable): L'infraction est traitée par une autorité administrative qui ne dispose pas des moyens habituels d'une autorité pénale pour instruire (notamment, mesures de contrainte possibles uniquement dans des cas particuliers, «mesures spéciales d'enquêtes», art. 190 ss de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, LIFD).
 - Principe 2 (perspective du conseiller): La complicité et l'instigation (les deux comportements potentiellement pertinents pour le conseiller) ne sont punis «que» d'une amende de CHF 10 000 au plus (art. 177 al. 2 LIFD). En revanche, le complice et l'instigateur

sont responsables solidement de l'impôt soustrait (art. 177 al. 1 LIFD).

- Dès lors qu'une infraction fiscale pourrait, dans le futur, être qualifiée de délit (aujourd'hui seulement l'escroquerie fiscale, qui implique l'usage de faux), ces deux principes fondamentaux seraient considérablement ébranlés:

- Remise en cause du Principe 1: Dans le cadre d'une procédure en matière de soustraction, l'autorité disposerait de moyens plus étendus pour instruire. Le contribuable serait ainsi exposé à une véritable procédure pénale, même si l'autorité de poursuite demeurerait en principe l'autorité administrative. Une condamnation serait systématiquement mentionnée dans le casier judiciaire du contribuable. Confronté à une telle procédure (bien plus incursive que la procédure administrative applicable en matière de contravention), le contribuable pourrait articuler sa défense autour d'une remise en cause des conseils prodigués par son avocat. Par conséquent, (i) le rapport de confiance avocat-client s'en trouverait irrémédiablement affecté et (ii) l'avocat pourrait se voir contraint de se défendre contre les éventuels allégués de son client.

Cette remise en cause du Principe 1 trouve également un écho en matière d'entraide judiciaire internationale. En l'état actuel, la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) prévoit que l'entraide judiciaire internationale est possible dans les cas d'escroquerie fiscale (qui sont définis par référence à l'art. 14 al. 2 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif, DPA). Dans ce cas, l'entraide judiciaire ne peut porter que sur certains actes limités d'entraide («petite entraide», cf. articles 63 ss EIMP). En cas de poursuite d'un cas de blanchiment par l'autorité étrangère, l'entraide judiciaire pourrait, à l'avenir, être accordée de manière large (et non être limitée aux «autres actes d'entraide» des articles 63 ss EIMP).

- Remise en cause du Principe 2: La complicité et l'instigation à un délit ne sont pas soumises au régime de l'amende décrit ci-dessus, mais suivent le régime de l'infraction principale (art. 24 et 25 CP). L'art. 25 CP prévoit certes une atténuation de peine pour le com-

3 Cette disposition est complétée par l'art. 305^{ter} CP qui (i) traite de l'identification de l'ayant droit économique et (ii) octroie un droit de communication (au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent) en cas de soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime.

4 La LBA est complétée par (i) des ordonnances d'application et (ii) le cadre normatif mis en place par les organismes d'autorégulation auxquels certains intermédiaires financiers doivent s'affilier. A noter que la version révisée de la LBA prévoit également des obligations à charge des personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent des paiements en espèces (négociants au sens de la LBA).

5 STEFAN OESTERHELT, *Beihilfe zur Steuerhinterziehung im In- und Ausland – Verhältnis zwischen Betrug i. S. v. Art. 146 StGB und Steuerstrafrecht*, ST 12/09 pp. 955 ss, 959.

6 Cf. note de bas de page 8.

plice, mais le plafond de CHF 10 000 applicable dans le cadre de la contravention disparaît en cas de complicité/instigation à un délit. En d'autres termes, le conseiller se trouverait, pour l'essentiel, exposé au même régime répressif que son client-contribuable, sachant qu'il reste en toute hypothèse responsable solidairement de l'impôt soustrait⁷. Là également, le rapport avocat-client serait bouleversé, dans la mesure où l'avocat serait automatiquement amené à se méfier des informations reçues de son client (par crainte d'une «contamination» par le délit fiscal commis par ce dernier).

- La réforme envisagée en matière de droit pénal fiscal pourrait entraîner l'introduction d'une soustraction d'impôt «commise de façon astucieuse»⁸, qui serait qualifiée de délit.
- La soustraction d'impôt «contraventionnelle» – et les Principes Généraux 1 et 2 – continueront à s'appliquer, mais leur pertinence pratique se réduira.
- Si le législateur et/ou la jurisprudence devaient fixer un seuil relativement bas pour caractériser un comportement de soustraction d'impôt «commise de façon astucieuse» (et donc de délit), la remise en cause des Principes Généraux 1 et 2 pourrait concerner également des comportements (du contribuable) aujourd'hui qualifiés de simples «contraventions», mais demain de «délits».

Les éléments exposés ci-dessous ne sont pas exhaustifs, étant en plein développement et demeurant soumis à interprétation. Une prudence accrue est donc assurément de rigueur dans ces domaines du droit, qui risquent d'évoluer de manière dynamique à la vue de la pression internationale croissante.

II. Infractions fiscales comme infractions préalables au blanchiment

Le 12.12.2014, le Parlement a adopté la nouvelle loi sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'Action Financière (GAFI)⁹.

Les modifications concernent sept sujets, dont celui de l'introduction d'une infraction fiscale comme infraction préalable au blanchiment d'argent. La présente contribution se concentre principalement sur cet aspect, qui entre en vigueur le 1.1.2016.

Selon les recommandations du GAFI, les infractions fiscales pénales doivent constituer des infractions préalables au blanchiment d'argent en matière d'impôts tant directs qu'indirects. Il appartient à chaque Etat de définir ces infractions, selon son droit interne.

1. Analyse sous l'angle des impôts directs

A) En droit actuel

a) Nouvelle disposition légale

La teneur du nouvel art. 305^{bis} al. 1 et 1^{bis} CP est la suivante:

1. Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confis-

cation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

1^{bis}. Sont considérées comme un délit fiscal qualifié, les infractions mentionnées à l'article 186 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct et à l'article 59 al. 1, 1^{er} état de fait, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, lorsque les impôts soustraits par période fiscale se montent à plus de CHF 300 000.

b) Impôts visés

Les impôts visés sont l'impôt suisse sur le revenu et la fortune des personnes physiques, l'impôt sur le bénéfice et le capital des personnes morales, et l'impôt sur les gains immobiliers.

La doctrine majoritaire¹⁰ soutient, avec le Conseil fédéral, qu'une infraction à un impôt sur les donations ou successions ne peut poser de problématique de blanchiment en droit suisse, en raison de la systématique légale. Il en va de même des autres impôts qui ne sont pas appréhendés par la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), tels que la taxe professionnelle communale ou les droits de mutation.

S'agissant d'impôts étrangers, ne seront considérés que des impôts étrangers similaires aux impôts suisses précités. Il s'agira ainsi de déterminer si un impôt similaire à l'impôt suisse mais n'existant pas sous une forme identique pourrait être considéré. A titre d'exemple, nous mentionnons une infraction portant sur les gains en capital d'éléments faisant partie de la fortune privée. En effet, en Suisse, de tels gains ne sont, sauf exception, pas imposés. A notre sens, le nouvel article 305^{bis} CP n'a donc pas vocation à s'appliquer dans ce contexte¹¹.

c) Eléments constitutifs de l'art. 305^{bis}, notamment l'acte d'entrave

Selon l'art. 305^{bis} al. 1 CP, sera puni d'une peine privative de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, celui qui

⁷ Art. 177 al. 1 LIFD. Cf. *supra*.

⁸ Cf. art. 177 al. 1 LIFD de l'avant-projet du 29.5.2013 (disponible à l'adresse suivante: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués/msg-id-49039.html>). Le message est attendu pour la fin de l'année 2015. A ce sujet, cf. également Section II.1.B) ci-dessous.

⁹ Sur ces questions, cf. XAVIER OBERSON/EMILY MELLER, Infractions fiscales et blanchiment d'argent, IFF Forum für Steuerrecht 2013, pp. 171 ss.

¹⁰ URSULA CASSANI, L'extension du système de lutte contre le blanchiment d'argent aux infractions fiscales: Much Ado About (Almost) Nothing, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 2015, pp. 78 ss, 81; CHRISTOPH SUTER/CÉDRIC REMUND, Infractions fiscales, blanchiment et intermédiaires financiers, dans GesKR 1/2015, pp. 54 ss, 68.

¹¹ Du même avis, CASSANI (note 10), 89. *Contra*: SUTER/REMUND (note 10), 66.

aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié. La jurisprudence a déterminé que le blanchiment consiste en l'entrave à la confiscation, les autres comportements visés à l'art. 305^{bis} al. 1 CP ne faisant qu'illustrer cette entrave¹².

La conception suisse du blanchiment d'argent se concilie mal avec les infractions fiscales. Prévoir, comme l'a fait le législateur suisse, que des impôts soustraits puissent faire l'objet d'un blanchiment d'argent pose ainsi un grand nombre de questions à la fois juridiques et pratiques¹³. Il serait trop long de les développer toutes ici¹⁴. On rappellera cependant, à titre non exhaustif:

- que l'on ne peut blanchir qu'une valeur patrimoniale confiscable, à l'exclusion de toute valeur destinée à garantir, par exemple, l'exécution d'une créance compensatrice (ou à garantir le paiement de sommes dues à l'Etat, frais, amendes ou autres);
- que cela suppose de «localiser» les valeurs patrimoniales qui sont le produit direct et immédiat de l'infraction ou leurs emplois, ce qui peut s'avérer difficile s'agissant d'une économie (*i. e.*, «localisation» de l'impôt éludé); et
- que l'instrument du rappel d'impôt, là où il sera utilisé, mais qui semble bien devoir être en pratique prioritaire, est susceptible de faire obstacle à la confiscation, dès lors que l'assujetti ne saurait devoir payer deux fois¹⁵.

Quelles que soient les difficultés qui surgiront inmanquablement lorsqu'il s'agira d'appliquer concrètement le concept de blanchiment à des infractions fiscales, force est de constater que le législateur a voulu que les délits fiscaux qualifiés soient désormais des préalables à cette infraction.

Le comportement punissable consistera donc à entraver l'accès de l'Etat aux valeurs litigieuses en rendant plus difficile l'établissement du lien de provenance de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un délit fiscal qualifié, en cas de soustraction d'au moins CHF 300 000 (par période fiscale).

D'une certaine manière, on devrait pouvoir considérer qu'il existe un risque de blanchiment dès qu'un acte entrave l'accès de l'Etat à des valeurs d'origine criminelle ou en lien avec un délit fiscal qualifié¹⁶.

S'agissant plus spécifiquement du métier d'avocat, et en présence d'un délit fiscal qualifié en amont, les activités suivantes pourraient, dans certains cas, remplir les éléments constitutifs d'un «acte d'entrave» au sens de l'art. 305^{bis} al. 1 CP:

- la mise en place de structures de détention patrimoniale ou de *trusts*;
- la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire; ou
- la mise à disposition de relations bancaires de l'Etude afin de permettre au mandant d'opérer des transactions.

De manière nouvelle et beaucoup plus problématique, se posera également la question de savoir si, et dans quelle mesure, un conseil, en particulier fiscal, pourrait constituer un «acte d'entrave» ou encore un acte de participation accessoire à une infraction de blanchiment.

d) Violation de l'art. 186 LIFD ou de l'art. 59 al. 1 LHID comme infraction préalable

L'infraction fiscale constituant une infraction préalable au blanchiment d'argent est fondée sur le modèle de l'usage de faux (avec soustraction d'impôt d'au moins CHF 300 000 par période fiscale). Le critère de l'usage de faux peut donner lieu aux observations suivantes:

- L'application de l'art. 186 LIFD est déclenchée lorsque l'auteur fait 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 dans le dessein de tromper l'autorité fiscale». Le législateur a été plus succinct à l'art. 59 al. 1 LHID, dans la mesure où cette disposition renvoie uniquement aux «titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu». Selon la définition générale figurant à l'art. 110 al. 4 CP, le titre est un écrit, signe ou enregistrement sur des supports de données ou d'images qui est destiné et propre à prouver un fait ayant une portée juridique.
- La référence, aux art. 186 LIFD et 59 LHID, à des «titres faux, falsifiés ou inexacts» constitue un renvoi à la distinction opérée dans le contexte de l'art. 251 CP (faux dans les titres) entre (i) le *faux matériel* (*e. g.*, titre établi sous un faux nom) et (ii) le *faux intellectuel* (*i. e.*, le titre émane de l'auteur indiqué, mais son contenu est inexact)¹⁷. Les art. 186 LIFD et 59 LHID s'appliquent également au faux intellectuel.
- L'existence d'un faux intellectuel présuppose que le document ait une valeur probante. Ainsi, une simple allégation écrite ou un mensonge écrit ne suffit pas. Conformément à la jurisprudence relative à l'art. 251 CP, peuvent notamment entrer en considération à titre de faux intellectuel:
 - un faux bilan et une fausse comptabilité¹⁸;
 - des fausses factures destinées à la comptabilité¹⁹;
 - une fausse déclaration relative à l'ayant droit économique d'un compte (Formulaire A)²⁰ ou relative à l'ori-

¹² ATF 129 IV 238.

¹³ ROBERT WALDBURGER/STEFAN FUCHS, *Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei*, IFF Forum für Steuerrecht 2014, pp. 111 ss, 117-122.

¹⁴ Cf. CASSANI (note 10), 86-90.

¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 14. 2. 2012 dans la cause n° 6B_326/2011, c. 2.3.1; ATF 139 IV 209. *Contra*: SUTER/REMUND (note 10), 64.

¹⁶ Pour un aperçu des actes d'entrave, cf. SUTER/REMUND (note 10), 58.

¹⁷ CASSANI (note 10), 81-82.

¹⁸ ATF 132 IV 12, c. 8.

¹⁹ ATF 138 IV 130, c. 2.4.3.

²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 18. 6. 2012 dans la cause n° 6B_844/2011, c. 2.2.

gine d'avoirs déposés dans le cadre d'une opération de caisse²¹; ou

- un faux Formulaire W-8BEN (*Certificate of Foreign Status of Beneficial Owner*, un formulaire émis par l'*Internal Revenue Service* américain)²².

En revanche, en l'état actuel de la jurisprudence suisse²³, la déclaration d'impôt ne constitue pas un titre.

L'acte punissable consiste en l'usage d'un titre faux, falsifié ou inexact quant à son contenu, dans le dessein de tromper les autorités fiscales lors d'une soustraction consommée²⁴. L'infraction préalable doit avoir été menée à son terme pour déclencher l'application de l'article 305^{bis} CP.

L'infraction de blanchiment (qui peut être commise par quiconque et en particulier par l'auteur de l'infraction préalable) doit être commise intentionnellement, le dol éventuel étant suffisant. Le blanchiment d'argent peut aussi être réalisé par omission si l'auteur, en sa qualité d'intermédiaire financier, se trouve placé dans une position de garant. Dans l'ATF 136 IV 188 du 3.11.2010, le Tribunal fédéral a en effet retenu que la passivité d'un intermédiaire financier peut conduire à une condamnation pour violation de l'art. 305^{bis} CP. Selon le Tribunal fédéral, la LBA place les intermédiaires financiers dans une position de «garant», ce qui déclenche l'application de l'art. 11 CP. A teneur de cette disposition, une infraction peut aussi être commise par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir. A cet égard, le praticien sera particulièrement attentif au fait que l'administrateur d'une société de domicile²⁵, ainsi que l'avocat qui met à disposition des structures de détention patrimoniale et les administrateurs²⁶, sont qualifiés d'intermédiaires financiers et, en cette qualité, sont astreints à un tel devoir de garant. Il convient toutefois de préciser que, même dans cette hypothèse, le blanchiment d'argent reste une infraction intentionnelle et que la simple position de garant ne pallie pas une absence d'intention.

Dans une perspective pratique, la combinaison entre le «dol éventuel» et la «commission par omission» a considérablement étendu la portée de l'art. 305^{bis} CP, et ceci, indépendamment de l'introduction du délit fiscal qualifié.

Comme évoqué ci-dessous sous lettre B), la révision du droit pénal fiscal pourrait avoir un effet sur la portée de la norme actuelle, puisque l'utilisation d'un tissu d'artifices mensongers pourrait également constituer une infraction préalable au blanchiment, indépendamment de l'usage d'un faux.

e) Seuil de CHF 300 000 par période fiscale

La soustraction doit porter sur un montant d'impôt soustrait d'au moins CHF 300 000 par année, ce qui n'est pas évident à déterminer (notamment pour un conseiller du client). Ce montant d'impôt dépendra entre autres du lieu de résidence du contribuable, de sorte que l'avocat (intermédiaire financier ou pas) devrait fixer des seuils à partir desquels les relations avec le client sont susceptibles de

poser un risque. Il convient de déterminer le montant *total* de l'avantage obtenu par le contribuable (durant une période fiscale) grâce à la fraude commise au moyen de faux, en tenant compte de la situation fiscale concrète du contribuable²⁷. Une telle détermination est très difficile en pratique, dans la mesure où l'avocat ne détient souvent pas l'intégralité de l'information sur les avoirs du client. Les seuils évoqués ci-dessus devront tenir compte de cette incertitude.

f) Infraction préalable commise à l'étranger

Selon l'art. 305^{bis} chiffre 3 CP, «le délinquant est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise». Ainsi, il y a également blanchiment d'argent au sens du droit suisse lorsque (i) une infraction commise au détriment du fisc étranger remplit les éléments constitutifs du faux dans les titres, (ii) l'impôt soustrait dans la période fiscale dépasse l'équivalent en monnaie étrangère de CHF 300 000, et (iii) l'infraction est punissable selon la législation de l'Etat où elle a été commise.

Ainsi, lorsque l'infraction a été commise à l'étranger, la condition de la double incrimination doit être respectée²⁸. Le principe de la double incrimination a en effet pour but d'éviter qu'un Etat assure sa coopération pour des faits qui ne constitueraient pas, à ses yeux, une infraction punissable. Il serait ainsi difficilement soutenable que l'Etat requis puisse restreindre la liberté individuelle d'une personne poursuivie pour des faits qu'il laisserait lui-même impunis.

Enfin, la FINMA considère que pour fixer les critères permettant d'identifier le risque d'un délit fiscal qualifié, l'intermédiaire financier peut «s'appuyer sur le taux d'imposition maximal du pays du domicile fiscal du client».²⁹

²¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 24. 2. 2006 dans la cause n° 6S_293/2005, c. 8.2. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral relève que la déclaration relative à l'ayant droit économique (ou relative à l'origine des avoirs) est un titre. En revanche, les documents justifiant l'origine des fonds (*in casu* des contrats fictifs) ne constituent pas des titres (arrêt précité, c. 8.3).

²² ATF 139 II 404, c. 9.9.2.

²³ Contrairement à la situation qui prévaut actuellement en Suisse, la déclaration fiscale est parfois incluse dans la notion de «titre» dans certains ordres juridiques étrangers.

²⁴ SUTER/REMUND (note 10), p. 68; CASSANI (note 10), 81.

²⁵ Circulaire de la FINMA 2011/1, N 102 ss.

²⁶ ATF 129 IV 329, c. 2.2. Sur la notion de garant, cf. également ATF 136 IV 188, c. 6.1-6.3.

²⁷ CASSANI (note 10), 83.

²⁸ La formulation ambiguë du Message du Conseil fédéral (FF 2014 650) a été corrigée lors des discussions au Parlement (cf. XAVIER OBERSON, Analyse critique du projet de loi sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI, Jusletter du 24. 3. 2014; Giovanni Molo/Daniele Galliano, L'introduction du blanchiment fiscal dans le domaine de la fiscalité directe, Jusletter du 23. 2. 2015).

²⁹ Article 21 de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (RO 2015 2093-2094, entrée en vigueur au 1.1.2016).

B) Impact de la révision du droit pénal fiscal

Les infractions prévues dans la LIFD et dans la LHID devraient être modifiées dans le cadre de la révision du droit pénal fiscal³⁰.

En principe, la soustraction d'impôt constituera l'infraction de base (contravention). Cela étant, lorsque la soustraction est commise *de façon astucieuse* («modèle de l'astuce»), elle devrait prendre la forme de l'escroquerie fiscale. Cette infraction pourrait alors entrer dans le champ des infractions préalables au blanchiment. Ainsi, sous le nouveau droit, il n'est pas exclu que l'escroquerie fiscale avec astuce (mais sans qu'un faux titre n'ait été produit) constitue une infraction préalable au blanchiment d'argent.

La soustraction devrait continuer à porter sur un montant minimal de CHF 300 000 par période fiscale.

Si cette modification législative entre en force, il se pourrait que la mise en place de structures complexes, la constitution de sociétés sous-jacentes ou le transit de fonds à des intermédiaires soient qualifiés de comportements astucieux et servent donc d'infraction fiscale préalable au blanchiment. La portée de l'art. 305^{bis} CP serait alors considérablement étendue.

2. Analyse sous l'angle des impôts indirects

A) Impôts visés

En matière d'impôts indirects, le législateur a étendu le champ de l'escroquerie qualifiée en matière de prestations et de contributions, de manière à ce que l'infraction s'applique désormais à tous les impôts indirects tombant dans le champ d'application de la loi fédérale sur le droit pénal administratif³¹.

Les impôts, taxes et autres droits et redevances prélevés par la Confédération dans le domaine fiscal et douanier peuvent faire l'objet d'une infraction fiscale qualifiée, à savoir principalement:

- la TVA;
- les droits de douane;
- l'impôt anticipé;
- les impôts spéciaux à la consommation;
- les droits de timbre.

B) Conditions de l'infraction préalable

a) Escroquerie en matière de prestations ou de contributions

Contrairement à ce qui vaut pour les impôts directs (condition du faux dans les titres), la fraude pour les impôts indirects suppose une tromperie astucieuse («modèle de l'astuce»).

Une telle tromperie sera admise lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges ou à des manœuvres frauduleuses, ou lorsque l'auteur donne de fausses informations mais que leur vérification n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée.

b) Métier ou concours de tiers

L'infraction suppose une commission par métier ou avec le concours de tiers (les auteurs planifiant systématique-

ment leurs agissements, concourant ainsi à la commission de l'infraction).

c) Avantage ou atteinte particulièrement importante
L'infraction suppose un résultat, en procurant un avantage illicite particulièrement important à l'auteur ou à un tiers, ou en portant atteinte de façon importante aux intérêts pécuniaires ou à d'autres droits des pouvoirs publics.

Le seuil de CHF 300 000 n'est pas requis, chaque infraction étant prise de manière indépendante. En pratique, il n'est pas acquis de savoir si ce seuil s'appliquera aussi aux impôts indirects.

C) Acte d'entrave

Il est ici renvoyé aux développements figurant ci-dessus à la Section II.1 A) c).

D) Infraction préalable commise à l'étranger

En ce qui concerne les impôts indirects, le comportement doit être punissable à l'étranger. Il doit en outre constituer par analogie une escroquerie fiscale qualifiée selon l'art. 14 al. 4 DPA.

Les impôts étrangers similaires devraient inclure notamment les impôts à la source sur les revenus de capitaux mobiliers, les gains de loterie et prestations d'assurance, la TVA ou les *sales tax*.

3. Application temporelle

Le Message du Conseil fédéral prévoit clairement ce qui suit³²:

Le nouvel art. 305^{bis} P-CP ne sera applicable qu'aux faits survenus après son entrée en vigueur. En conséquence, il ne peut y avoir une communication de soupçons au bureau de communication selon l'art. 9 LBA ou l'art. 305^{ter}, al. 2, CP pour des délits fiscaux qualifiés au sens de l'art. 305^{bis}, ch. 1^{bis}, P-CP commis avant l'entrée en vigueur de l'art. 305^{bis} CP modifié, étant donné que la législation en vigueur jusque-là ne les considérait pas encore comme des infractions préalables au blanchiment d'argent (pas de rétroactivité).

Les infractions antérieures à l'entrée en vigueur de la loi ne peuvent ainsi être considérées pour fonder une problématique de blanchiment.

La réponse à la question de savoir si la soustraction fiscale avec usage de faux doit être confirmée par une décision ayant force de chose jugée est indécise en doctrine. Selon certains auteurs³³, le blanchiment se réalise ainsi

³⁰ Cf. note de bas de page 8.

³¹ Message du 13.12.2013 concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, FF 2014 604, 671-675.

³² Message du 13.12.2013 concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, FF 2014 650.

³³ MOLO/GALLIANO (note 28), NN 19 ss et 25 ss.

par deux moments constitutifs cumulatifs: premièrement, un afflux d'argent non comptabilisé correctement, deuxièmement, l'utilisation d'un faux (par exemple des bilans). Selon un autre avis³⁴, un acte de blanchiment ne pourrait être commis qu'en lien avec un avantage effectivement obtenu par le contribuable en suite d'un délit fiscal qualifié consommé. Nous partageons ce point de vue: des tentatives de blanchiment d'argent antérieures à l'obtention effective de l'avantage paraissent difficilement concevables.

En tout état, la nouvelle disposition ne sera donc applicable qu'aux faits survenus après son entrée en vigueur, et cela tant du point de vue de la réalisation de l'acte d'entrave qui empêche l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales provenant d'un délit fiscal qualifié, que sous l'angle de la commission d'un tel délit, qui devra nécessairement être commis après l'entrée en vigueur de la disposition.

Il convient toutefois de relever que les impôts sur le revenu, le bénéfice, la fortune et le capital sont des impôts périodiques. Un titre faux, falsifié ou mensonger établi avant l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition législative, mais utilisé dans le cadre d'une période fiscale ultérieure pourrait donner lieu à un délit fiscal qualifié.

Il est également nécessaire de souligner qu'en matière d'entraide pénale internationale, c'est l'état de la législation suisse au moment de la décision d'entrée en matière qui est déterminant pour la réalisation de la condition de la double incrimination³⁵. Dans cette mesure, du point de vue de l'entraide, le nouvel article 305^{bis} CP aura bien des effets «rétroactifs», en ce sens qu'il pourra donner lieu à l'entraide y compris pour des faits antérieurs au 1.1.2016, faute en l'état d'une disposition équivalente à celle envisagée dans le cadre de l'article 110c AP-EIMP de 2012³⁶.

III. Nouvelles obligations de diligence en matière de conformité fiscale

En date du 27.6.2014, le Conseil fédéral a publié l'avant-projet d'une réforme en profondeur du droit bancaire et financier suisse, sous la forme d'un avant-projet de loi sur les services financiers (AP-LSFin) et d'un avant-projet de loi sur les établissements financiers (AP-LEFin)³⁷. L'art. 11 AP-LEFin vise, en substance, à contraindre les établissements financiers à vérifier la conformité fiscale de leurs clients. Le 5.6.2015, un nouveau projet de disposition similaire a été publié par le Conseil fédéral en relation avec une proposition de modification de la LBA³⁸.

En bref, le projet du Conseil fédéral prévoit que si un établissement financier présume que des valeurs patrimoniales proposées ou déposées chez lui n'ont pas été, ou ne seront pas, fiscalisées, il devra refuser d'entrer en relation d'affaires ou, selon les circonstances, résilier les relations d'affaires existantes. Les établissements financiers pourront renoncer à contrôler le respect des obligations fiscales lorsque le client est assujéti à l'impôt dans un Etat avec lequel la Suisse a conclu un accord concernant l'échange automatique de renseignements (des vérifica-

tions seront évidemment toujours nécessaires en relation avec les infractions fiscales qualifiées).

Ces dispositions ne sont pas destinées à s'appliquer aux non-intermédiaires financiers. Ceux-ci auront toutefois tout intérêt, dans le cadre de la profession, à s'inspirer de ces règles pour prévenir les futurs développements qui sont destinés à s'appliquer directement ou indirectement à leurs activités.

Cette proposition est politiquement contestée, mais la tendance est clairement à une extension des obligations de diligence en matière de conformité fiscale.

IV. Echange automatique de renseignements

Il est acquis désormais que la Suisse appliquera l'échange automatique de renseignements dès 2018, référence faite aux opérations et situations afférentes à l'année 2017.

Nonobstant ce qui précède, les informations antérieures à ces exercices sont susceptibles d'être portées à la connaissance des Etats étrangers (notamment par le biais de demandes individuelles ou de demandes groupées [i] qui porteraient sur la période pré-2017 et [ii] qui pourraient se fonder [a] sur des renseignements obtenus dans le cadre de l'échange automatique de renseignements ou [b] sur un *pattern of facts* survenu durant la période pré-2017).

Il est en outre important de souligner que, dans le cadre du futur échange automatique de renseignements, les institutions financières devront mettre en place un mécanisme pour déterminer la juridiction de résidence fiscale des clients. La personne responsable de la relation devra suivre le dossier pour s'assurer, sur la base d'indices ou de sa connaissance du dossier, de la résidence fiscale du titulaire du compte et/ou de la personne détenant le contrôle. En cas de doute, elle demandera des auto-certifications au titulaire du compte et/ou à la personne détenant le contrôle, voire des attestations. L'avocat aura dès lors intérêt à réagir de manière proactive lorsqu'il se trouve confronté à un dossier où la résidence (ou nationalité, s'agissant notamment des Etats-Unis) de son client apparaît raisonnablement contestable.

³⁴ CASSANI (note 10), 86.

³⁵ ATF 129 II 462, c. 4.3.

³⁶ Cf. avant-projet de la loi sur l'entraide pénale internationale en vue de l'extension de l'entraide judiciaire en matière fiscale, mis en consultation le 15. 6. 2012 et consultable à l'adresse: <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/gesetzgebung/fiskalrechtshilfe.html>. Le texte du nouvel article 110c EIMP proposé était le suivant: «Les dispositions de la modification du ... de la présente loi s'appliquent lorsque les faits à l'origine de la demande ont été commis postérieurement à son entrée en vigueur». En date du 20. 2. 2013, le Conseil fédéral a annoncé que ce projet de révision de l'EIMP serait retiré et retravaillé dans le cadre de la révision du droit pénal fiscal.

³⁷ Cf. le communiqué de presse du Conseil fédéral: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=53561>.

³⁸ Cf. le communiqué de presse du Conseil fédéral: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=57552>.

V. Conclusions

La présente contribution a mis en lumière les quatre zones de risque suivantes:

1. *Révision de l'art. 305^{bis} CP*: L'introduction d'un délit fiscal qualifié en tant qu'infraction préalable au blanchiment d'argent marque un tournant dans le volet pénal (Pilier I) du dispositif suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Limité aujourd'hui à l'usage de faux, le délit fiscal qualifié pourrait être élargi au modèle de l'astuce dans le cadre de la prochaine réforme du droit pénal fiscal. Contrairement à la LBA, le champ d'application de l'art. 305^{bis} CP n'est pas limité à l'intermédiation financière. Tous les avocats doivent analyser l'impact de cette norme sur leurs activités.
2. *Révision de la LBA*: La réforme de la LBA (Pilier II) en vue de l'adaptation aux recommandations du GAFI élargit la portée matérielle des normes de comportement prévues dans cette loi. Le Conseil fédéral a d'ores et déjà initié une nouvelle réforme de la LBA, axée spécifiquement sur le contrôle de la conformité fiscale. Ces nouvelles obligations de diligence concernent les avocats qui exercent une activité d'intermédiation financière.
3. *Réforme du droit pénal fiscal*: La prochaine réforme du droit pénal fiscal pourrait conduire à une extension de l'arsenal répressif auquel est soumis le contribuable (suisse). Ce durcissement pourrait également avoir un impact sur (i) le rapport (de confiance) entre le contribuable et son conseiller et (ii) sur le conseiller lui-même. Le risque d'être qualifié de «complice» ou d'«instigateur» de l'infraction du contribuable pour-

rait s'accroître sensiblement par rapport à la situation juridique actuelle. L'infraction fiscale imputée au contribuable «contaminerait» son conseiller.

4. *Mise en œuvre du droit étranger*: Dans le cadre de la conduite de mandats transfrontaliers, l'impact du droit étranger doit être pris en compte. Les ordres juridiques étrangers sont généralement prompts à poursuivre pénalement le conseiller du contribuable (étranger) au titre de la complicité ou de l'instigation. A l'égard d'une personne qui n'est pas localisée sur leur territoire, ces Etats fondent généralement leur compétence *ratione loci* sur le principe du résultat (*Auswirkungsprinzip*), considérant que l'infraction fiscale alléguée s'est traduite par un «résultat» sur leur sol. Si les normes applicables dans les Etats voisins de la Suisse n'ont pas subi de changements fondamentaux durant ces dernières années, leur mise en œuvre (*enforcement*) s'est accrue de manière spectaculaire. Il s'agit là non seulement de la manifestation d'une volonté politique, mais également du résultat de l'élargissement des canaux de l'entraide internationale en matière fiscale (élargissement qui conduit à la divulgation d'un large éventail d'informations sur le contribuable et sur les prestataires qui lui ont fourni des services).

La zone de risque n° 2 ne concerne que les avocats actifs en qualité d'intermédiaires financiers au sens de la LBA. En revanche, *tous les avocats pratiquant en Suisse* sont affectés par les trois autres zones de risque (n° 1, 3 et 4) et doivent impérativement analyser l'impact de ces changements sur leur activité professionnelle quotidienne.

2^e édition
intégralement
revue et
complétée



Procédure administrative

Benoît Bovay

Octobre 2015, env. CHF 140.–

Précis de droit Stämpfli PdS, 2^e édition,
env. 700 pages, relié, 978-3-7272-2398-3

L'objectif poursuivi par ce précis est de mettre en parallèle la procédure administrative fédérale et celles des cantons romands et Berne, en comparant les dispositions et en mettant en évidence leurs divergences. Facilitant l'accès à la jurisprudence topique et casuistique, cette approche par étapes, de la procédure administrative non contentieuse puis contentieuse en passant par la décision administrative, est destinée aux praticiens, étudiants, administrés et membres de l'administration dans les nombreux domaines de l'activité de celle-ci vu la vaste portée de la procédure administrative.

www.staempflieditions.com/revue-avocat

Stämpfli

Editions

Stämpfli Editions SA

Wölflistrasse 1

Case postale 5662

CH-3001 Berne

Tél. +41 31 300 66 44

Fax +41 31 300 66 88

editions@staempfli.com

www.staempflieditions.com

