



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral des finances DFF

**Secrétariat d'Etat aux questions financières
internationales SFI**

27 février 2013

Mise en œuvre des recomman- dations du Groupe d'action fi- nancière, révisées en 2012

Rapport explicatif destiné à la consultation

Table des matières

1 Présentation du projet	4
1.1 Contexte	4
1.2 Dispositifs proposés	7
1.2.1 Transparence des personnes morales et actions au porteur	7
1.2.2 Ayants droit économiques	13
1.2.3 Définition des PPE et fixation des obligations de diligence correspondantes dans la LBA	14
1.2.4 Qualification des infractions fiscales pénales graves en infractions préalables au blanchiment d'argent	16
1.2.5 Elargissement du champ d'application de la LBA (paiement en espèces lors d'opérations de vente)	23
1.2.6 Adaptation de la LP (paiement en espèces lors de ventes aux enchères)	27
1.2.7 Compétences du bureau de communication et efficacité du système de communication de soupçons	29
1.3 Comparaison avec le droit étranger	35
1.3.1 Transparence des personnes morales et actions au porteur	35
1.3.2 Rapports avec le droit européen	38
2 Commentaire des dispositions	39
2.1 Transparence des personnes morales et actions au porteur	39
2.1.1 Société anonyme	39
2.1.2 Société à responsabilité limitée	45
2.1.3 Société coopérative	46
2.1.4 Modifications d'autres lois	47
2.1.5 Dispositions transitoires	49
2.2 Ayants droit économiques	50
2.3 Définition des PPE et fixation des obligations de diligence y relatives dans la LBA	52
2.4 Qualification des infractions fiscales pénales graves en infractions préalables au blanchiment d'argent	54
2.4.1 Fiscalité indirecte: escroquerie qualifiée en matière de contributions, d'impôts ou de douanes (art. 14, al. 4, AP-DPA)	54
2.4.2 Fiscalité directe	59
2.4.3 Application des nouvelles dispositions relatives aux infractions préalables en matière fiscale	69
2.4.4 Entraide judiciaire internationale	70
2.5 Elargissement du champ d'application de la LBA: prescriptions sur le paiement en espèces lors d'opérations de vente	70
2.6 Adaptation de la LP (paiement en espèces lors de ventes aux enchères)	73
2.7 Compétences du bureau de communication et efficacité du système de communication de soupçons	74

2.7.1 Amélioration de l'assistance administrative interne	74
2.7.2 Modification du système de communication de soupçons	76
3 Conséquences	82
3.1 Conséquences pour la Confédération	82
3.2 Conséquences pour les cantons et les communes	83
3.3 Conséquences économiques	83
4 Relation avec le programme de la législature	84
5 Aspects juridiques	84
5.1 Constitutionnalité et légalité	84
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	84
5.3 Forme de l'acte à adopter	85
5.4 Frein aux dépenses	85
5.5 Conformité à la loi sur les subventions	85
5.6 Délégation de compétences législatives	85
Annexe:	
Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 (<i>avant-projet</i>)	

Rapport

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

La Suisse accorde une grande importance au maintien d'une place financière saine. Dans le contexte d'une criminalité en évolution constante, elle adapte régulièrement sa législation, initialement mise en place il y a plus de 25 ans, afin de préserver l'intégrité de la place financière et se prémunir contre une utilisation criminelle de cette dernière, notamment aux fins de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. La contribution de la Suisse à la définition des normes internationales relatives à l'intégrité du marché financier, notamment celles qui visent l'harmonisation des règles en matière de lutte contre la criminalité financière, est un pilier important de sa stratégie de défense d'une place financière saine et florissante.

A cette fin, la Suisse participe activement, depuis sa création, aux travaux du Groupe d'action financière (GAFI). Créé en 1989, le GAFI a élaboré des recommandations qui constituent les normes internationales de référence pour lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Le GAFI a procédé entre 2009 et 2012 à un réexamen approfondi de ces recommandations, découlant notamment de l'évolution de la criminalité financière internationale, qui a abouti à l'adoption d'une révision partielle des normes de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et à leur extension à la lutte contre le financement de la prolifération des armes de destruction massive. La Suisse a approuvé en février 2012 les 40 recommandations révisées du GAFI. La réglementation suisse est déjà actuellement dans une large mesure compatible avec ces nouvelles normes. Certaines adaptations sont toutefois nécessaires pour que la législation suisse soit conforme aux recommandations révisées, ainsi que pour remédier à certaines déficiences relevées lors de l'évaluation de la Suisse effectuée en 2005 par le GAFI et qui n'ont pas été corrigées depuis lors.

La conformité avec ces normes internationales est dans l'intérêt de la Suisse, vu qu'elle permet de préserver la réputation et l'attrait de sa place financière, raison pour laquelle notre pays les a reprises et prévoit d'adapter la législation dans le cadre de la présente révision. La reprise des recommandations du GAFI permet aussi d'assurer la reconnaissance du dispositif suisse sur le plan international.

Les nouvelles recommandations diffèrent par rapport à la législation et à la politique antiblanchiment suisses actuelles sur certains points:

- Le GAFI a clarifié ses exigences en matière de transparence des personnes morales, y compris en ce qui concerne les sociétés émettant des actions au porteur. Une révision du droit suisse est également nécessaire compte tenu des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (Forum mondial) concernant les sociétés avec actions au porteur. Cela entraîne des adaptations du code des obligations (CO)¹, de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs

¹ RS 220

(LPCC)² et du code pénal (CP)³, visant à introduire un devoir d'annonce de l'actionnaire à la société afin d'améliorer la transparence des sociétés non cotées émettant des actions au porteur, et assurer que le registre des actionnaires de sociétés non cotées indique les ayants droit économiques. Des dispositions sont aussi prévues pour les sociétés avec actions nominatives. Par une modification du code civil (CC)⁴, l'obligation d'enregistrer les fondations au registre du commerce est étendue afin d'inclure toutes les fondations y compris les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques.

- Dans le cadre des mesures de diligence des intermédiaires financiers, la norme du GAFI relative à l'identification des ayants droit économiques a été précisée s'agissant des mesures raisonnables devant être prises pour identifier les personnes physiques qui contrôlent en dernier lieu une personne morale. La loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA)⁵ sera aménagée pour consolider ce point.
- Le GAFI a étendu ses recommandations aux relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées (PPE) nationales et d'organisations internationales – c'est-à-dire les personnes exerçant ou ayant exercé une fonction dirigeante au sein ou pour le compte d'une organisation intergouvernementale – , selon une approche fondée sur les risques. La LBA est modifiée par l'inclusion d'une obligation générale d'identifier les PPE ainsi que des définitions et obligations de diligence particulières relatives aux PPE nationales et aux PPE d'organisations intergouvernementales.
- La définition du blanchiment contenue dans les nouvelles recommandations élargit la liste des infractions préalables au blanchiment aux «infractions fiscales pénales». Cela entraîne des adaptations de la législation en matière d'impôts directs, ainsi que de manière plus limitée en matière d'impôts indirects (domaine dans lequel le droit suisse comprend déjà une infraction préalable, soit la contrebande douanière organisée ou «escroquerie fiscale qualifiée» au sens de l'art. 14, al. 4, de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, DPA⁶).
- Un élargissement ponctuel du champ d'application de la LBA aux ventes immobilières et mobilières est prévu, bien que cela ne soit pas demandé en soi par la révision des recommandations du GAFI. La LBA sera modifiée par l'introduction d'une obligation de recourir à un intermédiaire financier pour effectuer une transaction immobilière ou mobilière dépassant un certain montant. Une solution produisant un résultat semblable est introduite dans la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁷.
- Concernant les cellules de renseignements financiers (CRF, en Suisse le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, ci-après

2 RS 951.31
3 RS 311.0
4 RS 210
5 RS 955.0
6 RS 313.0
7 RS 281.1

«bureau de communication»), le GAFI a, d'une part, étendu leurs compétences afin qu'elles puissent obtenir des informations supplémentaires des intermédiaires financiers et, d'autre part, clarifié sa norme relative à l'échange d'informations financières entre elles. Les modifications correspondantes de la LBA sont déjà engagées (cf. le message du Conseil fédéral du 27 juin 2012 relatif à la modification de la LBA⁸). Dans le cadre de la présente mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI, plusieurs mesures visant à améliorer l'efficacité du système de communication de soupçons sont introduites, tout en allégeant les procédures pour les intermédiaires financiers. Premièrement, la disposition en matière d'assistance administrative interne de la LBA est complétée et permettra au bureau de communication d'obtenir, sur demande, d'autres autorités suisses, les informations nécessaires aux analyses des communications de soupçons. Cette disposition s'inscrit donc sous l'angle d'une optimisation des analyses du bureau de communication. Deuxièmement, grâce à une application différée du blocage automatique prévu par la LBA allant de pair avec l'abolition du droit d'annonce, le bureau de communication bénéficiera, selon les cas, de plus de temps pour effectuer ses analyses.

Certaines recommandations importantes du GAFI – révisées ou nouvelles – n'exigent pas actuellement de modification de bases légales formelles. En particulier, les pays doivent procéder à une évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, en vertu de la nouvelle recommandation 1 sur l'approche fondée sur les risques. Ces évaluations reposeront largement sur des instruments existants (analyse de risques de différentes autorités, coordination entre autorités concernées). En outre, la Suisse remplit déjà largement la norme révisée concernant les trusts et autres constructions juridiques. La nouvelle norme du GAFI relative à la lutte contre le financement des armes de destruction massive exige, pour l'essentiel, la mise en œuvre des sanctions financières ciblées décidées par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (ONU). La Suisse met déjà en œuvre ces sanctions par l'intermédiaire de la loi fédérale du 22 mars 2002 sur l'application de sanctions internationales (loi sur les embargos, LEmb)⁹. D'éventuelles adaptations législatives de mise en œuvre des sanctions ciblées liées au financement du terrorisme demandée par la recommandation révisée du GAFI, correspondant à la Résolution 1373 du Conseil de sécurité de l'ONU, ne font pas l'objet du présent avant-projet. Elles devraient toutefois y être intégrées ultérieurement, dans la mesure du possible.

En conclusion, la Suisse dispose déjà aujourd'hui d'un système de lutte contre la criminalité financière globalement robuste et complet. Elle n'est toutefois pas épargnée – tout comme d'autres pays – par l'évolution de la criminalité et des défis qui se posent pour y répondre. La législation suisse doit ainsi être adaptée dans le cadre de la présente révision afin de préserver la robustesse du système actuel et améliorer son efficacité là où cela est nécessaire. Une protection efficace contre une utilisation criminelle est primordiale pour une place financière de l'importance de celle de la Suisse.

⁸ FF 2012 6449

⁹ RS 946.231

1.2 Dispositifs proposés

1.2.1 Transparence des personnes morales et actions au porteur

1.2.1.1 Examens pays du GAFI et du Forum mondial

En 2005, le GAFI a procédé à l'évaluation du régime de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme en Suisse. Dans le cadre de cet examen, la Suisse a obtenu la notation «non conforme» pour la question de la transparence des personnes morales. Selon le GAFI, les actions au porteur, qui garantissent l'anonymat de l'actionnaire étant donné qu'elles ne sont pas émises au nom d'une personne déterminée et que tout porteur est reconnu comme étant son ayant droit, ne respectent pas la recommandation 33 (2003). Celle-ci prévoyait que «les pays devraient s'assurer que des informations adéquates, pertinentes et à jour sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des personnes morales puissent être obtenues et consultées en temps voulu par les autorités compétentes». Le GAFI attend que les pays qui connaissent les actions au porteur prennent les «mesures appropriées» pour faire en sorte que les sociétés ayant émis ce type d'actions ne puissent pas être «utilisées à mauvais escient pour blanchir des capitaux». Le GAFI a donc recommandé à la Suisse d'améliorer les mesures de transparence pour les sociétés anonymes ayant émis des actions au porteur. Il n'a cependant pas exigé l'abrogation de ce type d'actions. Depuis 2005, le Conseil fédéral s'est attelé à trouver une solution législative visant à régler de manière satisfaisante le manque de transparence des sociétés émettant des actions au porteur.

En février 2012, le GAFI a adopté ses recommandations révisées. Il a notamment adopté une norme révisée (note interprétative de la recommandation 24) relative à la transparence des personnes morales qui précise les règles en la matière. En particulier, les normes révisées précisent en ce qui concerne les sociétés émettant des actions nominatives les exigences visant à assurer l'existence d'informations sur les ayants droit économiques de personnes morales. Pour les sociétés émettant des actions au porteur et des bons de souscription d'actions au porteur, la recommandation 24 prévoit qu'un pays doit, par exemple, appliquer un ou plusieurs des mécanismes suivants: (i) interdire les actions au porteur; (ii) les convertir en titres nominatifs (par ex. par dématérialisation); (iii) les immobiliser en exigeant qu'elles soient détenues auprès d'un intermédiaire financier ou (iv) imposer aux actionnaires détenant une participation de contrôle d'en notifier la société et à la société d'enregistrer leur identité. Ces normes révisées offrent aujourd'hui de nouvelles opportunités de mettre notre pays en conformité avec les exigences du GAFI en matière de transparence.

La pression exercée par le GAFI ces dernières années pour augmenter la transparence des personnes morales s'est accrue depuis la mise sur pied en 2009 d'un système d'évaluation par les pairs au Forum mondial. Selon l'une des normes principales, les membres doivent s'assurer que leurs autorités compétentes disposent des informations permettant d'identifier les propriétaires de sociétés de capitaux et autres personnes morales.

Selon le Forum mondial, le terme «propriétaire» comprend le propriétaire légal et, lorsqu'un propriétaire légal agit pour le compte d'une autre personne en qualité de mandataire ou en vertu d'une disposition similaire, cette autre personne, ainsi que

les personnes qui font partie d'une chaîne de propriété (critère A.1.1). Il est exigé que lorsque les pays autorisent l'émission d'actions au porteur, ils doivent avoir mis en place des mécanismes appropriés permettant d'identifier les propriétaires de ces actions (A.1.2). Une abrogation des actions au porteur n'est pas requise, mais un mécanisme fiable doit être en place qui assure l'identification des propriétaires de ces actions. A titre d'exemple, il est mentionné qu'une possibilité, parmi d'autres, consiste à conclure un accord de garde avec un conservateur agréé (*custodial arrangement*) ou un autre accord similaire visant à immobiliser ces actions. Le Forum mondial insiste sur la nécessité d'avoir en place des mesures «complètes» et proportionnelles à la matérialité du problème (prépondérance des actions au porteur dans un pays donné). Pour être en totale conformité avec la norme du Forum mondial, lorsque la législation d'un pays permet l'émission des actions au porteur, ce pays devra avoir en place un ou des mécanisme(s) qui assure(nt) l'identification de chaque propriétaire d'actions au porteur.

Les exigences du Forum mondial vont donc plus loin que celles du GAFI.

En conséquence des nouvelles normes du GAFI et du Forum Mondial, la plupart des pays européens ont adapté leur législation – ou sont en train de le faire – dont récemment l'Allemagne, l'Autriche et le Liechtenstein (cf. le ch. 1.3.1). En Suisse, les sociétés anonymes émettant des actions au porteur sont en augmentation depuis quelques années et dépassent le nombre de 50 000. De grandes différences sont constatées, entre cantons, quant à la prépondérance de cette forme d'actions. Si la Suisse n'agit pas en procédant à des adaptations législatives visant à introduire la transparence nécessaire, elle risque de favoriser l'usage à des fins abusives d'actions au porteur de sociétés suisses permettant de contourner les législations d'autres pays.

1.2.1.2 Solutions non retenues

Le présent chapitre présente les solutions envisagées par le passé afin de résoudre le manque de transparence des actions au porteur ainsi que les raisons pour lesquelles elles n'ont pas été retenues.

Abrogation de l'action au porteur

L'abrogation totale de l'action au porteur garantirait la transparence quant à l'identité des actionnaires. Il n'y aurait plus alors que des actionnaires nominatifs qui doivent se faire inscrire dans le registre des actionnaires car vis-à-vis de la société, ne sont réputés actionnaires que les personnes figurant dans ce registre. Une mesure visant l'abrogation complète des actions au porteur permettrait à la Suisse de répondre entièrement aux recommandations du GAFI et du Forum mondial. Toutefois, l'abrogation des actions au porteur, proposée dans l'avant-projet du 2 décembre 2005 de modification du droit de la société anonyme, s'est heurtée à l'opinion majoritaire émise lors de la procédure de consultation, qui souhaitait clairement le maintien de ce type d'action. Le Conseil fédéral s'est en outre déjà prononcé à plusieurs reprises ces dernières années contre l'abrogation des actions au porteur. Une telle abrogation équivaudrait à un changement radical des choix politiques de ces dernières années. Elle va à l'encontre des intérêts manifestés par les milieux économiques.

Une mesure semblable mais moins absolue serait l'introduction d'une clause de sauvegarde des droits acquis (*grandfathering*) en vertu de laquelle plus aucune

action au porteur ne pourrait être émise dès l'entrée en vigueur de la modification législative; les actions existantes pourraient par contre être conservées. Au regard de la solution proposée (ch. 1.2.1.3), une telle mesure est toutefois jugée inutile.

Dépôt des actions au porteur auprès d'un établissement tiers

Une solution visant à obliger tous les titulaires d'actions au porteur, ou ceux dont la participation dépasse un certain pourcentage, à déposer leurs titres auprès d'un établissement tiers (une banque par exemple) présente des inconvénients majeurs. Ainsi, bien qu'elle réponde aux exigences de transparence nécessaires et permette que seul l'établissement ait connaissance de l'identité de l'actionnaire, elle pourrait cependant engendrer des conséquences financières lourdes pour les actionnaires qui devraient faire appel à des établissements tiers pour le dépôt et la gestion des titres déposés.

Le dépôt (immobilisation) des actions au porteur aurait pour conséquence de supprimer une caractéristique importante, c'est-à-dire la transmission sans restriction de ce type d'action. Les effets d'une telle solution seraient proches d'une abrogation des actions au porteur. Le dépôt des actions au porteur auprès de la société aurait les mêmes conséquences négatives que leur dépôt auprès d'un intermédiaire financier. La suppression *de facto* de l'action au porteur serait dans ce modèle encore renforcée, car les détenteurs d'actions au porteur pourraient non seulement être identifiés, mais seraient connus de la société en permanence.

1.2.1.3 Solution retenue: devoir d'annonce de l'actionnaire

Comme il a été relevé au ch. 1.2.1.1, les discussions menées au sein du GAFI sur les actions au porteur ont abouti à un consensus selon lequel les autorités de lutte contre le blanchiment doivent pouvoir avoir accès aux informations concernant les ayants droit économiques, c'est-à-dire les personnes physiques (s'il y en a) qui détiennent une participation de contrôle dans une personne morale. A titre d'exemple, la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (ci-après «3^e directive européenne antiblanchiment») ¹⁰ dispose que l'ayant droit économique d'une personne morale est celui qui détient 25 % ou plus du nombre total des actions. Ce seuil de participation visant à déterminer l'ayant droit économique doit désormais également être repris dans le cadre du présent avant-projet relatif aux mesures de diligence des intermédiaires financiers lors de l'identification des ayants droit économiques de personnes morales (cf. le ch. 2.2).

Afin de mettre en œuvre cette exigence, il peut être envisagé d'introduire un devoir d'annonce selon lequel un actionnaire au porteur qui atteint ou dépasse ce seuil de participation ¹¹ dans une société doit s'annoncer et décliner son identité et, en même temps, celle de l'ayant droit économique. Toutefois, si les recommandations du

¹⁰ Journal officiel de l'Union européenne, L 309/15 du 25 novembre 2005

¹¹ Par exemple une participation de contrôle basée sur un taux de 25 % conformément à ce qui est prévu par la recommandation 24 du GAFI; cf. le par. 14, let. d, de la note interprétative de cette recommandation.

GAFI se contentent – pour les titulaires d’actions au porteur – de l’introduction d’un devoir d’annonce pour les participations supérieures à 25 %, cette mesure est jugée insuffisante au regard des exigences du Forum mondial. En revanche, une solution de devoir d’annonce pour tous les propriétaires d’actions au porteur devrait permettre à la Suisse d’être en conformité par rapport à la norme du Forum mondial.

Il y a lieu de noter que cette proposition de solution ne devra porter que sur les sociétés non cotées, vu que la transparence des sociétés dont les actions sont cotées en bourse est assurée par les différents devoirs d’annonce fixés par la loi du 24 mars 1995 sur les bourses (LBVM)¹². En effet, cette loi prévoit que celui qui détient, directement ou indirectement, seul ou de concert avec des tiers, un certain pourcentage des droits de vote d’une société, doit déclarer sa participation à la société et aux bourses où elle est cotée. Cette obligation d’annonce découlant du droit boursier commence à partir d’un seuil de 3 % des droits de vote.

En ce qui concerne le moment de l’annonce et son destinataire, un devoir d’annonce pourrait prendre diverses formes:

- *Devoir d’annonce à la société*: Le droit de la société anonyme pourrait inclure un devoir d’annonce en vue de la participation à l’assemblée générale selon lequel les personnes qui, seules ou en accord avec des tiers, ont acquis des actions au porteur d’une société dont les titres ne sont pas cotés en bourse, et qui souhaitent faire usage du droit de vote lié à leurs actions au porteur, doivent s’annoncer auprès de la société. Cette dernière serait chargée de tenir un registre des actionnaires. Un tel devoir d’annonce améliorerait la transparence des actions au porteur par rapport au système légal actuel, bien que sa mise en œuvre entraîne un surcroît de travail administratif pour les sociétés. Il est cependant à noter qu’un devoir d’annonce limité à la participation à une assemblée générale ne prend que partiellement en considération le risque de blanchiment d’argent et les exigences du GAFI. En effet, ce devoir ne permet pas d’identifier d’éventuels transferts des actions au porteur entre deux assemblées générales, ni les titulaires de ces actions qui ne souhaiteraient justement pas participer à l’assemblée générale. Il ne livre donc pas des informations «adéquates et à jour», telles que le GAFI l’exige. C’est pourquoi, l’avant-projet propose d’introduire un devoir d’annonce au moment du transfert des actions au porteur exigeant de leurs titulaires qu’ils déclarent à la société toute action acquise ainsi que leur identité. Un devoir d’annonce au moment du transfert des titres serait relativement aisé à mettre en place et entraînerait une charge modeste pour les PME, en raison notamment de la faible fluctuation parmi les actionnaires. On peut en effet raisonnablement partir du principe que les actions au porteur changent de mains moins d’une fois par an en moyenne, soit à un rythme plus lent que celui des assemblées générales annuelles. La charge administrative de cette solution est donc probablement inférieure à celle de la variante du dépôt des actions au porteur auprès d’un établissement tiers, en tout cas en ce qui concerne les PME. Afin d’être efficace, un tel devoir d’annonce devrait être assorti de sanctions suffisamment dissuasives. Ces sanctions peuvent être introduites dans le droit des sociétés comme dans le droit pénal.

¹² RS 954.1

- *Possibilité d'annonce à un intermédiaire financier au lieu de l'annonce à la société*: Cette solution permet à la société de décider que l'annonce de l'acquisition d'actions au porteur et de l'identité de l'actionnaire se fait non pas auprès d'elle, mais d'un intermédiaire financier au sens de la LBA. Dans ce cas, la société déléguerait à un tiers la tenue de la liste en ce qui concerne l'identité des actionnaires. La délégation permettrait tant de préserver l'anonymat des détenteurs d'actions au porteur vis-à-vis de la société que de garantir la transparence. Un autre avantage pourrait résider dans l'utilisation d'une infrastructure et d'un savoir-faire qu'un intermédiaire financier détiendrait déjà pour la mise en place d'un tel système d'annonce, de sorte que la société pourrait éventuellement économiser les coûts de mise en place de son propre système d'annonce. Conformément à sa convention de délégation, la société devra informer l'intermédiaire financier désigné du contenu de la liste.

Il convient de lier l'introduction du devoir d'annonce pour les actions au porteur à des mesures visant à améliorer la transparence en ce qui concerne les actions nominatives d'une société anonyme et les parts sociales de la société à responsabilité limitée (ci-après «Sàrl»).

1.2.1.4 Aperçu de l'avant-projet de mise en œuvre de la recommandation 24 du GAFI

Le présent avant-projet prévoit ainsi trois modèles visant à améliorer la transparence des sociétés anonymes: le premier introduit un devoir d'annonce de l'actionnaire à la société; le deuxième prévoit une annonce à un intermédiaire financier; et le troisième une conversion facilitée de l'action au porteur en action nominative. Cette solution devrait satisfaire aux exigences de la recommandation 24 du GAFI de même qu'à celles du Forum mondial, et permettrait aux sociétés de choisir le modèle qui leur occasionne le moins de charges et leur garantit aussi, au besoin, le choix de l'anonymat de l'actionnaire.

L'avant-projet peut être résumé comme suit:

Société anonyme

Pour ce qui est des sociétés non cotées en bourse, les acquéreurs d'actions au porteur ont une obligation d'annonce vis-à-vis de la société. De plus, les détenteurs d'actions nominatives et d'actions au porteur doivent déclarer les ayants droit économiques à ces mêmes sociétés non cotées dès lors qu'ils acquièrent une participation d'au moins 25 %. L'annonce peut également être faite à un intermédiaire financier au sens de la LBA, désigné par la société.

Le devoir d'annonce étant en mesure de garantir la transparence, il n'y a pas de raison d'abroger à terme l'action au porteur. C'est pourquoi l'avant-projet ne prévoit pas de clause de sauvegarde (*grandfathering*).

Le conseil d'administration (ou l'intermédiaire financier désigné) doit tenir une liste des actionnaires soumis à l'obligation d'annonce et des ayants droit économiques.

Le registre des actions et la liste des actionnaires soumis à l'obligation d'annonce et des ayants droit économiques doivent pouvoir être accessibles en Suisse. La durée

de conservation des pièces justificatives de l'annonce est de dix ans à compter de la radiation des personnes annoncées de la liste. Le registre des actions et la liste doivent être conservés dix ans après la radiation de la société.

Un conseil d'administration ou un représentant autorisé résidant en Suisse doit avoir accès au registre des actions et à la liste des actionnaires soumis à l'obligation d'annonce et des ayants droit économiques.

Une violation des obligations peut entraîner diverses sanctions. Tout d'abord, au niveau du droit de la société, la suspension des droits de participation liés aux actions (par ex. les droits de vote) et des droits patrimoniaux (par ex. le droit aux dividendes) tant qu'il n'y aura pas eu de conformité avec l'obligation d'annonce. De plus, des nouvelles dispositions du CP (manquement au devoir d'annonce, tenue incorrecte de la liste) permettent d'infliger une sanction pénale.

La conversion des actions au porteur en actions nominatives est facilitée.

Société à responsabilité limitée

Le registre des parts sociales doit être accessible en Suisse; les pièces justificatives de l'inscription au registre des parts sociales doivent également être conservées dix ans.

Les associés ont l'obligation de déclarer à la société les ayants droit économiques dès lors que leur participation s'élève à 25 % au moins.

Les sanctions équivalent à celles du droit de la société anonyme; de plus, l'associé peut être exclu de la société.

Société coopérative

L'avant-projet de mise en œuvre des recommandations du GAFI prévoit une obligation générale de tenir en Suisse une liste complète des associés; la durée de conservation des pièces justificatives de l'inscription dans la liste est ici encore de dix ans.

Une disposition pénale prévoit une sanction pour la tenue incorrecte de la liste des associés; de plus, un associé peut être exclu de la société.

Fondation

L'avant-projet de mise en œuvre des recommandations du GAFI prévoit une obligation d'inscription au registre du commerce pour toutes les fondations. Cela inclut désormais également les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille.

1.2.1.5 Modification de la LPCC

Les prescriptions en matière de transparence figurant dans la recommandation²⁴ du GAFI ainsi que dans sa note interprétative, notamment le ch. 14 concernant la prévention de l'utilisation abusive des actions au porteur, sont non seulement applicables aux sociétés anonymes au sens du code des obligations, mais aussi aux sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) selon les art. 36 ss de la LPCC.

La SICAV est une société autonome régie par une loi spéciale (art. 36, al. 1, LPCC), dont le capital se compose des actions des entrepreneurs et des actions des investisseurs, les actions des investisseurs pouvant être émises sous la forme d'actions

nominatives ou d'actions au porteur. Les actions des entrepreneurs sont quant à elles déjà transparentes, parce qu'elles sont toujours nominatives (art. 40, al. 1, LPCC) et que, conformément à l'art. 46 LPCC, la SICAV doit tenir un registre de ces actions.

En l'espèce, il est nécessaire de modifier la LPCC afin de garantir que les obligations d'annoncer modifiées des détenteurs d'actions au porteur ainsi que l'obligation d'annoncer concernant les ayants droit économiques figurant dans le CO s'appliquent aussi aux SICAV.

1.2.2 Ayants droit économiques

1.2.2.1 Identification de l'ayant droit économique

L'obligation d'identification de l'ayant droit économique, prévue par la recommandation 10 du GAFI, est applicable à tous les intermédiaires financiers assujettis à la LBA et vise les personnes physiques et morales, à l'exception des sociétés cotées en bourse ou des filiales détenues majoritairement par de telles sociétés. Il découle de cette obligation que l'ayant droit économique d'une relation d'affaires doit toujours être connu de l'intermédiaire financier. Une telle exigence n'est pas formellement inscrite dans la LBA bien que son principe soit connu et appliqué en Suisse depuis longtemps. Par conséquent, il est proposé de clarifier la loi en introduisant une obligation générale d'identification de l'ayant droit économique, afin de se conformer au plan formel avec les exigences du GAFI.

1.2.2.2 Obligation de diligence lors de l'identification de l'ayant droit économique de personnes morales

Dans le cadre de la révision de la recommandation 10, les règles relatives à l'identification des ayants droit économiques de personnes morales ont été précisées. Les nouvelles mesures prévues par les normes du GAFI reposent sur le principe général de l'identification des personnes physiques qui, en dernier lieu, détiennent une participation de contrôle dans une personne morale. La législation suisse actuelle n'est pas conforme à ce principe. Les informations requises sur l'ayant droit économique de personnes morales se limitent à «la raison sociale et l'adresse du siège» pour les sociétés opérationnelles (art. 39, al. 1, let. b, de l'ordonnance de la FINMA du 8 décembre 2010 sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA¹³), à moins que la relation d'affaires ne comporte des risques accrus, auquel cas l'intermédiaire doit déterminer par qui les personnes morales sont contrôlées (art. 12, al. 2, let. h, et 14, al. 2, let. h, OBA-FINMA). Pour les structures complexes, telles que les sociétés de domicile, la société elle-même ne peut pas être l'ayant droit économique (art. 50, al. 1, OBA-FINMA). Selon la pratique actuelle, il est toutefois possible que l'ayant droit économique d'une société de domicile soit une personne morale qui exerce une activité commerciale.

Il est proposé de combler cette lacune en complétant l'art. 4 LBA (en relation avec l'art. 2a AP-LBA). La nouvelle disposition prévoit, pour mettre en œuvre la recom-

13 RS 955.033.0

mandation 10 du GAFI, que les intermédiaires financiers prennent à l'avenir des mesures raisonnables pour identifier les personnes physiques qui contrôlent en dernier lieu une personne morale. L'avant-projet introduit des mesures graduées permettant une application en fonction de la nécessité.

1.2.3 Définition des PPE et fixation des obligations de diligence correspondantes dans la LBA

1.2.3.1 Elargissement de l'actuelle définition aux PPE nationales et aux PPE d'organisations intergouvernementales

En vertu de la recommandation 12 du GAFI, les devoirs de diligence actuels vis-à-vis de PPE étrangères sont étendus au cercle des PPE nationales et des PPE d'organisations internationales. Dans sa définition, le GAFI ne distingue pas entre les PPE étrangères et nationales, et se fonde pour les deux catégories sur le même cercle de personnes. Selon le glossaire complétant les recommandations du GAFI, les PPE tant nationales qu'étrangères, exerçant des fonctions publiques dirigeantes, sont *«les chefs d'Etat et de gouvernement, les politiciens de haut rang, les hauts responsables au sein des pouvoirs publics, les magistrats et militaires de haut rang, les dirigeants d'entreprise publique et les hauts responsables de partis politiques»*. Le facteur distinctif réside donc dans le pays qui a confié la fonction publique dirigeante à la personne. La définition étant la même pour les PPE nationales et les PPE étrangères, il est assuré que les mêmes fonctions sont réputées PPE dans le pays et à l'étranger.

Dans ses considérations, le GAFI précise expressément que, selon le contexte, des fonctions publiques dirigeantes peuvent également être exercées aux niveaux subnational ou communal. Toutefois, une définition formelle des PPE au niveau subnational n'est pas une exigence absolue, ce qui laisse aux Etats la liberté de décider quelles sont les PPE nationales qui à leurs yeux présentent un risque accru. Le projet prévoit par conséquent une extension aux seules PPE exerçant des fonctions publiques dirigeantes au niveau national (et non aux niveaux cantonal et communal).

Pour ce qui est des PPE d'organisations internationales, il s'agit de personnes exerçant ou ayant exercé un mandat au plus haut niveau dans des organisations intergouvernementales, qui sont des sujets de droit international public. On compte par exemple parmi elles l'ONU et ses agences, ou le Fonds monétaire international. En sont exclues toutes les organisations internationales de droit privé (par ex. la FIFA ou le CIO). On précisera à ce propos que les intermédiaires financiers doivent se conformer aux obligations de diligence accrues indépendamment de l'existence ou non d'un statut de PPE lorsque, en considérant l'ensemble de la relation d'affaires, les critères de risque énumérés aux art. 12, al. 2, let. a à h, et 13, al. 2 et 3, OBA-FINMA sont réunis. Le cas échéant, ceci vaut également pour les personnes au service d'organisations internationales de droit privé.

En vertu de la recommandation 12 du GAFI, les obligations de diligence doivent également s'appliquer aux personnes proches des PPE.

Les exigences relatives aux PPE sont actuellement réglées dans l'OBA-FINMA. L'ordonnance de la CFMJ du 12 juin 2007 sur le blanchiment d'argent

(OBA CFMJ)¹⁴ contient également certaines dispositions à cet égard. Cette situation n'est guère satisfaisante dans la mesure où 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). En revanche, les dispositions relatives aux PPE ne s'appliquent pas aux membres des organismes d'autorégulation, car ces derniers n'entrent pas dans le champ d'application de l'OBA-FINMA ou de l'OBA CFMJ. Pour des raisons de sécurité du droit et pour éviter un traitement différencié des PPE, il est judicieux de régler de manière uniforme les exigences relatives aux PPE. Une réglementation au niveau de la loi permet de garantir que les exigences contraignantes dans le domaine des PPE valent de la même manière pour tous les intermédiaires financiers.

Par conséquent, l'avant-projet prévoit d'élargir aux PPE nationales et aux PPE d'organisations intergouvernementales le cercle des PPE actuellement définies dans l'OBA-FINMA et dans l'OBA CFMJ, conformément aux nouvelles normes du GAFI, et d'ancrer les réglementations correspondantes dans la loi.

1.2.3.2 Obligations de diligence accrues en relation avec les nouvelles catégories de PPE

Contrairement aux PPE étrangères, et conformément à la recommandation 12 du GAFI, les PPE nationales et les PPE d'organisations internationales ne doivent pas nécessairement être classées dans les relations d'affaires comportant des risques accrus. Le présent avant-projet de loi prévoit par conséquent, en accord avec cette norme du GAFI, de ne qualifier les PPE nationales et les PPE d'organisations intergouvernementales de relations d'affaires comportant des risques accrus qu'en association avec d'autres facteurs de risque.

Lorsque, dans le cas d'espèce – et pour autant qu'un ou plusieurs des facteurs de risque définis à l'art. 12, al. 2, let. a à h, OBA-FINMA ou à l'art. 10, al. 2, OBA CFMJ soient remplis –, une personne relève des nouvelles catégories de PPE et est considérée comme relation d'affaires comportant des risques accrus, il convient de respecter les obligations de diligence applicables aux PPE étrangères. L'avant-projet prévoit également que, le cas échéant, les intermédiaires financiers doivent respecter ces obligations de diligence accrues aussi à l'égard des personnes qui, de manière reconnaissable, sont proches des PPE nationales et des PPE d'organisations intergouvernementales.

1.2.3.3 Inclusion des nouvelles exigences

Les risques accrus que présentent les PPE étrangères se fondent sur la réglementation figurant à l'art. 12, al. 3, OBA-FINMA ou à l'art. 10, al. 3, OBA CFMJ. Pour

¹⁴ RS 955.021

garantir un traitement uniforme des PPE sur l'ensemble de la place financière et dans toutes les branches de l'intermédiation financière, il convient également de régler au niveau de la loi les obligations de diligence accrues à l'égard des PPE. L'avant-projet prévoit par conséquent de transférer les dispositions y afférentes des ordonnances dans la loi. Pour ce qui est des deux nouvelles catégories de PPE, elles ne doivent pas nécessairement être considérées comme des relations comportant des risques accrus (cf. la recommandation 12 du GAFI) et peuvent donc faire l'objet d'une réglementation séparée. Dès lors, l'avant-projet contient certains alinéas spécifiques assimilant les nouvelles catégories à la catégorie existante des PPE étrangères.

Les facteurs de risque définis à l'art. 12, al. 2, OBA-FINMA et à l'art. 10, al. 2, OBA CFMJ continuent de former la base pour l'appréciation des risques d'une relation d'affaires, permettant aussi, le cas échéant, de considérer une PPE nationale ou une PPE d'organisation intergouvernementale comme présentant un risque accru.

1.2.4 Qualification des infractions fiscales pénales graves en infractions préalable au blanchiment d'argent

Selon la recommandation 3 du GAFI, les pays doivent appliquer l'infraction de blanchiment de capitaux à toutes les infractions graves, afin de couvrir la gamme la plus large possible d'infractions préalables ou sous-jacentes. En ce qui concerne la définition des infractions préalables, la note interprétative de cette recommandation permet différentes approches:

- considérer l'ensemble des infractions comme des infractions préalables (approche dite «all crimes»);
- définir la notion d'infraction préalable par rapport à un seuil lié, soit à une catégorie d'infractions graves, soit à la peine privative de liberté dont est passible l'infraction préalable (méthode du seuil);
- adopter une liste d'infractions préalables (approche dite «liste»).

Il est également possible de combiner ces approches.

Quelle que soit l'approche choisie, chaque pays doit au minimum inclure une gamme d'infractions graves au sein de chacune des catégories désignées d'infractions, telles que définies dans le glossaire général qui est annexé aux 40 recommandations et en constitue une partie intégrante. Dans le cadre de la révision partielle de 2012, cette liste minimale a été étendue aux infractions fiscales pénales graves (liées aux impôts directs et indirects).

La question de l'introduction dans les normes du GAFI d'infractions préalables en matière fiscale n'est pas nouvelle. Elle s'était, en effet, déjà posée lors de la révision totale de 2003, et avait abouti à l'introduction de la contrebande, laquelle peut, selon les législations – en particulier en Suisse –, déjà viser certains impôts indirects, tels les droits de douanes ou la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Dans les recommandations révisées de 2012, la contrebande fait l'objet d'une catégorie séparée de celle des infractions fiscales pénales et vise notamment spécifiquement les taxes et droits de douane et les impôts à la consommation. Cette infraction préalable a été introduite dans le droit suisse par la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des

recommandations révisées du Groupe d'action financière¹⁵, entrée en vigueur le 1^{er} février 2009. Il s'agit de la contrebande organisée ou «escroquerie fiscale qualifiée» au sens de l'art. 14, al. 4, DPA.

Comme c'est le cas pour les 20 autres catégories d'infractions devant obligatoirement constituer des infractions préalables au blanchiment d'argent selon les recommandations du GAFI, ce dernier n'a pas défini ce qu'il entend par «infractions fiscales pénales». Il a uniquement précisé que cette catégorie d'infractions doit viser aussi bien les impôts directs qu'indirects. Il appartient ainsi à chaque pays de décider, conformément à son droit interne, comment il définit ces infractions et la nature de tout élément de ces infractions qui en fait des infractions graves¹⁶. En droit suisse, les infractions «graves» constitutives d'infractions préalables sont, conformément à l'art. 305^{bis} CP, les crimes au sens de l'art. 10, al. 2, CP, c'est-à-dire les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans. La Suisse a, en effet, retenu la méthode du seuil lié à une catégorie d'infractions graves. Cette méthode a fait ses preuves et doit par conséquent être conservée. Ainsi, seules les infractions qualifiées de crime sont considérées comme des infractions préalables au blanchiment d'argent. Il n'est par conséquent pas nécessaire de modifier l'art. 305^{bis} CP. Puisque les crimes sont – par opposition aux délits ou aux contraventions – des infractions qualifiées de graves en droit suisse, l'art. 305^{bis} CP est, par ailleurs, conforme aux normes du GAFI.

1.2.4.1 Fiscalité «indirecte»¹⁷

Comme mentionné au chiffre précédant, le droit suisse comprend déjà une infraction préalable dans la fiscalité «indirecte» depuis le 1^{er} février 2009 (escroquerie fiscale qualifiée au sens de l'art. 14, al. 4, DPA). Cette disposition ayant été spécifiquement introduite pour mettre en œuvre l'infraction préalable de contrebande douanière, sa portée est limitée au trafic transfrontière de marchandises. Partant, cette disposition ne vise que la TVA à l'importation, les droits de douanes ainsi que les impôts à la consommation spéciaux, tels notamment l'impôt sur le tabac ou l'impôt sur la bière. Bien qu'il s'agisse d'impôts indirects en tant que tels, ces types d'impôts sont spécifiquement visés dans les normes du GAFI sous la catégorie désignée d'infractions relative à la contrebande. Cette catégorie a, d'ailleurs, été précisée dans la révision de 2012 de la manière suivante: «y compris relativement aux taxes et droits de douanes et d'accise»¹⁸. Il est par conséquent probable que dans le cadre du 4^e cycle d'évaluation mutuelle du GAFI, l'actuel art. 14, al. 4, DPA ne serait évalué que sous la catégorie «contrebande» et ne compterait pas comme une infraction de la catégorie «infractions pénales fiscales (liées aux impôts directs et indirects)».

¹⁵ RO 2009 361

¹⁶ Cf. le glossaire général sous «Catégories désignées d'infractions», dernier paragraphe: «Lorsqu'il détermine la gamme des infractions constituant des infractions sous-jacentes dans chacune des catégories énumérées ci-dessus, chaque pays peut décider, conformément à son droit interne, comment il définira ces infractions et la nature de tout élément particulier de ces infractions qui en fait des infractions graves».

¹⁷ Aux fins du présent rapport, la notion de «fiscalité indirecte» fait référence aux impôts, taxes et autres droits et redevances prélevés par la Confédération dans les domaines fiscal et douanier (TVA, droits de douane, impôts à la consommation spéciaux, droits de timbre, impôt anticipé, etc.).

¹⁸ Cf. le glossaire général sous «Catégories désignées d'infractions».

Le Tribunal fédéral considère également que la fraude à la TVA de type carrousel constitue une escroquerie au sens du droit commun (art. 146 CP) et donc une infraction préalable au blanchiment d'argent. Aux yeux du GAFI, une telle infraction relèverait également plutôt de la catégorie «fraude» que de celle spécifique des infractions fiscales.

Au vu de ce qui précède, la législation suisse ne comprend pas d'infractions préalables suffisamment larges dans la fiscalité «indirecte». Afin d'y remédier, il est proposé d'élargir l'art. 14, al. 4, DPA, au-delà de la contrebande douanière, de telle sorte que cette disposition soit également applicable à d'autres impôts, taxes ou droits prélevés par la Confédération, tels l'impôt anticipé ou les droits de timbre. Cette disposition visera également la TVA sur les livraisons réalisées sur territoire suisse ainsi que sur les prestations de services. Etant donné que cette disposition vise, d'une part, à introduire une infraction préalable plus large dans la fiscalité indirecte, et, d'autre part, doit continuer de s'appliquer à la contrebande douanière, elle sera applicable spécifiquement en matière de contributions, d'impôts et de douanes.

Tout comme l'actuel art. 14, al. 4, DPA, la proposition de nouvelle escroquerie qualifiée en matière de contributions, d'impôts ou de douanes est constitutive d'un crime. La peine retenue reste la même, c'est-à-dire une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. La proposition s'inscrit également dans l'escroquerie en matière de prestations (al. 1) et de contributions (al. 2) de l'art. 14 DPA. Elle doit par conséquent en remplir les conditions. A cela, s'ajoutent des éléments qualifiants supplémentaires, qui lui confèrent la gravité d'un crime (avantage illicite particulièrement important, respectivement atteinte substantielle aux intérêts pécuniaires ou à d'autres droits des pouvoirs publics, et métier ou concours de tiers). Ces éléments qualifiants supplémentaires ont dû être adaptés par rapport à l'actuel art. 14, al. 4, DPA, afin d'être applicables aux nouveaux impôts couverts. Il ne fait, par exemple, guère de sens de parler d'infraction commise en bande s'agissant de l'impôt anticipé ou des droits de timbre.

1.2.4.2 Fiscalité directe¹⁹

Dans la législation actuelle en matière de fiscalité directe, aucune infraction ne constitue un crime. Les infractions pénales prévues aux art. 174 ss de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD)²⁰ et aux art. 55 ss de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)²¹ constituent soit des contraventions, soit – au maximum – des délits. Il n'existe par conséquent aucune infraction préalable au blanchiment d'argent dans la fiscalité directe.

Pour mettre en œuvre cette exigence du GAFI, il est proposé d'introduire une nouvelle infraction pénale remplaçant l'usage de titre faux dans le but de commettre une soustraction d'impôt (également dénommé «fraude fiscale» dans la LHID) prévu à l'art. 186 LIFD et à l'art. 59 LHID. Cette nouvelle infraction (art. 186 AP-LIFD et

¹⁹ Par fiscalité directe, on entend au sens du présent rapport uniquement les impôts visés par la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct et par la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes.

²⁰ RS 642.11

²¹ RS 642.14

art. 59 AP-LHID) a comme base la soustraction d'impôt et en constitue une forme aggravée. Elle peut être commise, soit en utilisant des titres faux, soit en trompant astucieusement l'autorité fiscale. Cette soustraction qualifiée est dénommée «escroquerie fiscale». La forme «simple» de cette escroquerie reste un délit (art. 186, al. 1, AP-LIFD et art. 59, al. 1, let. a, AP-LHID). Une forme qualifiée constitutive de crime, et partant, d'infraction préalable au blanchiment d'argent, est introduite dans un nouvel al. 1^{bis}. Pour être réalisée, elle nécessite en outre que les éléments imposables non déclarés atteignent au moins 600 000 francs.

Des dispositions spécifiques sont prévues en relation avec les personnes morales.

Enfin, l'introduction d'un crime fiscal dans la LIFD et la LHID entraîne la modification de plusieurs dispositions existantes, en particulier en relation avec la procédure de poursuite de cette nouvelle infraction.

Relation avec la révision du droit pénal fiscal

En septembre 2012, le Conseil fédéral a chargé le DFF de préparer une révision du droit pénal fiscal²². La mise en œuvre des recommandations du GAFI dans le droit interne ne doit en principe pas anticiper cette révision; dans la mesure du possible, elle devra reposer sur le droit en vigueur. Dans le cadre des travaux de mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI, il s'est toutefois avéré qu'il n'était guère cohérent d'introduire une nouvelle infraction fiscale en maintenant tel quel le droit actuel. C'est pourquoi la nouvelle escroquerie fiscale remplace l'infraction visée à l'art. 186 LIFD et à l'art. 59, al. 1, 1^{er} état de fait, LHID, et ne s'y ajoute pas. En outre, il est nécessaire, afin d'éviter de créer une lacune dans la législation, que la nouvelle escroquerie couvre des états de fait relevant aussi bien d'un délit que d'un crime. Cela permet également de maintenir une gradation dans la gravité des infractions commises et des peines. Bien qu'anticipant quelque peu la future réforme au niveau de la définition des éléments constitutifs des infractions, la proposition s'inscrit dans l'optique du principe de l'«unité des faits»²³ que le Conseil fédéral entend mettre en œuvre dans le cadre de ladite réforme. En effet, les éléments constitutifs de la proposition d'escroquerie dans la fiscalité directe se rapprochent de ceux de l'escroquerie en matière de prestations et de contributions prévue à l'art. 14 DPA.

Pour ce qui est de la procédure, la poursuite de la nouvelle escroquerie fiscale doit, autant que possible, tenir compte des dispositions légales existantes et, en particulier, de la répartition des compétences entre les autorités fiscales et pénales. Une réforme plus fondamentale ne peut avoir lieu, le cas échéant, que dans le cadre de la réforme du droit fiscal pénal.

²² Cf. le communiqué de presse du 21 septembre 2012:

<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=46074>

²³ Cf. le communiqué de presse précité: «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».

Procédure selon le droit en vigueur

En matière d'impôt fédéral direct, les cantons sont chargés, sous la surveillance de la Confédération, de la taxation et de la perception (art. 2 LIFD). Ainsi, l'administration cantonale des contributions est en principe également chargée de poursuivre et de juger la soustraction de l'impôt fédéral direct. Dans la poursuite de la soustraction d'impôt, l'administration cantonale des contributions dispose (uniquement) des instruments de la procédure de taxation ordinaire (art. 182, al. 3, LIFD). En d'autres termes, elle ne peut notamment pas recourir aux mesures de contrainte pour élucider les faits. La voie pénale est exclue (art. 182, al. 2, LIFD). En revanche, les autorités pénales poursuivent et sanctionnent l'usage de faux en se fondant sur les dispositions du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP)²⁴ (art. 188, al. 2, LIFD). Cette procédure est menée en complément de la procédure des autorités fiscales pour soustraction d'impôt, étant donné qu'il existe un concours parfait entre la soustraction d'impôt au sens de l'art. 175 LIFD et l'usage de faux au sens de l'art. 186 LIFD.

En cas de soupçon d'une grave infraction fiscale, l'Administration fédérale des contributions (AFC) peut exceptionnellement, avec l'autorisation du chef du Département fédéral des finances, mener elle-même une enquête (art. 190, al. 1, LIFD). Par grave infraction fiscale, on entend en particulier la soustraction continue de montants importants d'impôt et les délits fiscaux (art. 190, al. 2, LIFD). La procédure de l'AFC se fonde sur les dispositions des art. 190 à 196 LIFD et des art. 19 à 50 DPA (art. 191 s. LIFD). Pour élucider les faits, elle dispose donc de tous les instruments de la procédure pénale (à l'exclusion de l'arrestation provisoire et de la mise en détention), par exemple l'audition de témoins, le séquestre, les informations des banques, les perquisitions domiciliaires. Ces enquêtes permettent de poursuivre des infractions fiscales pour lesquelles les administrations cantonales des contributions se heurtent parfois à des obstacles matériels et juridiques, notamment lorsque les faits concernent plusieurs cantons ou lorsque le cas est très complexe.

Dans sa procédure, l'AFC ne peut prononcer d'amendes; les dispositions y afférentes de la LIFD ne s'appliquent pas. Le jugement d'une soustraction d'impôt reste de la compétence exclusive des administrations cantonales des contributions, même lorsque l'AFC a mené l'enquête. Dès lors, à l'issue de ses investigations, l'AFC rédige un rapport à l'intention de l'administration cantonale des contributions concernée et requiert l'ouverture d'une procédure en soustraction si elle est parvenue à la conclusion qu'une soustraction a bien eu lieu (art. 194, al. 1, LIFD). Les procédures cantonales en soustraction se fondent sur les dispositions de la LIFD, notamment de ses art. 182 à 185 et 160 à 173. Lorsque l'AFC estime qu'un délit fiscal s'ajoute à la soustraction, elle est tenue de le dénoncer à l'autorité pénale cantonale compétente (art. 194, al. 2, LIFD). Les procédures pénales cantonales se fondent sur les prescriptions du CPP (art. 188, al. 2, LIFD). Dans la pratique, l'AFC demande dans son rapport que l'administration cantonale des contributions dépose plainte pénale en même temps qu'elle dénonce le délit fiscal cantonal (cf. l'art. 188 LIFD).

Procédure proposée pour la poursuite de la nouvelle escroquerie fiscale

La nouvelle escroquerie fiscale (art. 186 AP-LIFD et art. 59 AP-LHID) se situe dans un rapport de spécialité par rapport à la soustraction d'impôt (art. 177 LIFD et

²⁴ RS 312.0

art. 56 LHID). En d'autres termes, il n'y a pas de concours parfait entre la soustraction d'impôt et l'escroquerie fiscale, contrairement au droit actuel entre l'usage de faux (art. 186 LIFD et art. 59 LHID) et la soustraction d'impôt (art. 177 LIFD et art. 56 LHID). Cela nécessite quelques adaptations de la procédure actuelle. La poursuite de la soustraction d'impôt au sens de l'art. 177 LIFD et de l'art. 56 LHID reste de la compétence des administrations fiscales cantonales et celle des délits fiscaux (art. 186, al. 1, AP-LIFD, art. 187 LIFD et art. 59, al. 1, AP-LHID) et – *a fortiori* – des crimes fiscaux (art. 186, al. 1^{bis}, AP-LIFD et art. 59, al. 1^{bis}, AP-LHID) de la compétence des autorités pénales cantonales. Toutefois, dès lors que l'on se trouve dans un cas d'escroquerie fiscale, la poursuite de cette infraction relève exclusivement de la compétence des autorités pénales. L'administration fiscale ne peut plus poursuivre la soustraction d'impôt en parallèle, contrairement à ce qui se passe aujourd'hui en cas d'usage de faux (cf. les explications ci-dessus), puisque il n'y a plus de concours parfait.

En pratique, l'administration fiscale commencera par ouvrir une procédure pour soustraction d'impôt selon l'art. 183 LIFD ou l'art. 57a LHID, même si elle soupçonne que l'infraction commise pourrait être plus grave. Elle mènera son enquête, avec les moyens (limités) de la procédure de taxation ordinaire, pour établir les faits. Le cas échéant, elle pourra demander la collaboration de l'AFC, aux conditions prévues aux articles 190 ss LIFD (cf. les explications ci-dessus). Si, dans le cadre de la procédure pour soustraction d'impôt, l'administration fiscale cantonale estime qu'une escroquerie fiscale a été commise, elle devra transmettre les actes de la procédure à l'autorité de poursuite pénale compétente (art. 188, al. 1, AP-LIFD et art. 61, al. 1, AP-LIFD). Cette dernière pourra, si nécessaire, procéder à des mesures d'enquête supplémentaires. Lorsque l'autorité de poursuite pénale parvient à la conclusion qu'il n'y a pas de délit ou de crime fiscal, les documents ne seront pas retournés à l'administration fiscale: l'autorité pénale prononcera alors la sanction (amende) au titre de la soustraction d'impôt (art. 188, al. 2^{bis}, AP-LIFD et art. 61, al. 3, AP-LHID).

Il n'est pas exclu que la nécessité de recourir à la collaboration de l'AFC pour établir les faits et, partant, permettre à l'autorité fiscale cantonale de déterminer si elle doit transmettre le dossier à l'autorité pénale, augmente. Cette conséquence est examinée au ch. 3.1.

1.2.4.3 Entraide judiciaire internationale

Les recommandations révisées du GAFI exigent que l'entraide judiciaire soit accordée pour les infractions préalables et le blanchiment du produit d'infractions préalables (cf. les recommandations 37 et 38). De plus, l'extradition devrait être possible en cas de blanchiment du produit d'infractions préalables, ou le cas échéant, la poursuite pénale par délégation (cf. la recommandation 39). Pour que ces conditions soient également remplies en ce qui concerne les nouvelles infractions préalables dans le domaine des impôts directs (art. 186, al. 1^{bis}, AP-LIFD; art. 59, al. 1^{bis}, AP-LHID), un complément similaire s'impose à l'art. 3, al. 3, de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale (EIMP)²⁵, à l'instar de la modifica-

tion apportée en relation avec l'art. 14, al. 4, DPA par la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière²⁶.

1.2.4.4 Maintien de la disposition pénale actuelle en matière de blanchiment d'argent

Le Conseil fédéral a également examiné si le fait d'introduire des infractions pénales graves en tant qu'infractions préalables au blanchiment d'argent impliquait la nécessité de préciser la disposition pénale en la matière (art. 305^{bis} CP). En effet, le principe de base de la disposition pénale sur le blanchiment d'argent n'est pas facile à concilier avec des infractions préalables dans le domaine fiscal. Alors que la conception classique de cette disposition repose sur le principe que l'infraction préalable génère directement des valeurs patrimoniales contaminées (d'origine criminelle, par ex. de l'argent volé), la situation se présente différemment en ce qui concerne les infractions préalables en matière fiscale. En effet, dans ce cas, l'infraction préalable ne génère pas directement des valeurs patrimoniales contaminées, mais elle conduit le contribuable à éviter (de manière criminelle) des dépenses. Des valeurs patrimoniales initialement légales ne se transforment en une fortune d'origine criminelle qu'au moment où il y a non-taxation ou taxation erronée dont découle un avantage financier effectif correspondant aux montants impayés de l'impôt. On peut partir du principe que ce cas de figure peut également tomber sous le coup de l'art. 305^{bis} CP, c'est-à-dire que les montants impayés «proviennent d'un crime» et que leur confiscation peut être entravée. Les autres états de fait compris dans la définition du blanchiment d'argent ne changeraient rien au fait que les infractions préalables en matière fiscale (notamment dans le domaine des impôts sur le revenu, la fortune et le bénéfice) ne génèrent pas directement des valeurs patrimoniales contaminées. Par ailleurs, il doit être clair que l'introduction d'infractions préalables en matière fiscale ne signifie pas que l'ensemble de la fortune du contribuable est contaminée. Seules les valeurs patrimoniales soustraites au fisc par le biais d'une infraction préalable criminelle (c'est-à-dire les impôts économisés) peuvent faire l'objet de blanchiment dans un deuxième temps. D'une part, cela est suffisamment garanti par la condition figurant à l'art. 305^{bis} CP, selon laquelle les valeurs patrimoniales concernées doivent «provenir» d'un crime (en l'espèce, l'escroquerie fiscale qualifiée ou l'escroquerie qualifiée en matière de contributions). D'autre part, le droit suisse conçoit le fait en tant qu'entrave à la confiscation de valeurs patrimoniales, ce qui signifie que seules sont considérées comme objet du blanchiment les valeurs patrimoniales pouvant être confisquées selon l'art. 70 CP. La confiscation implique à son tour que les valeurs patrimoniales délictueuses sont encore disponibles et qu'elles peuvent être suffisamment localisées. Si cela n'est plus possible, c'est-à-dire si les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le droit prévoit une créance compensatrice de l'Etat selon l'art. 71 CP. Une éventuelle entrave à cette dernière n'est cependant plus considérée comme un acte de blanchiment d'argent.

Pour les raisons mentionnées, il n'est pas nécessaire de modifier l'art. 305^{bis} CP.

²⁶ RO 2009 361

1.2.5 **Elargissement du champ d'application de la LBA (paiement en espèces lors d'opérations de vente)**

1.2.5.1 **Contexte**

Assujettissement du commerce de biens immobiliers

La LBA en vigueur n'est applicable ni au commerce de biens immobiliers, ni aux négociants en biens immobiliers. Elle ne s'applique pas non plus aux notaires et aux avocats qui n'exercent pas à titre professionnel l'activité d'intermédiaire financier (*a contrario*, cf. les art. 2, al. 3, et 14 LBA).

L'Office fédéral de la police (fedpol) analyse actuellement le problème de la LBA dans le domaine immobilier. De premiers résultats montrent que le marché immobilier suisse n'est pas systématiquement utilisé pour le blanchiment d'argent. Néanmoins, on recense plusieurs cas de blanchiment dans le commerce de biens immobiliers, pour partie en relation avec le crime organisé. Etablir la preuve d'une infraction préalable commise en majeure partie à l'étranger représente une énorme difficulté pour les autorités de poursuite pénale.

GAFI

La recommandation 12 du GAFI de 2003 demandait que les obligations de vigilance relatives à la clientèle et de conservation des documents s'appliquent également aux entreprises et professions non financières désignées. Sont réputés entreprises et professions non financières désignées en particulier les négociants en biens immobiliers, les notaires, les avocats et d'autres représentants de professions juridiques. En 2005, sur la base de cette recommandation, le GAFI a soumis la Suisse à une évaluation et a critiqué à cette occasion le fait que la LBA ne s'appliquait pas à certaines activités commerciales et à certaines personnes, notamment aux négociants en biens immobiliers (agents immobiliers). Le GAFI relevait également la nécessité de revoir la situation juridique des avocats, des notaires et des représentants d'autres professions juridiques, de sorte que la préparation d'une transaction immobilière suffise déjà à imposer les obligations prévues par la LBA (c'est-à-dire sans limitation aux aspects financiers de la transaction)²⁷.

Suite à la révision totale des recommandations du GAFI de 2003, la LBA a subi une révision visant à les mettre en œuvre. Selon le rapport explicatif destiné à la consultation du 13 janvier 2005²⁸, certaines obligations de diligence de la LBA devaient s'appliquer aux personnes faisant le commerce de biens immobiliers en nom propre dans la mesure où elles exercent cette activité à titre commercial et qu'elles reçoivent à cet effet des sommes importantes d'argent au comptant²⁹. Eu égard à la qualification du négoce de biens immobiliers en tant qu'activité commerciale (et non d'intermédiation financière), il s'agissait d'introduire dans la LBA un nouveau régime de blanchiment d'argent (régime LBA) pour les activités commerciales (en

²⁷ Cf. le 3^e Rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme de la Suisse (novembre 2005); § 48, p. 15.

²⁸ <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2005.html#DFD> (cf. le rapport p. 36).

²⁹ Il s'agissait de l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant, de l'obligation d'établir l'identité de l'ayant droit économique, de l'obligation d'établir et de conserver des documents, ainsi que de l'obligation de communiquer (art. 2a AP-LBA du projet): <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1237/Vorlage.pdf>

sus du système applicable à l'intermédiation financière). Cette proposition a toutefois été rejetée en procédure de consultation³⁰.

En février 2012, le GAFI a révisé ses recommandations de 2003. L'assujettissement aux règles antiblanchiment des entreprises et professions non financières désignées n'a pas subi de modification matérielle. Au sens de la recommandation 22 du GAFI, les obligations de diligence et de conservation des documents (recommandations 10, 11, 12, 15 et 17) sont également applicables aux entreprises et professions non financières désignées. Les négociants en biens immobiliers doivent se plier à ces obligations lorsqu'ils effectuent des transactions pour leurs clients concernant l'achat ou la vente de biens immobiliers. Les avocats, les notaires et les représentants d'autres professions juridiques doivent notamment satisfaire à ces obligations lorsqu'ils préparent ou effectuent des transactions pour leurs clients concernant des activités, telles que l'achat et la vente de biens immobiliers.

Interventions parlementaires

En 2010 et 2011, les interventions parlementaires suivantes ont été déposées en relation avec le blanchiment d'argent et le négoce de biens immobiliers:

- 10.4061 – Postulat Wyss Birgit: Révision de la loi sur le blanchiment d'argent (état des délibérations: transmis);
- 10.4048 – Interpellation Sommaruga Carlo: Blanchiment d'argent dans l'immobilier. Extension du champ d'application de la LBA? (état des délibérations: non encore traité);
- 10.5545 – Heure des questions. Question Wyss Birgit: Transactions immobilières et blanchiment d'argent (état des délibérations: liquidé);
- 11.414 – Initiative parlementaire Thanei Anita: Extension du champ d'application de la LBA (état des délibérations: liquidé);
- 11.3119 – Motion Thanei Anita: Extension du champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent (état des délibérations: liquidé);
- 11.1095 – Question Barthassat Luc: Fonds du Kazakhstan en Suisse (état des délibérations: liquidé);
- 11.3711 – Interpellation Schwander Pirmin: Commerce de biens immobiliers et blanchiment d'argent (état des délibérations: non encore traité);
- 11.3841 – Motion Hiltpold Hugues: Pour en finir avec le risque de blanchiment d'argent dans l'immobilier (état des délibérations: non encore traité).

Trois des interventions citées exigent que l'on réexamine la soumission à la LBA des négociants en biens immobiliers ou du commerce de ces biens (10.4048, 10.5545, 10.4061), trois la soumission des notaires à la LBA (10.4048, 11.414, 11.3119), une que les achats immobiliers ne fassent l'objet de paiements que par le truchement d'établissements bancaires autorisés en Suisse (11.3841), et deux enfin exigent des informations et des mesures en cas d'achat immobilier (11.1095, 11.3711).

³⁰ Cf. le message du 15 juin 2007 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (FF 2007 5919).

1.2.5.2 Solutions non retenues

Assujettissement des négociants en biens immobiliers

L'avant-projet propose de renoncer à l'assujettissement des négociants en biens immobiliers à la LBA pour les raisons suivantes:

- il est peu judicieux de soumettre la catégorie professionnelle des négociants en biens immobiliers à la LBA car elle n'est pas impliquée dans la transaction proprement dite. Contrairement à l'officier public - qui établit les actes authentiques -, le négociant en biens immobiliers agit comme intermédiaire avant l'achat proprement dit. Il ne connaît généralement ni le prix d'achat effectivement payé ni les autres conditions du contrat. De même, il ne contrôle aucunement les flux financiers entre les parties susceptibles de relever du blanchiment d'argent;
- par ailleurs, il n'existe aucune obligation légale de recourir à un négociant en biens immobiliers pour l'achat d'un immeuble et de l'associer à la transaction proprement dite. Si des personnes envisagent réellement de blanchir des avoirs d'origine criminelle par le biais d'un achat immobilier, elles renonceraient certainement à recourir aux services d'un négociant en biens immobiliers soumis à la LBA. En revanche, un officier public doit être associé dans tous les cas à une transaction immobilière en Suisse;
- dans le cadre de la dernière révision de la LBA (2005 à 2007), on a déjà examiné attentivement le problème de l'assujettissement du négoce de biens immobiliers à la LBA. Selon le projet mis alors en consultation, le négoce de biens immobiliers devait être soumis à la LBA dans le cadre d'un nouveau régime LBA pour les activités commerciales. L'assujettissement à la LBA dépendait de certaines conditions (activité commerciale ne constituant pas une intermédiation financière, exercice à titre commercial, acceptation de sommes importantes au comptant). Bien que les négociants en biens immobiliers n'auraient pas été soumis à la LBA d'une manière générale, mais uniquement à certaines conditions, la proposition a été rejetée en procédure de consultation. On ne distingue à cet égard aucune nouvelle volonté politique. Les interventions politiques déposées montrent toutefois une sensibilité nouvelle à ces questions.

Assujettissement des notaires ou conservateurs du registre foncier à la LBA

Pour la mise en œuvre des recommandations du GAFI, les obligations de diligence de la LBA pourraient être imposées aux notaires ou aux conservateurs du registre foncier sollicités en raison de l'exigence d'un acte authentique, ce que demandent d'ailleurs plusieurs des interventions citées. A cet égard, un assujettissement des notaires figure au premier plan car ceux-ci doivent, dans le cadre de la procédure d'établissement de l'acte authentique, rassembler certaines informations sur les parties (par ex. sur leur identité et leurs droits de disposer de la chose). Leurs obligations d'examen et de diligence concernent également les aspects matériels et juridiques de la transaction (notamment l'examen de sa légalité). Les conservateurs du registre foncier examinent en revanche surtout les aspects formels de la procédure d'établissement de l'acte authentique. Le fait que les notaires entretiennent généralement des contacts directs avec les parties plaiderait en faveur d'un assujettissement

de cette catégorie professionnelle. Si l'on renonce malgré cela à assujettir les notaires à la LBA, une telle décision se fonde essentiellement sur une réflexion systématique: soumettre à la LBA une personne qui ne pratique aucune intermédiation financière est fondamentalement contraire au régime suisse de blanchiment d'argent. Une application généralisée de la LBA aux notaires poserait des problèmes de délimitation non négligeables pour la surveillance de l'Etat sur les notaires publics. De plus, il faudrait également se demander si d'autres branches dans lesquelles le blanchiment d'argent est possible ne devraient pas être soumises à la loi. Une modification aussi fondamentale du système dépasserait le cadre du présent projet.

Digression: négoce des matières premières pour propre compte

Selon la législation en vigueur en Suisse, ni le négoce de matières premières pour compte propre ni les négociants eux-mêmes ne sont soumis à la LBA, à moins que ces derniers effectuent de l'intermédiation financière, c'est-à-dire qu'ils agissent pour le compte de tiers en achetant des produits standardisés sur des bourses de matières premières. Dans ce cas, le négociant en matières premières est soumis à des obligations de diligence à l'égard de son client au sens de la LBA. En outre, vu l'importance des montants liés à de telles transactions, il est rare que le négociant en matières premières ne recoure pas à un autre intermédiaire financier (par ex. une banque) pour le paiement de la transaction. Dans ce cas d'espèce, des obligations de diligence s'appliquent également entre le négociant et la banque. De telles activités sont soumises à la surveillance directe de la FINMA ou d'organismes d'autorégulation. En revanche, le négoce de matières premières pour compte propre est une activité strictement commerciale par laquelle le négociant opère en premier lieu dans une perspective d'achat et de vente en y investissant ses propres ressources. Le risque de blanchiment d'argent lié à de telles transactions est en théorie limité. En pratique, il n'est pas avéré. En outre, dans ce dernier cas, le négociant en matières premières serait lui-même cocontractant et ayant droit économique de la marchandise, et devrait selon la LBA appliquer les obligations de diligence à lui-même, y compris la vérification de l'arrière-plan économique de sa propre transaction. Or, de tels contrôles ne font aucun sens. Les recommandations du GAFI ne demandent pas de soumettre le négoce de matières premières à un régime de blanchiment d'argent. Diverses interventions parlementaires soulèvent toutefois la question. Le Conseil fédéral a étudié la question et est parvenu à la conclusion qu'au vu des arguments évoqués dans le paragraphe précédent, il n'était pas nécessaire de soumettre le négoce des matières premières pour propre compte à la LBA. Relevons que dans le contexte des propositions de cet avant-projet, la Suisse prévoit de modifier son dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme afin de renforcer les obligations de diligence de tous les intermédiaires financiers, notamment s'agissant de l'identification de l'ayant droit économique de valeurs patrimoniales (cf. le ch. 1.2.2). Ces mesures devraient également contribuer à renforcer la lutte contre les abus dans le domaine du secteur des matières premières et de son commerce.

Sur le plan thématique, le négoce des matières premières soulève surtout des questions relatives à l'éthique économique, à la transparence et à la fiscalité. Eu égard à l'intérêt croissant du public pour le secteur des matières premières, à l'importance de ce sujet dans la politique intérieure et extérieure, ainsi qu'à son poids économique, le Conseil fédéral a mis en place au printemps 2012 une plate-forme interdépartemen-

tale dirigée par le DFF, le DFAE et le DEFR en vue de la rédaction d'un rapport correspondant.³¹

1.2.5.3 Solution proposée: prescription concernant le paiement en espèces lors d'opérations de vente

La solution proposée est directement liée à l'acte juridique. Elle part du constat que dans les relations économiques d'aujourd'hui, les paiements en espèces d'un montant élevé sont inhabituels et qu'ils doivent par conséquent éveiller des soupçons sous l'angle du blanchiment d'argent. Ce constat ne vaut pas que pour l'immobilier, mais également pour les biens mobiliers. C'est pourquoi le GAFI a déjà exigé des mesures pour les négociants en métaux précieux et pierres précieuses, dès lors qu'ils effectuent des transactions en espèces dans ce domaine dès 15 000 euros/dollars américains -. En vertu de la réglementation proposée, pour tous les contrats de vente au sens du CO, les paiements en espèces ne sont plus autorisés que jusqu'à concurrence de 100 000 francs. Le paiement de la part du prix excédant ce montant doit être effectué par le biais d'un intermédiaire financier au sens de la LBA. Par exemple, si le prix de vente d'un immeuble est de 1 000 000 de francs, un acompte de 100 000 francs en espèces peut être versé. Les 900 000 francs restants ne peuvent en revanche être versés au vendeur que moyennant l'intervention d'un intermédiaire financier soumis aux obligations de diligence prévues par la LBA.

Cette nouvelle prescription concernant le paiement en espèces relève d'abord du droit public et doit figurer dans la LBA. On a par conséquent renoncé à une réglementation de droit privé dans les dispositions du CO relatives à la vente. Etant donné que la LBA ne touche aujourd'hui que les intermédiaires financiers, mais que la nouvelle prescription doit s'appliquer à tout un chacun, il est nécessaire d'adapter le titre de la loi et son champ d'application. Un nouveau chapitre (1a) consacré aux paiements en espèces lors d'opérations de vente est ainsi introduit dans la LBA. Les autres chapitres – applicables aux intermédiaires financiers – ne subissent aucun changement (chap. 2 à 6).

1.2.6 Adaptation de la LP (paiement en espèces lors de ventes aux enchères)

1.2.6.1 Droit en vigueur

La réglementation envisagée pour le paiement en espèces lors d'opérations de vente fournit l'occasion de trouver une solution pour la LP qui produise un résultat semblable. Le besoin d'intervenir découle du fait que dans le cadre d'une mise aux enchères forcées de biens meubles et de créances, l'acquéreur doit en principe régler le prix d'achat en espèces (art. 129, al. 1, LP). Sous l'angle de la lutte contre le blanchiment d'argent, cette obligation pose problème car les offices des poursuites et des faillites ne sont pas soumis à la LBA en raison de leur relation souveraine

³¹ Le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat 11.3803 (Fässler-Osterwalder) «Rôle de la Suisse en tant que siège de sociétés de matières premières», qui exige un rapport du Conseil fédéral au Parlement, mais le Conseil national l'a rejeté le 16 mars 2012.

avec le client³², de sorte que d'importantes sommes en espèces sont susceptibles d'alimenter les circuits financiers sans contrôle LBA. Mais dans la pratique, l'obligation de paiement en espèces occasionne d'autres difficultés encore:

- les acheteurs potentiels se voient contraints de transporter d'importantes sommes en espèces sur le lieu des enchères, éventuellement de les ramener lorsque l'adjudication ne leur échoit pas. Les collaborateurs des offices des poursuites et des faillites doivent également transporter de grandes quantités d'argent liquide. La jurisprudence a certes assimilé le paiement par chèque bancaire au versement en espèces, dans la mesure où la couverture peut être vérifiée immédiatement auprès de la banque sur laquelle le chèque est tiré³³. Il en va de même pour les promesses de paiement irrévocables d'une banque dans la mesure où cette dernière est un établissement de crédit dont la solvabilité ne fait aucun doute³⁴. Ces possibilités ne mènent toutefois pas à une simplification substantielle des procédures car elles sont avant tout utilisées dans le cas d'enchères portant sur des biens immobiliers;
- la possibilité qu'offrent divers offices des poursuites et des faillites de prendre en dépôt des sommes importantes avant les enchères et de les restituer en l'absence d'adjudication représente une lourde charge pour tous les participants;
- l'obligation de paiement au comptant peut empêcher un acheteur potentiel de surenchérir vis-à-vis d'un tiers parce qu'il ne dispose pas sur lui d'une somme suffisante en espèces. La perte consécutive sur le résultat de la réalisation devra alors être assumée par les créanciers.

Pour la réalisation de biens immobiliers par la voie des enchères forcées, l'art. 136 LP prévoit que le prix d'adjudication doit être payé au comptant ou à terme, le terme ne pouvant excéder six mois. Les problèmes sont fondamentalement les mêmes que ceux que l'on rencontre dans les enchères de biens meubles et des créances.

L'obligation de paiement au comptant ne correspond plus aux habitudes actuelles et mérite par conséquent d'être abrogée. En ménageant des possibilités de paiement sans espèces, on pourrait trouver une solution à la plupart des problèmes évoqués. Etant donné que diverses dispositions de l'ordonnance sur la réalisation forcée des immeubles prévoient expressément un paiement en espèces, le Conseil fédéral devra, suite à l'abrogation de l'obligation de paiement au comptant, modifier également l'ordonnance du Tribunal fédéral du 23 avril 1920 sur la réalisation forcée des immeubles (ORFI)³⁵.

³² Cf. à ce propos l'avis de l'Administration fédérale des finances AFF, Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, in Bulletin des poursuites et des faillites 2003, pp. 147 s.

³³ ATF 91 III 66, 68

³⁴ ATF 128 III 468, 470

³⁵ RS **281.42**

1.2.6.2

Solution proposée

L'obligation de paiement en espèces prévue dans la LP doit être supprimée. Dorénavant, le préposé aux poursuites et aux faillites devra pouvoir déterminer le mode de paiement. Pour les biens meubles et les créances comme pour les biens immobiliers, les paiements excédant le montant de 100 000 francs ne pourront plus être effectués en espèces, mais devront obligatoirement passer par un intermédiaire financier soumis à la LBA.

1.2.7

Compétences du bureau de communication et efficacité du système de communication de soupçons

La recommandation 29 relative aux CRF et la recommandation 40 portant sur la coopération internationale (y compris entre CRF) ont été révisées et précisées dans des notes interprétatives détaillées. Les principaux éléments de cette révision sont les suivants:

- a. la recommandation 29 exige que la CRF puisse recueillir de manière active auprès des intermédiaires financiers et par la suite utiliser les informations nécessaires pour exercer correctement ses fonctions. Une réserve à ce sujet dans le droit national n'est pas admissible;
- b. selon la recommandation 40 et sa note interprétative, les CRF doivent être en mesure, d'une part, de rechercher des informations pour le compte d'homologues étrangers et, d'autre part, d'échanger avec ces derniers toutes les informations qu'elles pourraient obtenir si ces demandes étaient effectuées au niveau national. Ainsi, les CRF doivent avoir le pouvoir d'échanger entre elles toutes les informations qui leur sont accessibles ou qu'elles peuvent obtenir, directement ou indirectement, en vertu des recommandations du GAFI, en particulier la recommandation 29 (principe de «disponibilité»). Cela concerne en particulier les informations financières, notamment celles provenant des communications des intermédiaires financiers;
- c. certaines autorités doivent conclure un accord de coopération (protocole d'entente, ou *Memorandum of Understanding*, MoU) pour pouvoir collaborer avec leurs homologues. La recommandation 40 révisée du GAFI exige que lorsqu'un accord de coopération est nécessaire entre des autorités de même statut, les négociations à ce propos soient menées avec toute la célérité voulue. Pour ce qui est de la collaboration entre CRF, la note interprétative de la recommandation 29 va plus loin encore que la recommandation 40: elle exige en effet que les CRF soient habilitées à conclure des accords de coopération de leur propre compétence;
- d. la CRF doit servir de centre national pour la réception et l'analyse des communications de soupçons. Selon la note interprétative de la recommandation 29, l'analyse réalisée par la CRF doit ajouter de la valeur aux informations qu'elle reçoit ou détient. Afin de produire des analyses satisfaisantes, la CRF doit avoir accès à la gamme la plus large possible d'informations financières, administratives et provenant des autorités de poursuite pénale. En outre, la CRF doit disposer de suffisamment de temps

pour approfondir ses analyses, afin de pouvoir pleinement assurer sa fonction de filtre pour les autorités de poursuite pénale et améliorer l'efficacité du système de communication de soupçons. Dans ce contexte, le GAFI a relevé dans l'évaluation de la Suisse en 2005 et 2009 que le système suisse de communication de soupçons posait des problèmes d'efficacité³⁶.

La mise en œuvre des points a à c fait déjà l'objet d'un projet de loi, faisant suite à une menace de suspension du Groupe Egmont³⁷ à l'encontre du bureau de communication. Le bureau de communication est la seule CRF de ce Groupe à ne pas pouvoir échanger d'informations financières avec ses homologues étrangers dans le cadre de l'assistance administrative, ces informations étant protégées par le secret bancaire et le secret de fonction du bureau de communication. Considérant que cela est contraire à ses principes relatifs à l'échange d'informations entre CRF ainsi qu'aux recommandations du GAFI³⁸, le Groupe Egmont a formellement menacé, en juillet 2011, de suspendre le bureau de communication de ce groupe. Cette menace était accompagnée d'une demande enjoignant la Suisse de démontrer, en juillet 2012 au plus tard, qu'elle avait engagé le processus législatif requis pour que sa CRF soit en mesure d'échanger aussi des informations financières. Le fait que le bureau de communication ne puisse pas transmettre d'informations financières a des répercussions négatives sur tous les organes engagés dans la lutte contre le blanchiment d'argent et sur la Suisse également. D'autres CRF appliquent en effet le principe de réciprocité et ne fournissent aucune information financière au bureau de communication. Convaincu qu'il est dans l'intérêt de la Suisse de permettre au bureau de communication d'échanger aussi des informations financières et d'éviter une suspension, voire – à terme – une exclusion du Groupe Egmont, le Conseil fédéral a, le 27 juin 2012, adopté un message ainsi qu'un projet de loi modifiant la LBA³⁹. L'objectif central de ce projet est de permettre au bureau de communication d'échanger les informations financières dont il dispose avec d'autres CRF. Le projet prévoit également deux autres nouveautés, découlant des recommandations révisées du GAFI et matériellement liées à l'échange d'informations financières. Premièrement, la compétence du bureau de communication de requérir des informations auprès d'intermédiaires financiers pour compléter des communications déjà transmises est ponctuellement élargie: le bureau de communication devra désormais pouvoir aussi réclamer des informations auprès d'intermédiaires financiers tiers, c'est-à-dire auprès de ceux qui n'ont pas eux-mêmes signalé d'opérations suspectes. Cela ne sera toutefois possible que si un lien existe avec des éléments provenant d'une communication déjà transmise au bureau de communication. Deuxièmement, le bureau de communication se verra attribuer la compétence de conclure seul un protocole

³⁶ Les rapports d'évaluation sont disponibles sous:

<http://www.sif.admin.ch/dokumentation/00574/00578/index.html?lang=fr>

³⁷ www.egmontgroup.org; en 1995, 13 CRF se sont regroupées sous la dénomination de «Groupe Egmont», qui accueille actuellement 131 CRF de toutes les régions du monde, et parmi elles les bureaux de communication de tous les Etats abritant des places financières à vocation mondiale. En s'inspirant des normes du GAFI, le groupe s'est fixé pour objectif de promouvoir la coopération internationale entre les CRF membres par un échange d'informations direct, informel et efficace. Le bureau suisse de communication est membre du Groupe Egmont depuis 1998.

³⁸ L'exigence d'échanger entre CRF toutes les informations disponibles, y compris les informations financières contenues dans les communications des intermédiaires financiers, n'est en soi pas nouvelle et découlait déjà de manière implicite de l'ancienne recommandation 40. Avec la révision partielle, elle est désormais explicite.

³⁹ Message du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2012 6449.

d'accord technique (MoU) avec les CRF étrangères qui en ont besoin pour pouvoir coopérer avec lui.

Le point d est, quant à lui, traité dans le cadre du présent avant-projet de loi sur la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI (cf. les ch. 1.2.7.1 et 1.2.7.2). Dans le cadre de la révision des recommandations du GAFI, on demande explicitement et pour la première fois, dans la note interprétative de la recommandation 29 (B.b.3), que la CRF mène non seulement une analyse opérationnelle, mais encore une analyse stratégique. Alors que l'analyse opérationnelle concerne l'activité principale d'une CRF, c'est-à-dire le traitement des communications de soupçons, l'analyse stratégique doit être vue comme une tâche plus globale. Cette dernière couvre l'analyse systématique des tendances et modèles généraux en matière de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, et l'élaboration des informations qui permettront aux autorités de l'Etat et à la place financière d'identifier et de contrer à temps les menaces et les faiblesses. A propos de l'analyse opérationnelle du bureau de communication, on se référera au ch. 1.2.7.1 ci-après.

Ni la LBA, ni l'ordonnance du 25 août 2004 sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (OBCBA)⁴⁰ ne mentionnent explicitement l'analyse stratégique. Toutefois, en rapport avec les tâches du bureau de communication, l'art. 1, al. 1, let. d, et 2, let. f, OBCBA dispose que le bureau de communication est chargé d'exploiter les informations liées au blanchiment d'argent, à la criminalité organisée et au financement du terrorisme par l'intermédiaire d'une statistique annuelle anonymisée. *De jure*, ces dispositions autorisent le bureau de communication à mener une analyse stratégique, de sorte qu'aucune adaptation législative ne s'impose. *De facto*, l'analyse stratégique se limite aujourd'hui à la publication de la statistique anonymisée, assortie d'une typologie des cas et de jugements des tribunaux. Ceci ne répond pas aux exigences du GAFI vis-à-vis de l'analyse stratégique d'une CRF, car le rapport annuel n'aborde pas de manière ciblée les tendances et les modèles en matière de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme. Au sein de fedpol, les rapports d'analyse stratégiques sur la situation du blanchiment d'argent en Suisse ne sont pas établis en premier lieu par le bureau de communication, mais par la division Analyse de la Police judiciaire fédérale. De tels rapports d'analyse sur le blanchiment d'argent⁴¹ ne sont toutefois pas publiés régulièrement, mais ponctuellement en fonction de priorités annuelles prédéfinies. L'analyse stratégique du bureau de communication (fedpol) est dès lors lacunaire. Pour la rendre conforme aux recommandations du GAFI, des effectifs supplémentaires sont nécessaires (cf. le ch. 3.1).

1.2.7.1 Analyses du bureau de communication: amélioration de l'assistance administrative interne

L'analyse opérationnelle du bureau de communication est réglée à l'art. 23 LBA. Pour tirer une plus-value de la communication des soupçons dans le cadre de son analyse, le bureau de communication a besoin de nombreuses sources d'information complémentaires.

⁴⁰ RS 955.23

⁴¹ Rapports spéciaux sur les jugements rendus en Suisse dans des affaires de blanchiment d'argent ou sur des agents financiers.

Le bureau de communication a accès à un certain nombre d'informations supplémentaires de deux manières. Premièrement, il a un accès en ligne à plusieurs bases de données. Deuxièmement, il peut obtenir des informations sur demande auprès de certaines autres autorités nationales, voire étrangères.

Accès aux bases de données

Outre sa propre banque de données GEWA (art. 23, al. 3, LBA), le bureau de communication peut aujourd'hui consulter en ligne les banques de données suivantes (art. 35a LBA):

- a. index national de police (RIPOL, JANUS, PAGIRUS);
- b. système d'information central sur la migration (ZEMIS);
- c. casier judiciaire informatisé (VOSTRA);
- d. système de traitement des données relatives à la protection de l'Etat (ISIS);
- e. système de gestion de personnes, de dossiers et d'affaires dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (IPAS).

En sus, le bureau de communication exploite des sources d'information publiques, par exemple FACTIVA, Dun&Bradstreet, Teledata, le registre du commerce et l'Internet.

Assistance administrative interne et internationale

Les art. 23 et 35 LBA forment la base légale de l'échange d'informations avec les autorités de police et les ministères publics dans le cadre de l'assistance administrative. L'art. 29, al. 1, LBA constitue la base légale de l'assistance administrative avec la FINMA et la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ).

A l'art. 23, al. 2, la LBA renvoie à la loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération (LOC)⁴². L'art. 4 LOC règle pour le bureau de communication la collaboration avec les autorités et les offices. De plus, le bureau de communication peut recourir à l'assistance administrative au sens de l'art. 19, al. 1, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)⁴³, qui lui permet dans un cas dûment fondé de solliciter auprès d'un organe fédéral des informations dont il a absolument besoin pour accomplir sa tâche légale.

De plus, le bureau de communication peut échanger directement des informations (autres que financières) avec toutes les CRF en se réclamant de l'art. 32 LBA.

L'échange d'informations entre le bureau de communication et les autres autorités nationales repose donc sur des bases légales différentes selon les autorités concernées (LBA, LOC, voire LPD) et selon des conditions différentes. Le traitement des requêtes fondées sur la LPD demande généralement beaucoup de temps, raison pour laquelle le bureau de communication renonce fréquemment à se procurer des informations par ce biais.

La multiplicité des bases légales applicables entraîne un manque de visibilité quant aux possibilités de coopération interne et de sécurité juridique. Il n'est également pas certain que les bases légales actuelles permettent au bureau de communication de collaborer avec toutes les autorités suisses qui pourraient détenir des informations

⁴² RS 360

⁴³ RS 235.1

pertinentes pour ses analyses (par exemple les autorités fiscales dans les cantons dont la législation ne prévoit pas la publicité des rôles fiscaux). Il serait dès lors souhaitable que la LBA règle directement l'assistance administrative entre le bureau de communication et les services des autorités avec lesquelles il collabore le plus. C'est pourquoi, il est proposé d'ajouter un nouvel al. 2 à l'art. 29 LBA relatif à l'échange d'informations entre les autorités nationales afin de permettre au bureau de communication de demander à d'autres autorités fédérales, cantonales et communales toutes les informations nécessaires à ses analyses (cf. le ch. 2.7.1).

1.2.7.2 Modification du système de communication de soupçons

Unification du critère du soupçon et flexibilisation du blocage des avoirs

Le système suisse actuel de lutte contre le blanchiment d'argent distingue selon leur degré les soupçons susceptibles d'être signalés au bureau de communication. Ces soupçons peuvent être regroupés en deux catégories, à savoir les soupçons fondés et les soupçons simples. A ces deux catégories correspondent deux dispositions légales – l'art. 9 LBA et l'art. 305^{ter}, al. 2, CP – avec des conséquences différentes pour l'intermédiaire financier et les autorités.

La plus importante de ces conséquences est le blocage automatique et obligatoire appliqué lors d'une communication de soupçons en vertu de l'art. 9 LBA.

L'expérience de ces quatorze dernières années⁴⁴ ainsi que l'étude d'un certain nombre de communications reçues par le bureau de communication démontrent certaines faiblesses du système en vigueur. Ainsi, le critère de la gravité du soupçon – simple ou fondé – n'est pas appliqué de manière uniforme d'un intermédiaire financier à l'autre. Ce manque d'uniformité se répercute au niveau du blocage: les valeurs qu'un intermédiaire financier aurait bloquées à la suite d'une communication de soupçons fondés (art. 9 et 10 LBA) ne seraient pas bloquées par un autre intermédiaire financier pour qui le soupçon ne franchirait pas le seuil du soupçon simple de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP. Par ailleurs, le critère de la gravité du soupçon ne semble pas être le seul pris en compte lors de la communication de soupçons. Des critères d'opportunité, notamment quant aux désagréments (par ex. le risque d'avertir indirectement le client qu'une communication a été effectuée) posés par le blocage automatique, pourraient aussi entrer en ligne de compte.

A cela s'ajoute le fait que le droit de communiquer (art. 305^{ter}, al. 2, CP) est entré en vigueur avant l'obligation de communiquer en vertu de l'art. 9 LBA. Or, la LBA vise à responsabiliser les intermédiaires financiers qui doivent analyser de manière approfondie les cas de soupçons qu'ils rencontrent. Ce n'est pas le cas du droit de communiquer qui pourrait déresponsabiliser les intermédiaires financiers en leur offrant la possibilité d'envoyer au bureau de communication des communications peu fondées. Par ailleurs, la coexistence du droit et du devoir d'annonce peut prêter à confusion. Elle a d'ailleurs été critiquée par le GAFI sous l'angle de l'efficacité.

S'agissant du blocage de cinq jours (art. 10 LBA), il oblige les autorités – en premier lieu le bureau de communication – à effectuer des analyses accélérées. Le bureau de

⁴⁴ La LBA est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1998.

communication doit ainsi déterminer, dans un délai de trois à quatre jours, si le soupçon est confirmé. Dans un tel cas, le dossier est transmis aux autorités de poursuite pénale afin de prendre une décision dans un délai d'un à deux jours.

L'analyse accélérée du bureau de communication peut avoir des répercussions négatives sur sa qualité. En outre, dans un délai aussi bref, le bureau de communication ne peut obtenir les informations qu'il demande notamment auprès des homologues étrangers – la criminalité financière ne connaissant pas de frontières.

Le présent avant-projet propose une unification du critère du soupçon. Quant au blocage des avoirs, il prévoit de l'appliquer de manière différée afin de donner plus de temps non seulement au bureau de communication, mais aussi aux autorités de poursuite pénale.

Unification du critère du soupçon

Afin de supprimer le dualisme des art. 9 LBA et 305^{ter}, al. 2, CP, différentes variantes ont été prises en compte. Les deux modèles qui ont été étudiés de manière approfondie sont les suivants:

- Le premier consisterait à refondre les deux dispositions en égalisant «vers le bas» le soupçon qui serait communiqué. Cela signifierait la création d'un nouvel article qui prévoirait de communiquer au bureau de communication tout soupçon, indépendamment de son fondement.

Ce modèle irait toutefois à l'encontre d'une tradition bien établie (et fonctionnant de manière optimale) dans le système suisse de lutte contre le blanchiment d'argent, à savoir la responsabilisation des intermédiaires financiers. En effet, si un tel modèle était mis sur pied, les intermédiaires financiers communiqueraient sur la base de simples suppositions. Cela écarterait (en les désresponsabilisant) ces mêmes intermédiaires financiers d'un système dont ils sont partie intégrante depuis sa création. Cela pourrait en outre provoquer une augmentation importante de communications au bureau de communication, dont une bonne partie serait classée sans suite. Par ailleurs, pour ces mêmes raisons, ce modèle a aussi été écarté par le Conseil fédéral⁴⁵.

- Le deuxième modèle consisterait à supprimer le droit de communiquer de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP en laissant en vigueur seulement l'obligation de communiquer en vertu de l'art. 9 LBA.

Ce modèle aurait pour avantage principal de renforcer le rôle des intermédiaires financiers dans notre système de lutte contre le blanchiment d'argent. Ceux-ci devraient donc approfondir l'analyse des cas de soupçon qu'ils rencontrent afin de justifier une communication sur la base d'un soupçon fondé. Les cas envoyés au bureau de communication seraient donc mieux argumentés. Cela contribuerait à l'augmentation de la qualité des communications et, par là même, des dossiers que le bureau de communication transmettrait aux autorités de poursuite pénale.

Le deuxième modèle est le mieux adapté à la réalité suisse. C'est par conséquent ce modèle qui est concrétisé dans le présent avant-projet.

⁴⁵ Cf la réponse du Conseil fédéral à la motion parlementaire (11.3153) déposée en mars 2011 par le conseiller national Daniel Jositsch.

Suppression de l'automatisme du blocage des avoirs lors de la communication au bureau de communication

Pour assurer une efficacité maximale du système, un autre paramètre, à savoir l'automatisme du blocage des avoirs de l'art. 10 LBA, doit être modifié.

La séparation entre la communication de soupçon au bureau de communication et le blocage automatique devient d'autant plus importante avec la suppression du droit de communiquer de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP (pour lequel aucun blocage n'est prévu). En effet, si cette séparation n'existait plus, toutes les communications au bureau de communication feraient l'objet du blocage de l'art. 10 LBA. Il s'agirait d'une situation inconfortable, non seulement pour les intermédiaires financiers, mais aussi pour le bureau de communication qui serait soumis à une pression encore plus élevée qu'actuellement concernant le respect des délais de blocage.

1.3 Comparaison avec le droit étranger

La problématique des actions au porteur a fait l'objet d'une étude comparative confiée à l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) (cf. le ch. 1.3.1) et dont les résultats ont été pris en compte dans l'élaboration du présent avant-projet. L'Institut a également été mandaté d'effectuer une étude de droit comparé portant sur la mise en œuvre de l'infraction préalable en matière fiscale. Les travaux sont encore en cours. L'administration fédérale suit en outre l'évolution de la législation européenne en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (cf. le ch. 1.3.2).

1.3.1 Transparence des personnes morales et actions au porteur

L'Office fédéral de la justice a chargé l'ISDC de présenter un rapport sur l'admissibilité et la diffusion d'actions au porteur.

Le rapport d'expertise du 21 mai 2012 présente les conclusions suivantes:

1.3.1.1 Existence d'actions au porteur

Sauf au Japon et au Canada (Québec), on trouve des actions au porteur dans tous les pays passés en revue lors de l'étude (Iles Vierges britanniques, Danemark, Allemagne, France, Royaume-Uni, Hong Kong, Iles Caïmans, Liechtenstein, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Panama, Espagne et Afrique du Sud). Au Japon, l'action au porteur a été abolie en 1990 à la faveur de la réforme de la loi sur le commerce. Sur la base des informations disponibles, on peut conclure qu'il ne reste plus aucune action au porteur émise avant cette réforme. Au Canada (Québec), l'émission d'actions au porteur est désormais interdite par la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec. Bien que cette modification législative n'ait aucune incidence sur les actions au porteur existantes, les recherches de l'ISDC n'ont pas permis de démontrer que des actions au porteur circulent à ce jour. En Italie, pour des raisons fiscales, l'émission d'actions au porteur est limitée aux *azioni di risparmio* et aux actions

d'une *società di intermediazione finanziaria a capitale variabile* qui sont soumises à certaines restrictions par rapport aux actions au porteur usuelles.

Pour les pays où l'action au porteur existe encore, il convient de tenir compte de certaines particularités. Ainsi, on trouve une exception au Danemark en ce sens que les *private limited companies*, c'est-à-dire les sociétés à responsabilité limitée, ne peuvent émettre d'actions au porteur. Les Pays-Bas connaissent une réglementation semblable: seules les *naamloze vennootschappen* (sociétés anonymes) peuvent émettre des actions au porteur. Des prescriptions semblables ont cours dans les Iles Vierges britanniques (*companies limited by shares*) et à Hong Kong (*public companies limited by shares*). En Autriche, suite à une réforme du droit de la société anonyme en 2011, seules les actions nominatives sont autorisées pour les sociétés non cotées en bourse. En Afrique du Sud enfin, plus aucune action au porteur ne peut être émise depuis le 1^{er} mai 2011, mais les actions au porteur existantes subsistent.

1.3.1.2 Mesures visant à améliorer la transparence

1.3.1.2.1 Abrogation de l'action au porteur

Au-delà des exceptions citées au ch. 1.3.1.1, il n'existe pas d'autres intentions d'abroger l'action au porteur, sauf dans un cas: un projet de loi a été déposé à Hong Kong, qui prévoit la suppression de l'action au porteur et qui devrait entrer en vigueur en 2013 ou 2014. L'abrogation de ce type d'actions est également en discussion au Panama.

1.3.1.2.2 Immobilisation des actions au porteur

Les recherches de l'ISDC montrent que l'immobilisation d'actions au porteur sous la forme d'un dépôt est prévue en Autriche, au Panama, aux Iles Vierges britanniques et aux Iles Caïmans. Le dépôt se fait auprès de banques dépositaires dites «*custodians*» (Iles Vierges britanniques et Iles Caïmans). En Italie, les actions au porteur sont administrées par la banque du détenteur dans le dossier *titoli* de ce dernier. L'Allemagne et le Liechtenstein envisagent d'introduire une obligation de dépôt. La législation luxembourgeoise ne prescrit pas de dépôt, mais ce dernier est possible dans la pratique tout en n'ayant aucune incidence sur la transmissibilité des actions.

1.3.1.2.3 Obligations d'annonce des actionnaires

Pour ce qui est des obligations d'annonce, il convient de distinguer entre d'une part l'obligation des détenteurs d'actions au porteur de se faire inscrire dans un registre des actions, et d'autre part les obligations d'annonce en cas de dépassement de certaines valeurs seuils.

L'obligation d'enregistrement des actions au porteur n'existe dans aucun des pays étudiés. Toutefois, le Danemark envisage d'introduire une obligation d'enregistrement pour les détenteurs d'actions au porteur d'une société non cotée en bourse. La chambre basse des Pays-Bas prône également une obligation similaire. A Hong Kong, les statuts de la société peuvent prévoir une inscription des noms des

détenteurs d'actions au porteur dans un registre des actionnaires. En Autriche, une inscription dans le registre de la société est requise lorsque toutes les parts à la société appartiennent soit à un seul actionnaire, soit à un actionnaire unique aux côtés de la société elle-même. Au Japon, les détenteurs d'actions (nominatives) doivent se faire inscrire dans un registre des actionnaires tenu au siège principal de la société.

En revanche, dans la plupart des pays étudiés, on trouve des obligations d'annonce lorsque l'on dépasse, voire que l'on n'atteint pas, certaines valeurs seuils. Dans les Etats membres de l'Union européenne (ci-après «UE»: Allemagne, Danemark, Royaume-Uni, France, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche et Espagne, à l'exception de l'Italie), ces obligations résultent de la mise en œuvre de la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE⁴⁶. On déroge toutefois fréquemment aux valeurs seuils qui y sont fixées: 5, 10, 15, 20, 25, 30, 50 et 75 %. En Italie, les prescriptions de la directive relative aux actions au porteur ne trouvent pas d'application, vraisemblablement en raison des formes particulières de l'action au porteur qui ne confère pas de droit de vote à son détenteur.

Le Liechtenstein connaît des obligations d'annonce comparables en vertu de la loi sur la publicité imposée aux sociétés cotées en bourse. L'Afrique du Sud s'est dotée d'un régime semblable. On trouve au Japon également une réglementation similaire pour les actions des sociétés cotées en bourse, qui doivent faire l'objet d'une annonce à l'autorité de surveillance des marchés financiers dès lors qu'une participation dépasse la valeur seuil de 5 % puis ultérieurement pour chaque augmentation supérieure à 1 %.

1.3.1.2.4 Autres mesures visant à améliorer la transparence

Parmi les autres mesures visant à améliorer la transparence, on citera plus particulièrement la dématérialisation des actions au porteur. La portée de la dématérialisation varie toutefois d'un pays à l'autre: en France, elle est obligatoire pour les actions, et en Afrique du Sud, les actions au porteur ne peuvent être vendues que si elles sont dématérialisées. En Espagne, la dématérialisation est une condition impérative du négoce sur le marché secondaire. En Italie, toutes les formes d'actions sont dématérialisées. Aux Pays-Bas, la dématérialisation était assortie d'un délai au 1^{er} janvier 2013. Le Panama prévoit également la dématérialisation des actions au porteur. Au Luxembourg, un projet de loi devrait permettre l'émission d'actions dématérialisées, mais il y existe déjà une dématérialisation *de facto*. Au Japon enfin, les actions de toutes les sociétés cotées en bourse ont été dématérialisées suite à la suppression des actions au porteur.

⁴⁶ Journal officiel de l'Union européenne, L 390 du 31.12.2004, p. 38

1.3.1.2.5 Données statistiques sur les sociétés émettant des actions au porteur

En Suisse, quelque 195 000 sociétés anonymes sont inscrites au registre du commerce, et 50 000 d'entre elles ont émis des actions au porteur. De grandes différences sont constatées, entre cantons, quant à la prépondérance de cette forme d'actions.

Les raisons de recourir à des actions au porteur sont multiples. Ces actions peuvent être transmises de façon simple, c'est-à-dire sans endossement. De plus, leur transmissibilité ne peut être restreinte, ce qui constitue une certitude pour l'acquéreur sur le marché secondaire. De plus, l'action au porteur confère l'anonymat à l'actionnaire vis-à-vis de la société. Enfin, grâce à la mise en gage, les actions au porteur se prêtent bien à la garantie de crédit.

Seules l'Allemagne et l'Autriche disposent de données statistiques sur le nombre de sociétés recourant aux actions au porteur. Dans le cadre d'un sondage non officiel mené en 2011, on a constaté qu'un tiers au moins de toutes les sociétés anonymes existant en Allemagne en possèdent (soit 5700 sociétés au moins). En Autriche, 1650 sociétés anonymes non cotées en bourse et sociétés européennes (SE) disposent exclusivement ou partiellement d'actions au porteur. Les Pays-Bas ont chiffré le nombre total d'actions au porteur existantes, mais ces données incluent seulement les actions au porteur non dématérialisées. Des 1 530 741 actions au porteur dénombrées en 2008, il n'en subsistait plus que 486 259 en mai 2009, ce que l'on impute à la dématérialisation des actions.

A Hong Kong, selon les indications fournies par le registre des sociétés et la bourse, il semble qu'il n'existe pas d'actions au porteur malgré la possibilité d'en émettre. En ce qui concerne les Iles Vierges britanniques et le Royaume-Uni, les recherches de l'ISDC permettent de conclure que les actions au porteur y sont rares.

1.3.2 Rapports avec le droit européen

L'administration fédérale suit la législation actuelle et en gestation dans divers pays concernant les sujets traités par le présent projet.

Au plan de l'UE, les règles se fondent, dans une large mesure, sur les normes internationales adoptées par le GAFI. Suite à la révision des normes du GAFI, la 3^e directive européenne antiblanchiment doit également être adaptée. La Commission européenne a publié le 5 février 2013 sa proposition de modification⁴⁷. Ce texte traite dans une large mesure les sujets faisant l'objet du présent avant-projet, notamment en ce qui concerne les obligations de diligence, la transparence des personnes morales, les PPE et le système de communication de soupçons. Il mentionne désormais expressément les infractions fiscales pénales liées aux impôts directs et indirects dans la liste des infractions préalables, sans toutefois fournir de définition plus précise. Plusieurs Etats membres de l'UE ont déjà transposé cette nouvelle catégorie d'infraction préalable. Comme la directive n'assure qu'une harmonisation minimale, ce cadre doit être complété par des règles arrêtées au niveau national.

⁴⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0045:FIN:FR:PDF>

L'administration fédérale observera de près l'évolution de ces projets législatifs dans les mois à venir.

2 Commentaire des dispositions

2.1 Transparence des personnes morales et actions au porteur

2.1.1 Société anonyme

Art. 627, ch. 7, AP-CO Autres dispositions

Il n'est plus nécessaire que les statuts prévoient expressément la faculté de convertir des actions nominatives en actions au porteur (l'art. 627, ch. 7, CO est abrogé).

Art. 686, al. 1 et 5 (nouveau), AP-CO Registre des actions; Inscription

L'actuel al. 1 est complété par l'obligation de tenir le registre des actions de manière à ce qu'il soit possible d'y accéder en tout temps en Suisse. Cette précision tient compte de la note interprétative de la recommandation 24 du GAFI, selon laquelle le registre des actions doit être disponible dans le pays, afin de garantir que les autorités compétentes puissent avoir accès à l'information du registre des actionnaires en temps opportun. Si le registre des actions est tenu en Suisse, mais en un autre lieu qu'au siège de la société, par exemple auprès d'une fiduciaire ou d'un avocat ailleurs en Suisse, la société devra l'indiquer dans son inscription au registre du commerce. Les autorités de poursuite pénale pourront ainsi localiser le registre des actions sans recherches particulières, comme l'exige le GAFI.

En cas de gestion électronique du registre des actions, l'emplacement physique du support de données n'est pas déterminant; un transfert à l'étranger reste envisageable à différents niveaux. Par exemple, l'infrastructure pour le traitement des données peut être externalisée, tandis que les données seront saisies en Suisse. Même la saisie peut se dérouler à l'étranger. La société doit cependant garantir à tout moment l'accès des autorités suisses aux données dès lors que des dispositions applicables à un cas concret, par exemple celles du droit de la procédure pénale, autorisent cet accès. Compte tenu du changement très rapide des conditions-cadres en matière de traitement des données, le législateur doit se borner à énoncer ce principe. Toute particularité relative à la garantie de l'accès depuis la Suisse deviendrait en effet très rapidement obsolète.

De plus, le nouvel al. 5 prévoit que les documents sur lesquels se fonde l'inscription au registre des actions devront être conservés pendant au moins dix ans à compter de la radiation de l'actionnaire du registre.

Art. 697i (nouveau) AP-CO Obligation d'annoncer de l'actionnaire; Obligation d'annoncer du détenteur d'actions au porteur

La note interprétative de la recommandation 24 du GAFI, ch. 14, énumère plusieurs mécanismes visant à prévenir l'utilisation abusive des actions au porteur.

L'approche choisie dans le nouvel art. 697i AP-CO est celle de l'obligation d'annoncer. Selon cet article, les actionnaires existants ou les personnes qui acquièrent des actions auront l'obligation d'annoncer l'achat d'actions au porteur à la

société. Soulignons que cette obligation s'appliquera pour tout achat de titres au porteur et non uniquement à partir d'un certain niveau de participation. Il n'y a d'ailleurs aucune raison de prévoir un seuil de participation, car il s'agit de créer un maximum de transparence sur les détenteurs d'actions au porteur, par un mécanisme simple et de façon facilement vérifiable. En même temps, ces personnes devront annoncer leur prénom et leur nom (pour les personnes morales: leur raison sociale) ainsi que leur adresse.

L'avant-projet prévoit cependant une exception à l'obligation d'annoncer du détenteur d'actions au porteur: celle-ci ne s'applique pas lorsque les actions de la société sont cotées en bourse. Dans ce cas, la transparence est déjà assurée en vertu de l'obligation de déclarer certaines participations (à partir de 3 % des droits de vote) prévue à l'art. 663c CO et à l'art. 20 LBVM.

Selon l'al. 2, l'actionnaire doit également prouver qu'il détient effectivement les actions. Il pourra le faire soit en produisant les actions originales, soit en fournissant une copie de ces dernières. Si plusieurs personnes prétendent détenir simultanément les mêmes actions, la preuve de la détention ne pourra être apportée que moyennant la production des titres originaux. Si les actions au porteur revêtent la forme de titres intermédiés, une attestation au sens de l'art. 16 de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (LTI)⁴⁸ constituera une preuve suffisante.

Lorsqu'il fournira la preuve qu'il est bien le détenteur des actions au porteur, l'actionnaire devra s'identifier auprès de la société. Dans le cas d'une personne physique, l'identification devra avoir lieu sur la base de l'original ou de la copie d'un document de légitimation officiel (passeport, carte d'identité ou permis de conduire). Pour les personnes morales, l'avant-projet distingue deux cas de figure: s'il s'agit d'une société suisse, il y aura lieu de présenter un extrait du registre du commerce, alors que dans le cas d'une société étrangère, l'identification devra se fonder sur un extrait actuel authentique du registre du commerce étranger ou, à défaut, sur un document équivalent. Un tel document devra être présenté lorsque l'Etat de domicile de la société ne dispose pas d'un registre comparable au registre suisse du commerce. Il pourra consister en un registre de société, un acte de fondation ou des statuts authentiques, dont l'équivalence devra être déterminée en fonction des caractéristiques du droit national concerné.

Afin de garantir que la liste des détenteurs d'actions au porteur est constamment à jour, l'al. 3 oblige ces derniers à communiquer également à la société toute modification de leur prénom et de leur nom ou le cas échéant de leur raison sociale, ainsi que de leur adresse.

Art. 697j (nouveau) AP-CO Obligation d'annoncer l'ayant droit économique

Selon la note interprétative de la recommandation 24 du GAFI, ch. 15, des mesures doivent être prises pour prévenir l'utilisation abusive d'actions inscrites au nom de prête-noms (*nominee shareholders*) (cf. aussi les ch. 7 à 10 relatifs à l'information sur les ayants droit économiques).

L'al. 1 impose donc à tous les détenteurs d'actions, aussi bien nominatives qu'au porteur, une obligation contraignante d'annoncer: si leur participation atteint ou franchit le seuil de 25 % du capital-actions ou des voix, ils seront tenus d'annoncer

⁴⁸ RS 957.1

immédiatement le nom de la personne physique qui est l'ayant droit économique des actions. On s'assure ainsi que la société connaît «les personnes qui exercent en dernier lieu un contrôle effectif sur une personne morale» (définition du «bénéficiaire effectif», ou ayant droit économique, selon le glossaire général des recommandations du GAFI⁴⁹). Le contrôle de sociétés non cotées en bourse présuppose une participation qualifiée, si bien que le seuil de 25 % paraît approprié. Il semble également judicieux, s'agissant de la présente obligation d'annoncer selon le droit de la société anonyme, de fixer la valeur seuil de la participation donnant le contrôle au même niveau que dans la nouvelle définition de l'ayant droit économique de personnes morales au sens de l'art. 2a, al. 4, AP-LBA.

Le seuil de 25 % se fonde en outre sur la 3^e directive européenne antiblanchiment, qui attribue la qualité d'ayant droit économique à une personne morale à partir d'une participation de 25 %⁵⁰.

L'avant-projet prévoit cependant une exception à l'obligation des actionnaires d'annoncer l'ayant droit économique: celle-ci ne s'applique pas lorsque les actions de la société sont cotées en bourse. Dans ce cas, la transparence est déjà assurée en vertu de l'obligation de déclarer certaines participations (à partir de 3 % des droits de vote) prévue à l'art. 663c CO et à l'art. 20 LBVM. Ce dernier est en outre précisé par l'art. 9 de l'ordonnance du 25 octobre 2008 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (OBVM-FINMA)⁵¹. Selon cet article, l'obligation de déclarer incombe aux ayants droit économiques qui acquièrent ou aliènent, directement ou indirectement, des titres de participation et dont la participation, dès lors, atteint, dépasse ou descend sous les seuils de l'art. 20, al. 1, LBVM.

Enfin, l'al. 3 dispose que les actionnaires sont tenus de communiquer toute modification du prénom, du nom ou de l'adresse de l'ayant droit économique. Cette obligation garantit que la liste est constamment à jour.

Art. 697k AP-CO Annonce auprès d'un intermédiaire financier et obligation de renseigner incombant à ce dernier

Selon l'art. 697k, al. 1, AP-CO, l'assemblée générale peut décider que les actionnaires effectuent leur annonce au sens de l'art. 697i, al. 1, et l'art. 697j, al. 1, non pas à la société, mais à un intermédiaire financier soumis à la LBA. Cette compétence de l'assemblée générale peut être déléguée au conseil d'administration dans les statuts. L'intermédiaire financier est alors chargé de tenir la liste selon l'art. 697l AP-CO en lieu et place de la société. Cela permet à la société, au besoin, de garantir l'anonymat de l'actionnaire caractéristique des titres au porteur et de respecter ainsi le caractère impersonnel de la participation des détenteurs d'actions au porteur prévu par le droit de la société anonyme, cette participation étant par essence liée au capital, c'est-à-dire axée sur la participation financière et non sur la personne de l'actionnaire⁵².

⁴⁹ La recommandation 24 du GAFI définit également les bénéficiaires effectifs, ou ayants droit économiques, comme «les personnes qui exercent en dernier lieu un contrôle effectif sur une personne morale», conformément au glossaire général.

⁵⁰ La proposition de la Commission européenne de révision de cette directive confirme ce choix.

⁵¹ RS 954.193

⁵² Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10^e éd., Berne 2007, § 16 N 139.

C'est d'ailleurs ce qui distingue les détenteurs d'actions au porteur des détenteurs d'actions nominatives: ceux-ci doivent impérativement être inscrits au registre des actions pour pouvoir exercer leurs droits sociaux (art. 689a CO), alors que les détenteurs d'actions au porteur peuvent faire valoir ces droits en vertu de la seule possession des actions. L'art. 697k AP-CO vise donc à maintenir l'anonymat des actionnaires au porteur, tout en répondant aux nouvelles exigences de transparence. La mesure dans laquelle cet anonymat est respecté vis-à-vis de la société dépend des rapports juridiques liant cette dernière à l'intermédiaire financier mandaté, lequel est tenu au minimum par l'obligation de renseigner selon l'al. 3. L'étendue de cette obligation de renseigner dépend principalement de la convention de délégation et des motifs de la délégation selon l'art. 697k AP-CO (garantie de l'anonymat vis-à-vis de la société et/ou réduction des coûts). Dans tous les cas, l'intermédiaire financier est tenu de renseigner la société à tout moment sur *les actions au porteur* pour lesquelles une annonce selon l'art. 697k et éventuellement l'art. 697j a été effectuée, ainsi que sur les actions nominatives ayant fait l'objet d'une annonce selon l'art. 697j. Si la délégation vise à garantir l'anonymat des actionnaires, l'intermédiaire financier ne communique pas l'identité des détenteurs des actions au porteur, mais se contente d'indiquer pour *quelles actions spécifiques* (par ex. les actions au porteur 1 à 297) une annonce a eu lieu, avec identification du détenteur, et pour lesquelles cela n'a pas été le cas. Ces informations suffisent pour que la société sache avec précision pour quelles actions au porteur les détenteurs concernés sont autorisés à exercer leurs droits sociaux et patrimoniaux ou, le cas échéant, à en déléguer l'exercice à l'intermédiaire financier. Si l'anonymat doit être garanti, l'intermédiaire financier peut délivrer à l'actionnaire, sur demande, une attestation confirmant que celui-ci a rempli son obligation d'annoncer, avec l'indication précise des actions concernées. Pour que le contrôle gagne encore en rigueur, la société pourrait en outre convenir avec l'intermédiaire financier que l'attestation ne soit délivrée qu'en vue de l'exercice de droits déterminés (pas d'attestation «en blanc»).

Par analogie avec l'annonce à la société, l'actionnaire devra, selon l'al. 1, prouver qu'il détient effectivement les actions au porteur concernées et, par la même occasion, s'identifier. Les modalités sont les mêmes que celles prévues à l'art. 697i, al. 2, AP-CO. Le détenteur des actions au porteur est également tenu, par analogie avec l'art. 697i, al. 3, AP-CO, de communiquer à l'intermédiaire financier toute modification de son prénom et de son nom ou le cas échéant de sa raison sociale, ainsi que de son adresse. Les obligations de l'art. 697j s'appliquent également par analogie lorsque l'annonce est effectuée auprès d'un intermédiaire financier.

Selon l'al. 2, le conseil d'administration désigne l'intermédiaire financier visé à l'al. 1 et communique son identité aux actionnaires. La forme de cette communication est régie par les dispositions statutaires en vertu de l'art. 626, ch. 7, CO.

La délégation prévue par l'art. 697k AP-CO permet de confier la tenue de la liste à des établissements qui fournissent déjà des services similaires. En mettant en place un système d'annonce conforme à l'art. 697k AP-CO, ces établissements pourraient développer leur offre de prestations et optimiser ainsi l'exploitation de l'infrastructure et du savoir-faire dont ils disposent déjà. De plus, la délégation devrait permettre à la société – en fonction de sa taille, de sa structure et de son organisation – d'économiser des coûts.

Art. 697l (nouveau) AP-CO Liste

L'al. 1 prévoit que le conseil d'administration doit tenir une liste des détenteurs d'actions au porteur annoncés ainsi que des ayants droit économiques d'actions nominatives ou au porteur. Si la société a désigné un intermédiaire financier selon l'art. 697k, c'est à ce dernier qu'il incombe de tenir la liste et de conserver les documents en Suisse (al. 4). Il s'agit d'une tenue de registre de type administratif. Tout comme le registre des actions selon le droit actuel, la liste des actionnaires soumis à l'obligation d'annoncer n'est pas publique (ni pour les actionnaires, ni pour les tiers).

Selon l'al. 2, la liste doit contenir le prénom et le nom ou le cas échéant la raison sociale ainsi que l'adresse des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit économiques annoncés.

La liste des actionnaires soumis à l'obligation d'annoncer n'est constitutive d'aucun droit sur la société. L'exercice des droits sociaux des actionnaires est réglé à l'art. 689a CO, avec pour éventuelle condition supplémentaire le respect de l'obligation d'annoncer selon les art. 697i et 697j (art. 697m).

L'al. 3 prescrit que la durée de conservation des documents relatifs à l'obligation d'annoncer et à l'inscription au registre des actions est de dix ans au minimum à compter de la radiation de la personne inscrite de la liste ou du registre des actions.

Afin de garantir le respect de l'obligation du GAFI de disposer des documents en Suisse, l'al. 5 prévoit que cette liste et le registre des actions doivent être tenus de manière à ce qu'il soit possible d'y accéder en tout temps depuis la Suisse (cf. les explications données à l'art. 686, al. 1).

Art. 697m (nouveau) AP-CO

Non-respect de l'obligation d'annoncer

Pour imposer le respect des obligations prévues, la note interprétative de la recommandation 24 du GAFI, ch. 18, exige que le pays dispose de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives.

L'art. 697m de l'avant-projet fixe donc les conséquences du non-respect de l'obligation d'annoncer sur les droits sociaux.

L'al. 1 prévoit que tant qu'il n'a pas rempli ses obligations d'annoncer selon les art. 697i, 697j et 697k AP-CO, l'actionnaire ne peut pas exercer ses droits sociaux (en particulier son droit de vote). Il en va de même de ses droits patrimoniaux (en particulier le droit au dividende): selon l'al. 2, il ne peut les exercer que s'il a rempli son obligation d'annoncer.

De plus, l'al. 3 prévoit que si l'actionnaire soumis à l'obligation d'annoncer ne s'acquitte pas de cette obligation dans le délai d'un mois à compter de l'achat des actions, ses droits patrimoniaux s'éteignent. Cette disposition renforce sensiblement l'obligation d'annoncer. Toutefois, s'il répare cette omission à une date ultérieure, il peut faire valoir les droits patrimoniaux qui naissent à compter de cette date.

L'al. 4 prévoit que le conseil d'administration doit contrôler qu'aucun actionnaire n'exerce ses droits en violation de son obligation d'annoncer. Or, si les annonces relatives aux achats d'actions au porteur ou concernant les ayants droit économiques sont effectuées auprès d'un intermédiaire financier, comme prévu à l'art. 697k AP-CO, la société n'est pas en mesure de remplir l'obligation de contrôle qui lui incom-

be selon l'al. 4 sans la collaboration de l'intermédiaire financier. C'est pourquoi ce dernier est tenu de renseigner la société, afin qu'elle puisse réaliser ce contrôle malgré la délégation de la tenue de la liste (cf. l'art. 697k, al. 3).

Art. 704a (nouveau) AP-CO Conversion d'actions au porteur en actions nominatives

La note interprétative de la recommandation 24 du GAFI, ch. 14, propose comme solution à la problématique des actions au porteur notamment leur conversion en actions nominatives.

L'avant-projet facilite donc la conversion d'actions au porteur en actions nominatives. La décision de conversion devra obligatoirement être prise à la majorité simple, puisqu'il sera interdit de fixer un quorum plus élevé dans les statuts. Les quorums statutaires en vigueur actuellement seront abolis au terme du délai d'adaptation des statuts au nouveau droit (art. 2 AP-Disp. trans.).

Cette disposition anticipe déjà la formulation de l'art. 703 CO prévue dans la FF 2008 1571, 1601, qui n'a pas encore été approuvée. Cette modification prévoit qu'à l'avenir, les abstentions ne seront plus comptabilisées pour déterminer la majorité requise lors des votes de l'assemblée générale («à la majorité des votes exprimés» au lieu de la formulation actuelle «à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées»). Sur le plan purement rédactionnel, l'adjectif «absolue» a été supprimé de la proposition concernant la conversion des actions, car il n'a pas d'importance. En supposant que la présente révision entre d'abord en vigueur, il en résultera alors une *simplification par rapport à la participation majoritaire lors des décisions de l'assemblée générale* jusqu'à ce que la révision plus générale du CO concernant la conversion des actions au porteur en actions nominatives s'applique elle aussi. En l'espèce, les abstentions compteraient pour les décisions particulières, mais pas pour les conversions. L'entrée en vigueur de la révision plus générale adapterait les règles ordinaires à la participation majoritaire concernant la conversion.

Art. 718, al. 4, troisième phrase (nouveau), AP-CO Représentation; En général

La note interprétative de la recommandation 24 du GAFI, ch. 9, prévoit qu'une personne physique résidant en Suisse doit être autorisée à communiquer les informations sur les actionnaires et, le cas échéant, sur les ayants droit économiques aux autorités compétentes.

L'avant-projet complète donc l'art. 718, al. 4, en précisant qu'au moins une personne habilitée à représenter la société et domiciliée en Suisse doit avoir accès au registre des actions et à la liste selon l'art. 697l.

Si les annonces sont effectuées auprès d'un intermédiaire financier, comme prévu à l'art. 697k AP-CO, l'accès à la liste selon l'art. 697l AP-CO est garanti par l'intermédiaire financier concerné.

Art. 747 AP-CO Conservation des livres de la société

La note interprétative de la recommandation 24 du GAFI, ch. 10, prévoit que la société doit conserver toutes les informations pendant au moins cinq ans après la date à laquelle elle est dissoute ou cesse d'exister.

L'avant-projet complète par conséquent l'actuel art. 747 CO par un nouvel al. 1, qui prévoit que le registre des actions, les livres de la société et la liste selon

l'art. 697I AP-CO ainsi que les pièces justificatives qui la concernent doivent être conservés pendant dix ans après la radiation de la société en un lieu sûr. L'al. 2 précise que le registre des actions et la liste doivent être conservés de manière à ce qu'il soit possible d'y accéder en tout temps en Suisse (cf. les explications données à l'art. 686, al. 1).

En vertu des normes de renvoi des art. 826, al. 2, et 913, al. 1, CO, cette disposition s'applique aussi aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés coopératives.

2.1.2 Société à responsabilité limitée

Art. 790, al. 1 et 5 (nouveau), AP-CO Registre des parts sociales

Les associés d'une société à responsabilité limitée sont inscrits dans le registre des parts sociales et sont donc connus de la société (art. 790 CO). Ils doivent également être inscrits au registre du commerce (art. 791 CO).

Le droit actuel prévoit déjà que la société doit tenir un registre des parts sociales, contenant notamment le nom et l'adresse des associés.

L'actuel al. 1 est complété par l'obligation de tenir le registre des parts sociales de manière à ce qu'il soit possible d'y accéder en tout temps en Suisse. Cette précision tient compte de la note interprétative de la recommandation 24 du GAFI selon laquelle le registre des parts sociales doit être disponible dans le pays (cf. les explications données à l'art. 686, al. 1).

De plus, le nouvel al. 5 prévoit que les documents sur lesquels se fonde l'inscription au registre des parts sociales doivent être conservés pendant au moins dix ans à compter de la radiation de l'associé concerné du registre.

Art. 790a (nouveau) AP-CO Obligation d'annoncer l'ayant droit économique

Selon la note interprétative de la recommandation 24 du GAFI, ch. 15, des mesures doivent être prises pour prévenir l'utilisation abusive d'actions inscrites au nom de prête-noms (*nominee shareholders*) (cf. aussi les ch. 7 à 10 relatifs à l'information sur les ayants droit économiques). La même note interprétative, ch. 17, invite en outre à instaurer une transparence équivalente pour les autres types de personnes morales.

C'est pourquoi les associés des sociétés à responsabilité limitée sont également soumis à une obligation d'annoncer. Si leur participation atteint 25 % du capital social ou des voix, ils seront tenus d'annoncer immédiatement le nom de la personne physique qui est l'ayant droit économique des parts sociales (al. 1). On s'assure ainsi que la société connaît «*les personnes qui exercent en dernier lieu un contrôle effectif sur une personne morale*» (définition du «bénéficiaire effectif», ou ayant droit économique, selon le glossaire général des recommandations du GAFI).

L'al. 2 dispose que les associés sont tenus de communiquer toute modification du prénom, du nom ou de l'adresse de l'ayant droit économique. Cette obligation garantit que la liste est constamment à jour (si la participation descend sous le seuil fixé, le gérant procède à la radiation de l'associé de la liste).

Pour ce qui est des obligations relatives à la tenue de la liste des ayants droit économiques et aux conséquences du non-respect de l'obligation d'annoncer, l'al. 3 ren-

voie aux dispositions correspondantes du droit de la société anonyme (art. 697l et 697m).

Art. 814, al. 3, troisième phrase (nouveau), AP-CO Représentation

La note interprétative de la recommandation 24 du GAFI, ch. 9, prévoit qu'une personne physique résidant en Suisse doit être autorisée à communiquer les informations sur les associés et, le cas échéant, sur les ayants droit économiques aux autorités compétentes.

L'avant-projet complète donc l'art. 814, al. 3, en précisant qu'au moins une personne habilitée à représenter la société et domiciliée en Suisse doit avoir accès au registre des parts sociales et à la liste des ayants droit économiques.

2.1.3 Société coopérative

Art. 837AP-CO Liste des associés

Selon le droit actuel, la société coopérative ne doit tenir une liste de ses associés que si ses statuts prévoient la responsabilité individuelle de ces derniers et leur obligation d'opérer des versements supplémentaires.

L'avant-projet complète cette disposition en instaurant une obligation générale de tenir une liste des associés de manière à ce qu'il soit possible d'y accéder en tout temps depuis la Suisse, mais ne prévoit sciemment aucune disposition obligeant les associés à annoncer les ayants droit économiques à la société coopérative, car ce problème ne se pose pas avec ce type de société.

La liste des associés ne sera en principe pas publiée et la société ne sera pas tenue de la déposer à l'office du registre du commerce. L'obligation correspondante, qui découle de l'art. 837 CO actuel, est ainsi abrogée.

Les associés sont dans tous les cas connus de la société, car quiconque désire acquérir la qualité d'associé doit présenter à cet effet une déclaration écrite (art. 840, al. 1, CO). Le problème des «titres au porteur» ne se pose donc pas.

Il est vrai cependant que la société ne connaît pas nécessairement les ayants droit économiques (lorsque ceux-ci ne se confondent pas avec les associés). Toutefois, étant donné qu'une société coopérative doit compter au moins sept membres (art. 831, al. 1, CO) et impérativement appliquer le système du droit de vote par tête (art. 885 CO; cf. l'ATF 67 I 262, 267 s.), aucun associé ne peut en prendre le contrôle. Il ne peut donc pas y avoir d'ayants droit économiques au sens de la recommandation 24 du GAFI.

Art. 898, al. 2, troisième phrase (nouveau), AP-CO Gestion et représentation;
En général

La note interprétative de la recommandation 24 du GAFI, ch. 9, prévoit qu'une personne physique résidant en Suisse doit être autorisée à communiquer les informations sur les associés et, le cas échéant, sur les ayants droit économiques aux autorités compétentes.

L'avant-projet complète donc l'art. 898, al. 2, en précisant qu'au moins une personne habilitée à représenter la société et domiciliée en Suisse doit avoir accès à la liste des associés.

2.1.4 Modifications d'autres lois

2.1.4.1 Code civil

Art. 52, al. 2, AP-CC et AP-Disp. trans. De la personnalité

Le droit actuel dispense expressément les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille de l'obligation de s'inscrire au registre du commerce. Afin d'instaurer davantage de transparence dans le domaine des fondations, l'avant-projet supprime cette dispense et soumet ainsi les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille à cette obligation.

Un délai d'adaptation de deux ans est prévu pour se conformer à cette nouvelle obligation. D'après la disposition citée, les fondations non inscrites au registre du commerce alors qu'elles sont nouvellement tenues de le faire ne perdraient pas leur personnalité juridique à l'entrée en vigueur de la loi révisée, mais elles devraient procéder à cette inscription dans un délai de deux ans. Si elles ne le font pas, elles ne seront plus considérées comme des personnes morales à l'expiration de ce délai.

2.1.4.2 Code pénal

Art. 327 (nouveau) AP-CP Violation de l'obligation d'annoncer selon le droit de la société et *art. 327a (nouveau) AP-CP* Violation de l'obligation de tenir des livres

Pour imposer le respect des obligations prévues, la note interprétative de la recommandation 24 du GAFI, ch. 18, exige que les pays disposent de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives.

En sus des conséquences du non-respect des obligations d'annoncer selon les art. 697i, 697j et 697k AP-CO sur les droits sociaux, les nouveaux art. 327 et 327a AP-CP prévoient de sanctionner pénalement quiconque, intentionnellement, enfreint les obligations d'annoncer (omission de l'annonce ou fausses informations) ou ne tient pas les registres ou listes requis.

Sera également passible d'une sanction pénale quiconque, intentionnellement, omettra d'annoncer les modifications du prénom et du nom ou le cas échéant de la raison sociale, ainsi que de l'adresse de l'acquéreur selon les art. 697j, al. 2, 697k, al. 3, et 697i, al. 3, ou donnera de fausses informations à ce sujet.

2.1.4.3 Loi sur les placements collectifs

Art. 46, al. 3, AP-LPCC

Conformément à la nouvelle réglementation prévue dans le droit de la société anonyme, la SICAV dont les actions ne sont pas cotées en bourse doit tenir une liste qui mentionne les actionnaires au porteur annoncés (art. 697i AP-CO). Selon

l'art. 697k AP-CO, elle peut également charger un intermédiaire financier au sens de la LBA de tenir cette liste. La délégation à un tiers permet de préserver l'anonymat des détenteurs d'actions au porteur à l'égard de la SICAV malgré leur inscription sur une liste.

Art. 46^{bis} AP-LPCC (nouveau) Obligations d'annoncer

Al. 1

Cet alinéa stipule que quiconque acquiert des actions au porteur émises par la SICAV doit immédiatement effectuer une annonce. Selon l'art. 697k AP-CO, l'annonce peut également être effectuée auprès d'un intermédiaire financier, notamment afin de préserver l'anonymat des investisseurs, pour autant que la SICAV ait chargé cet intermédiaire financier de tenir la liste (art. 46, al. 3, let. b, AP-LPCC). En outre, les actionnaires qui, seuls ou en accord avec un tiers, détiennent 25 % du capital ou des voix (art. 697j AP-CO) sont tenus d'annoncer l'ayant droit économique des actions. Ils sont informés directement par la SICAV de leur part du capital ou des voix (cf. l'al. 2 ci-dessous).

Al. 2

Le capital d'une SICAV étant variable, il est impossible d'appliquer à ce type de société l'obligation prévue à l'art. 697j AP-CO, qui consiste à annoncer l'ayant droit économique des participations de 25 % ou plus du capital ou des voix. Contrairement aux actionnaires des sociétés anonymes soumises au code des obligations, dont le capital-actions est rendu public, les détenteurs d'actions au porteur ou d'actions nominatives d'une SICAV ne connaissent pas la part d'actions acquise par rapport à l'ensemble des actions. Afin d'assurer néanmoins la transparence de l'ayant droit économique, la réglementation proposée oblige la SICAV à informer les actionnaires lorsque leur participation atteint plus de 5 % du capital ou des voix. Les indications nécessaires figurent dans le registre des actions de la SICAV et dans la liste qu'elle doit désormais tenir (art. 46, al. 3, AP-LPCC). Le seuil de 5 % est fixé pour ne pas obliger la SICAV à informer les actionnaires de leur participation lors de chaque achat d'actions. Une telle réglementation serait impossible à mettre en pratique. En outre, une participation peut dépasser 5 % à la suite non seulement d'un achat d'actions, mais aussi d'une modification du capital total. C'est pourquoi la SICAV doit toujours informer les actionnaires dès que ceux-ci détiennent une participation de plus de 5 %. Les informations transmises par la SICAV permettent ainsi aux actionnaires de respecter leur obligation d'annoncer l'ayant droit économique selon l'al. 1.

Al. 3

Les conséquences du non-respect de l'obligation d'annoncer – qu'il s'agisse de celle des détenteurs d'actions au porteur concernant l'achat d'actions ou de celle des détenteurs d'actions au porteur ou d'actions nominatives concernant l'ayant droit économique d'une participation qualifiée – sont réglées par les dispositions du code des obligations et consistent en une restriction des droits sociaux et des droits patrimoniaux.

Art. 149, al. 1, let. f, AP-LPCC

Toutes les dispositions des art. 46, al. 3, et 46^{bis} AP-LPCC analogues au code des obligations sont couvertes par les nouvelles dispositions du code pénal relatives à la

société anonyme prévues à l'art. 327, let. a, et à l'art. 327a, let. a. Toutefois, les art. 327 et 327a AP-CP ne s'appliquent pas aux dispositions autonomes prévues aux art. 46, al. 3, let. a, et 46^{bis}, al. 2, AP-LPCC. En cas de violation de l'art. 46^{bis}, al. 2, AP-LPCC, la disposition pénale actuelle prévue à l'art. 149, al. 1, let. d, LPCC s'appliquera. Le nouvel art. 149, al. 1, let. f, AP-LPCC prévoit que quiconque, intentionnellement, ne tient pas correctement le registre des actions au sens de l'art. 46, al. 3, let. a, sera puni d'une amende de 500 000 francs au plus.

2.1.5 Dispositions transitoires

Art. 1 et 2 AP-Disp. trans. Règle générale; Adaptation des statuts et des règlements

Les dispositions transitoires du CC (titre final CC) s'appliquent aussi au CO, sous réserve de dispositions contraires (art. 1, al. 1, AP-Disp. trans.).

Les prescriptions du nouveau droit s'appliqueront à toutes les sociétés existantes dès leur entrée en vigueur (art. 1, al. 2, AP-Disp. trans.). Les entreprises disposeront cependant d'un délai transitoire de *deux ans* pour adapter leurs statuts et leurs règlements aux nouvelles dispositions légales (art. 2, al. 1, AP-Disp. trans.).

La révision du droit de la société anonyme de 1991 prévoyait un délai transitoire de cinq ans. Dans la pratique, ce délai s'est révélé inapproprié, car les adaptations nécessaires ont d'abord été différées, pour être ensuite oubliées. La doctrine a donc largement critiqué le délai transitoire de 1991 comme étant trop long. Celui de deux ans inscrit dans l'avant-projet est jugé suffisant pour adapter les statuts et les règlements au nouveau droit.

Si une société ne procède pas aux adaptations nécessaires dans le délai prévu, toutes les dispositions de ses statuts et règlements non conformes au nouveau droit perdront leur validité au terme de ce délai (art. 2, al. 2, AP-Disp. trans.).

Art. 3 AP-Disp. trans. Obligation d'annoncer

Les actionnaires qui détiennent déjà des actions au porteur au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit sont également soumis à l'obligation d'annoncer (les obligations d'annoncer prévues aux art. 697i et 697j AP-CO sont applicables lors de l'achat de titres). Contrairement aux obligations d'annoncer prévues aux art. 697i et 697j AP-CO, l'obligation d'annoncer après coup selon l'art. 3 des dispositions transitoires ne vaut que pour les détenteurs d'actions au porteur, et non pour les détenteurs d'actions nominatives. Cette différence dans le champ d'application de la disposition transitoire se justifie comme suit: s'agissant de l'obligation d'annoncer les ayants droit économiques d'actions représentant une participation qui atteint le seuil de 25 % du capital-actions ou des voix, on ne doit pas faire de distinction selon qu'il s'agit d'actions nominatives ou d'actions au porteur. L'obligation d'annoncer selon l'art. 697j AP-CO s'applique donc indifféremment aux deux types d'actions. Toutefois, l'obligation d'annoncer selon la disposition transitoire applicable à l'entrée en vigueur du nouveau droit étend son champ d'application à tous les actionnaires qui existent déjà à ce moment. Or, cette intégration de tous les actionnaires existants ne se justifie que pour les détenteurs d'actions au porteur, car ceux-ci, en raison de l'anonymat de l'actionnaire caractéristique des titres au porteur (au

contraire des actions nominatives), présentent davantage de risques de blanchiment d'argent.

2.2 Ayants droit économiques

Art. 4 AP-LBA en relation avec l'art. 2a, al. 3 et 4, AP-LBA Identification de l'ayant droit économique

L'actuel art. 4 LBA exige que le cocontractant se procure une déclaration écrite indiquant qui est l'ayant droit économique dans des cas de figure particuliers (al. 1). La présomption est que le cocontractant est identique à l'ayant droit économique et qu'une déclaration du cocontractant sur l'ayant droit économique (formulaire A) n'est pas automatiquement requise. L'intermédiaire financier se doit, déjà selon le droit actuel, de connaître ses clients et ses affaires et de s'organiser de manière à être en mesure de reconnaître des indices lui permettant de conclure soit à la présomption de la coïncidence de l'identité du cocontractant et de l'ayant droit économique, soit à la situation de doute décrite à l'al. 1, laquelle oblige l'intermédiaire financier à exiger le formulaire A. Il est proposé d'ajouter un alinéa (al. 1) à l'art. 4 LBA visant à ancrer dans la loi le principe général de l'identification de l'ayant droit économique. Selon ce nouvel al. 1, l'intermédiaire financier devrait documenter, au sens de l'art. 7 LBA, qu'il estime que le cocontractant est aussi l'ayant droit économique. Ainsi, en l'absence de doute, l'intermédiaire financier pourra se contenter d'identifier l'ayant droit économique en documentant dans les documents d'ouverture de compte qu'il n'y a aucun élément (indice) laissant penser que le cocontractant n'est pas l'ayant droit économique. C'est uniquement ce devoir de documentation qui sera introduit par rapport à la situation actuelle où l'intermédiaire financier doit réagir lorsqu'il constate des éléments qui provoquent un doute quant à la coïncidence du cocontractant et de l'ayant droit économique. Ainsi, la modification proposée n'oblige pas les intermédiaires financiers à demander un formulaire A dans tous les cas, ce qui signifie que la disposition en vigueur en ce qui concerne l'obtention d'une déclaration écrite sur l'ayant droit économique est maintenue et devient l'al. 2.

Les sociétés cotées en bourse et leurs filiales majoritairement contrôlées peuvent être exemptées de cette mesure du fait des mesures de transparence résultant de leurs exigences boursières. Cette exception est prévue dans la note interprétative de la recommandation 10 du GAFI (chap. C, let. b, dernier par.). L'art. 49, al. 3, OBA-FINMA n'en tient actuellement pas entièrement compte. Pour des raisons de clarté et de sécurité juridique, il est par ailleurs nécessaire d'inscrire cette exception concernant le champ d'application général de l'art. 4 dans la LBA plutôt que dans l'OBA-FINMA. L'al. 1 de l'art. 4 LBA est complété à cette fin. Dans la pratique, l'intermédiaire financier devra s'assurer, aux fins de l'application de cette exception – et conformément aux exigences du GAFI – qu'une société filiale étrangère détendant un contrôle majoritaire est assujettie dans la juridiction d'origine, en vertu des règles du marché boursier, à des obligations de publication visant à garantir une transparence satisfaisante des ayants droit économiques.

L'al. 2 est également complété, en ceci que l'obligation d'identification porte également sur les personnes physiques ayants droit économiques de personnes morales exerçant une activité opérationnelle. La pratique actuelle selon laquelle il n'est pas nécessaire d'identifier ces ayants droit économiques ne peut pas être maintenue, car

elle contrevient aux normes des recommandations 10 et 24 du GAFI. Selon ces recommandations, les personnes physiques ayant droit économique de personnes morales exerçant une activité opérationnelle doivent être systématiquement identifiées. Cette mesure se justifie également en raison du risque de blanchiment d'argent⁵³. L'al. 1 prévoit que seules les sociétés cotées en bourse et les filiales détenues majoritairement par de telles sociétés font exception à cette obligation.

La règle selon laquelle l'ayant droit économique ne peut pas être une société de domicile reste inchangée.

L'art. 2a, al. 3, AP-LBA précise, conformément à la recommandation 10 du GAFI, que l'ayant droit économique doit toujours être une personne physique.

L'art. 2a, al. 4, AP-LBA instaure un seuil de participation à partir duquel une personne physique est réputée être l'ayant droit économique d'une personne morale exerçant une activité opérationnelle. Il suit en cela la note interprétative de la recommandation 10 du GAFI (en particulier la note de bas de page 30, qui donne pour exemple un seuil de 25 % du capital-actions).

Le seuil de 25 % est également celui qui est prévu dans la 3^e directive européenne antiblanchiment (état au 20 mars 2008). La proposition de la Commission de révision de cette directive maintient ce seuil⁵⁴ conformément au souhait exprimé par toutes les parties prenantes lors de la procédure de consultation⁵⁵. Il est cependant judicieux de le coordonner avec l'application de la recommandation 24 du GAFI.

Selon l'art. 2a, al. 4, AP-LBA, l'identification de l'ayant droit économique se déroulera selon un processus en cascade:

- les représentants de la personne morale exerçant une activité opérationnelle devront confirmer par écrit, sur la base du registre des actionnaires, s'il y a une participation d'au moins 25 %;
- si ce n'est pas le cas, ils devront confirmer si des personnes physiques contrôlent la personne morale d'une autre manière reconnaissable;
- si ce n'est pas non plus le cas, l'intermédiaire financier devra identifier le membre le plus haut placé de l'organe de direction (par ex. en demandant une copie du passeport du CEO).

Cette procédure présuppose que les personnes habilitées à représenter le cocontractant disposent des informations concernées. Dans ce contexte, il convient de relever que l'avant-projet introduit au ch. 1.2.1.4 un devoir d'annonce de l'actionnaire à la société sur l'identité de l'ayant droit économique. Lors de l'identification de l'ayant droit économique, l'intermédiaire financier pourra partir du principe que le représentant du cocontractant a accès à ces informations, ou coopère avec la personne désignée par la société pour administrer le registre des actionnaires et des ayants droit économiques.

⁵³ Cf. le rapport 2011 de fedpol, p. 12:

<http://www.fedpol.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/jahresberichte/jabe-2011-f.pdf>

⁵⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0045:FIN:FR:PDF>

⁵⁵ Cf. le rapport du 11 avril 2012 de la Commission sur la modification de cette directive: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/20120411_report_fr.pdf

L'intermédiaire financier pourra également partir du principe que la personne détentrice du pouvoir de représentation dispose des informations sur les ayants droit économiques de la personne morale, dès lors que cette dernière est domiciliée dans un pays qui a mis en œuvre la recommandation 24 du GAFI et dans lequel les informations sur la société sont disponibles ou peuvent le devenir.

Si le représentant de la personne morale exerçant une activité opérationnelle ne peut fournir aucune déclaration sur les ayants droit économiques au sens de l'art. 2a, al. 4, AP-LBA, il faudra considérer qu'il s'agit d'une relation d'affaires qui présente un risque accru et requiert par conséquent de l'intermédiaire financier qu'il remplisse ses obligations de clarification, ainsi que son obligation d'établir et de conserver des documents. L'intermédiaire financier devra procéder aux clarifications nécessaires au sens de l'art. 14, al. 2, let h, OBA-FINMA dans une mesure proportionnée aux circonstances.

S'il n'est toujours pas possible d'identifier l'ayant droit économique, il faudra refuser d'établir la relation d'affaires (art. 56, al. 2, OBA-FINMA). En cas de refus d'établir la relation d'affaires, il y aura également lieu de vérifier si les conditions d'exécution de l'obligation de communiquer selon la LBA sont remplies.

Dispositions transitoires

Les nouvelles dispositions sont applicables dès l'entrée en vigueur de la modification de la loi pour toutes les nouvelles relations d'affaires.

2.3 Définition des PPE et fixation des obligations de diligence y relatives dans la LBA

Art. 2a AP-LBA Définitions

Les définitions des PPE de l'art. 2, al. 2, let. a, OBA-FINMA et de l'art. 10, al. 4, let. a, OBA CFMJ sont complétées par les nouvelles catégories «PPE en Suisse» et «PPE au sein d'organisations intergouvernementales» et inscrites dans la LBA. L'al. 1, let. a définit les PPE à l'étranger, comme jusqu'ici, tandis que la nouvelle catégorie des PPE en Suisse est décrite à l'al. 1, let. b. Etant donné que le GAFI ne fait pas de différences matérielles dans ses définitions des «PPE étrangères» et des «PPE nationales» et qu'il y décrit les fonctions concernées dans les mêmes termes, il paraît judicieux que le nouveau droit donne des PPE à l'étranger et des PPE en Suisse des définitions présentant aussi une structure équivalente, sans toutefois reprendre exactement les mêmes termes pour décrire les fonctions, en raison des particularités du système suisse. Compte tenu de ces particularités, les personnes entrant dans la définition des PPE en Suisse selon l'art. 2a, al. 1, let. b, AP-LBA sont les suivantes: les conseillers fédéraux, le chancelier de la Confédération, les conseillers nationaux et les conseillers aux Etats, les directeurs d'office et les secrétaires généraux de l'administration fédérale, le procureur général de la Confédération, les procureurs fédéraux, les juges fédéraux, les officiers généraux de l'armée, les présidents et les secrétaires généraux des partis politiques nationaux ainsi que les membres du conseil d'administration ou de la direction d'entreprises étatiques d'importance nationale. Sont réputées entreprises étatiques d'importance nationale La Poste Suisse, Swisscom, CFF, SUVA, armasuisse, RUAG, Empa et IFSN. On constate donc que, conformément au modèle du GAFI, seules des personnes exer-

çant des fonctions publiques dirigeantes au niveau national sont formellement désignées comme faisant partie des PPE en Suisse. Les PPE au niveau régional, telles que les conseillers d'Etat, les procureurs généraux des cantons, les présidents de sections cantonales des partis politiques ou les responsables de services des constructions de communes, ne sont pas visées par cette définition. Toutefois, conformément à l'art. 12, al. 1, OBA-FINMA et à l'art. 10 OBA CFMJ, les intermédiaires financiers ont toujours l'obligation de fixer des critères permettant de détecter les relations d'affaires présentant des risques accrus. Cela leur permet, compte tenu des clarifications qu'ils entreprennent et des critères qu'ils élaborent eux-mêmes, de désigner également des PPE aux niveaux cantonal et communal en tant que relation à risque accru, conformément à l'approche basée sur les risques applicable en la matière.

La définition des PPE du GAFI n'inclut pas les suppléants des personnes concernées – à moins qu'il ne s'agisse de personnes proches –, si bien que l'avant-projet ne les qualifie pas non plus de PPE. Dans la pratique, il pourrait néanmoins arriver que si un ou plusieurs des critères fixés à l'art. 12 OBA-FINMA et à l'art. 10 OBA CFMJ sont remplis, le suppléant d'une PPE soit tout de même considéré comme une relation d'affaires présentant un risque accru.

Etant donné que les fonctions dirigeantes des PPE dans une organisation intergouvernementale ne se définissent pas de la même manière que celles des PPE en Suisse et des PPE à l'étranger, l'avant-projet consacre une lettre particulière à la catégorie des PPE au sein d'organisations intergouvernementales (al. 1, let. c).

Enfin, l'art. 2a, al. 2, AP-LBA définit les personnes proches des PPE. Si la définition des PPE à l'art. 2, al. 1, let. a, OBA-FINMA et à l'art. 10, al. 4, let. a, OBA CFMJ inclut explicitement les personnes morales, celles-ci ne peuvent en réalité être des PPE. La nouvelle définition à l'art. 2a, al. 2, AP-LBA en tient compte. Dans le même temps, elle est harmonisée avec la définition du GAFI. Etant donné que les intermédiaires financiers doivent identifier les ayants droit économiques d'une personne morale (art. 4 LBA), les obligations de diligence accrues doivent également s'appliquer à la relation d'affaires avec la personne morale concernée, si ses ayants droit économiques sont des PPE. Contrairement à celle figurant dans la loi fédérale du 1^{er} octobre 2010 sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (LRAI)⁵⁶, la définition de personne proche de l'avant-projet conserve sciemment l'attribut «de manière reconnaissable», afin d'éviter que des intermédiaires financiers ayant procédé à toutes les clarifications requises à un moment donné ne puissent se voir reprocher *a posteriori* de n'avoir pas entièrement rempli leurs obligations de diligence.

Art. 6 AP-LBA Obligations de diligence particulières

Etant donné que les obligations de diligence spécifiques en relation avec les PPE doivent être réglées dans la loi, les dispositions concernées relatives aux PPE à l'étranger de l'art. 12, al. 3, OBA-FINMA et de l'art. 10, al. 3, OBA CFMJ ont été reprises dans l'art. 6, al. 3, AP-LBA, dont le titre a en outre été adapté à son nouveau contenu. Selon la recommandation 12 du GAFI et contrairement aux PPE à l'étranger (cf. l'al. 3), les PPE nationales et les PPE au sein d'organisations internationales ne doivent pas obligatoirement être classées comme des relations d'affaires

⁵⁶ RS 196.1

présentant un risque accru. L'avant-projet prévoit par conséquent que pour qualifier les PPE en Suisse et au sein d'organisations intergouvernementales de relations d'affaires comportant un risque accru, il faut qu'elles remplissent au moins un autre critère de risque. On a ajouté à l'art. 6 LBA un alinéa particulier réglant cette question (al. 4). Chacun des deux nouveaux alinéas intègre aussi les personnes proches des PPE concernées, qui font aussi l'objet, le cas échéant, des obligations de diligence pertinentes.

Les critères de risque servant à repérer les PPE en Suisse et les PPE au sein d'organisations intergouvernementales présentant un risque accru restent inscrits dans l'art. 12, al. 2, OBA-FINMA et dans l'art. 10, al. 2, OBA CFMJ, et les obligations de diligence complémentaires applicables lorsqu'une PPE est considérée comme présentant un risque accru dans l'art. 14 OBA-FINMA et dans l'art. 12 OBA CFMJ.

2.4 Qualification des infractions fiscales pénales graves en infractions préalables au blanchiment d'argent

2.4.1 Fiscalité indirecte: escroquerie qualifiée en matière de contributions, d'impôts ou de douanes (art. 14, al. 4, AP-DPA)

Les éléments constitutifs de la nouvelle escroquerie qualifiée en matière de contributions, d'impôts ou de douanes s'inscrivent dans l'escroquerie en matière de prestations (al. 1) et de contributions (al. 2) de l'art. 14 DPA, d'où la nécessité d'en remplir les conditions. Autrement dit, l'attitude astucieuse de l'auteur doit aboutir à l'obtention frauduleuse d'une prestation ou à la soustraction d'un montant important représentant une contribution (éléments constitutifs objectifs de base).

Cependant, pour que l'état de fait de l'escroquerie qualifiée soit réalisé, il faut encore que l'auteur ait agi par métier ou avec le concours d'un ou plusieurs tiers (éléments constitutifs alternatifs) et que, par son comportement, il se soit procuré ou ait procuré à un tiers un avantage illicite particulièrement important ou qu'il ait porté atteinte de façon substantielle aux intérêts pécuniaires ou à d'autres droits des pouvoirs publics (autres éléments constitutifs objectifs).

2.4.1.1 Eléments constitutifs objectifs de base

a) Tromperie astucieuse

Comme pour l'escroquerie du droit pénal ordinaire (art. 146 CP), l'escroquerie du DPA est fondée sur la notion de «tromperie astucieuse». Le comportement délictueux consiste donc à tromper l'administration et l'amener ainsi à fournir une prestation à tort (par ex. subvention, remboursement, etc.) ou à lui soustraire un montant important de contributions.

Il y a tromperie astucieuse, au sens de l'art. 14 DPA, lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène, mais aussi lorsqu'il donne simplement de fausses informations, si leur vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade l'administration de vérifier ou prévoit qu'un tel

contrôle ne pourrait se faire sans grande peine ou mise sur un rapport de confiance. L'astuce n'est toutefois pas réalisée si les pouvoirs publics pouvaient se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'eux.

Selon l'art. 14 DPA, la tromperie peut se présenter sous trois formes différentes:

- des affirmations fallacieuses
- la dissimulation de faits vrais
- le fait de conforter dans l'erreur.

b) Erreur

L'administration doit être dans l'erreur, c'est-à-dire qu'elle doit se faire une fausse représentation de la réalité.

c) Obtention frauduleuse d'une prestation, soustraction d'un montant important aux pouvoirs publics ou atteinte, d'une autre manière, à leurs intérêts pécuniaires

Le résultat peut se concrétiser de différentes manières:

- l'auteur a obtenu de façon indue, pour lui-même ou pour un tiers, notamment un remboursement de contribution ou une autre prestation de la part de l'administration, d'une autorité ou d'un tiers;
- l'auteur a éludé un montant important correspondant à une contribution ou une prestation due aux pouvoirs publics;
- l'auteur a porté atteinte d'une autre manière aux intérêts pécuniaires des pouvoirs publics.

d) Lien de causalité

Il faut un rapport de causalité entre les différents éléments ci-dessus.

2.4.1.2 Autres éléments constitutifs objectifs

L'escroquerie qualifiée en matière de contributions, d'impôts ou de douanes est réalisée lorsque, outre les éléments objectifs de base ci-dessus, l'auteur s'est procuré ou a procuré à un tiers un avantage illicite particulièrement important ou a porté atteinte de façon substantielle aux intérêts pécuniaires ou à d'autres droits des pouvoirs publics.

a) Réalisation du résultat

L'art. 14, al. 4, DPA se calque sur le faux dans les titres réglé à l'art. 15 DPA. Toutefois, contrairement à ce dernier, pour que l'escroquerie qualifiée soit réalisée, il ne suffit pas que l'auteur ait eu 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, qui plus est, dans une mesure particulièrement importante. En effet, l'art. 14, al. 4, DPA est une infraction de résultat, laquelle est consommée lorsque l'auteur ou un tiers ob-

tient, en raison d'une tromperie astucieuse, un avantage illicite particulièrement important, ou lorsque la collectivité est lésée dans une mesure importante.

Même si la répétition du résultat peut sembler étrange, elle est nécessaire, car pour que l'escroquerie de base au sens de l'al. 1 soit réalisée, il n'y a pas besoin que l'avantage obtenu soit important.

b) Avantage illicite particulièrement important

L'avantage est une notion très large. Il peut être patrimonial ou d'une autre nature. Il n'est même pas nécessaire que l'auteur sache exactement en quoi il consiste. Il suffit que l'auteur ait amélioré sa situation personnelle.

Cette terminologie se prête mieux aux particularités de l'escroquerie qualifiée en matière de contributions, d'impôts ou de douanes que celle du «gain» de l'actuel art. 14, al. 4, DPA, par quoi il faut entendre le bénéfice net tiré d'une telle infraction⁵⁷. Le terme «montant», mentionné à l'art. 14, al. 2, DPA, n'est également pas adapté au cas aggravé d'escroquerie en matière de prestations (al. 1). En effet, alors qu'une contribution est toujours quantifiable en un montant (somme d'argent), tel n'est pas le cas des prestations (par ex. concession, autorisation, contingent).

Quant à l'importance de cet avantage, il est volontairement laissé à la jurisprudence le soin de préciser cette notion, compte tenu des spécificités de l'activité déployée, du marché et des différents taux applicables aux impôts, taxes et droits visés⁵⁸. Il est toutefois précisé que cet avantage illicite doit être «particulièrement» important. C'est pourquoi il doit être supérieur à celui défini par la jurisprudence en relation avec l'art. 14, al. 2, DPA⁵⁹. Etant donné que l'infraction prévue à l'al. 4 constitue un crime, il est normal que l'avantage illicite retiré par son auteur ou par un tiers soit plus élevé que dans le cadre de l'al. 2 qui a la gravité d'un délit.

c) Pour soi-même ou un tiers

L'auteur ne peut pas échapper à la sanction en faisant valoir qu'il n'a rien obtenu pour lui-même, puisqu'il suffit qu'il ait procuré à un tiers un avantage illicite.

d) Atteinte substantielle aux intérêts pécuniaires ou à d'autres droits des pouvoirs publics

L'atteinte aux intérêts pécuniaires des pouvoirs publics a été reprise en raison de la deuxième partie de l'art. 14, al. 2, DPA, selon laquelle il y a escroquerie en matière de contributions également lorsque l'attitude astucieuse de l'auteur aura eu pour

⁵⁷ ATF 122 IV 211 consid. 2d p. 216

⁵⁸ De quelques pour mille s'agissant des droits de timbre à 35 % en ce qui concerne l'impôt anticipé.

⁵⁹ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) dans les affaires pénales en matière fiscale, le montant soustrait est réputé important au sens de l'art. 14, al. 2, DPA à partir de 15 000 francs (TF 6B 79/2011). Le TF se réfère aux travaux d'Edgar 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 Peter 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. Ces auteurs renvoient en l'occurrence à la pratique de l'AFC, selon laquelle un montant doit être considéré comme important au sens de l'art. 14, al. 2, DPA à partir de 15 000 francs, quelle que soit la situation financière de l'auteur de l'infraction.

effet de «porter atteinte d'une autre manière à leurs intérêts pécuniaires». Ici, il est question d'une lésion du patrimoine de la collectivité, c'est-à-dire une augmentation du passif, une diminution de l'actif, une non-augmentation de l'actif ou une non-diminution du passif.

S'agissant des «autres droits», notons simplement que, lorsqu'il est question de concessions ou d'autorisations notamment, il n'est pas toujours question «d'intérêts pécuniaires». En outre, cette notion est également reprise à l'art. 15 DPA.

L'atteinte aux intérêts pécuniaires ou à d'autres droits des pouvoirs publics doit être substantielle ou, en d'autres termes, particulièrement importante. Sinon, il y aurait un déséquilibre entre la variante de l'infraction «se procurer un avantage illicite» et la variante «porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou à d'autres droits», du fait que cette dernière ne serait pas assortie d'un élément qualifiant.

2.4.1.3 Eléments constitutifs objectifs alternatifs

a) *Métier*

En 1990, le Tribunal fédéral (TF) a modifié sa jurisprudence en relation avec l'élément de qualification «par métier»⁶⁰. Selon la nouvelle jurisprudence, la définition de la pratique par métier doit s'appuyer sur la notion d'exercice à titre professionnel. L'auteur agit par métier lorsque le temps et les moyens qu'il consacre à ses agissements délictueux, la fréquence de ses actes pendant une période déterminée ainsi que les revenus envisagés ou obtenus permettent de conclure qu'il exerce son activité coupable à la manière d'une profession. Des agissements délictueux constituant une quasi-activité accessoire peuvent suffire à remplir la condition de la pratique par métier. Il faut que l'auteur aspire à obtenir des revenus relativement réguliers représentant un apport notable au financement de son genre de vie et qu'il se soit ainsi, d'une certaine façon, installé dans la délinquance⁶¹.

b) *Concours de tiers*

Outre la pratique par métier, le concours de tiers est également un élément – alternatif – qualifiant l'infraction.

Cet élément remplace l'agissement en bande tel qu'il est prévu dans l'actuel art. 14, al. 4, DPA. Il est apparu en effet que des infractions fiscales graves ne peuvent pas être réprimées en vertu de l'art. 14, al. 4, faute de pouvoir prouver que leur auteur a agi comme membre d'une bande. L'agissement en bande présuppose la volonté des membres de la bande de concourir à l'avenir à la commission de plusieurs infractions pénales, indépendantes les unes des autres et éventuellement encore indéterminées. Toutefois, notamment dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, il est possible, par des pratiques frauduleuses (fraude tournante, sociétés phénix) et à l'aide d'une organisation raffinée, de causer d'importants dommages en ne commettant qu'une seule infraction. Le concours à la commission de telles infractions, qui implique une pluralité d'auteurs, doit être plus sévèrement puni à l'avenir.

⁶⁰ ATF 116 IV 319 ss.

⁶¹ ATF 119 IV 129; ATF 129 IV 253 consid. 2.1 p. 254; et ATF 123 IV 113 consid. 2c p. 116 et les arrêts cités.

L'élément qualifiant «avec le concours de tiers» vise à souligner le fait que les auteurs planifient systématiquement leurs agissements, chacun contribuant de manière essentielle à la planification, à la préparation ou à la réalisation de l'infraction. Ils concourent ainsi à la commission de l'infraction en tant que coauteurs. Un tel concours ne peut pas se produire par négligence, et le fait de jouer un rôle subordonné dans la commission de l'infraction au sens de la complicité ne suffit pas non plus à sa réalisation. C'est ce qui ressort de la jurisprudence du TF, selon laquelle a qualité de coauteur celui qui participe intentionnellement à la décision, à la planification ou à l'exécution d'une infraction et collabore de manière importante avec les autres auteurs, si bien qu'il apparaît comme un participant principal⁶².

L'auteur principal et le tiers-coauteur ont tous deux une volonté délictueuse commune et une maîtrise collective du déroulement de l'infraction. Dès lors que l'infraction apparaît comme l'expression d'une volonté commune, chacun d'eux est pénalement tenu pour le tout, pour autant que ses actes soient dans un rapport de causalité avec le résultat, c'est-à-dire qu'ils y aient contribué.

2.4.1.4 Eléments constitutifs subjectifs

L'escroquerie qualifiée en matière de contributions, d'impôts ou de douanes est une infraction qui ne peut être commise qu'intentionnellement.

Le nouvel art. 14, al. 4, AP-DPA implique l'obtention effective d'un avantage illicite important, comme c'est le cas pour les infractions de base (art. 14, al. 1 et 2, DPA), alors que selon l'al. 4 actuel, il suffit que l'auteur ait eu l'intention de réaliser un gain important. Cette nouveauté garantit la double cohérence de cette infraction qualifiée: d'une part, avec les infractions de base selon l'art. 14 DPA et, d'autre part, avec l'escroquerie fiscale en matière d'impôts directs. Si aucun avantage illicite n'est obtenu, il peut néanmoins y avoir, selon les circonstances, tentative d'infraction.

En outre, le dessein spécial n'est plus nécessaire, dès lors que l'on ne parle plus de «gain» (bénéfice net), mais d'avantage illicite. En matière douanière, il est admis que cet avantage existe dès le passage de la marchandise à travers la frontière. En ce qui concerne l'impôt anticipé, celui-ci est prélevé à la source, de sorte qu'il y a avantage illicite lorsque l'impôt dû n'est pas déclaré ni versé à l'AFC dans les délais prescrits.

2.4.1.5 Champ d'application de la nouvelle escroquerie qualifiée en matière de contributions, d'impôts ou de douanes

L'art. 14, al. 4, AP-DPA n'est plus limité au trafic transfrontière de marchandises et donc à la TVA sur les importations, aux droits de douanes et aux impôts «spéciaux» sur la consommation applicables dans un contexte transfrontière. Il est désormais applicable à tous les impôts, taxes, droits et autres redevances prélevés par la Confédération, en l'occurrence l'Administration fédérale des contributions et l'Administration fédérale des douanes, dans les domaines fiscaux et douaniers. Cela

⁶² ATF 118 IV 227 E. 5d/aa, p. 230; ATF 108 IV 88 E. 1.2, p. 92.

concerne en particulier les droits de douane, la TVA aussi bien à l'importation que sur les opérations internes et les services, les impôts spéciaux sur la consommation (tels les impôts sur le tabac, la bière, l'alcool ou les huiles minérales), l'impôt anticipé et les droits de timbre. L'art. 14, al. 4, AP-DPA est également applicable aux exonérations fiscales et remboursements d'impôts qui, selon la jurisprudence⁶³, peuvent être qualifiés de subventions. La nouvelle infraction peut également s'appliquer en relation avec la redevance sur le trafic des poids lourds, l'imposition des automobiles ou encore la taxe sur le CO₂.

2.4.2 Fiscalité directe

Les commentaires ci-après valent en principe *mutatis mutandis* s'agissant de la LIFD et de la LHID, qui comportent des dispositions pénales matériellement similaires. Le cas échéant, si une disposition vise uniquement une seule de ces lois, il en est fait mention expressément.

2.4.2.1 Titre précédant l'art. 186 AP-LIFD et l'art. 59 AP-LHID

La législation fiscale actuelle ne comprend pas d'état de fait constitutif d'un crime. Les dispositions pénales portent, d'une part, sur la violation des obligations de procédure et la soustraction d'impôt et, d'autre part, sur les délits (fiscaux). Il est proposé d'introduire la nouvelle infraction fiscale constitutive d'un crime dans le même titre (LIFD) ou chapitre (LHID), que les délits, ce qui nécessite de le renommer «Délits fiscaux et crimes fiscaux».

2.4.2.2 Escroquerie fiscale (art. 186 AP-LIFD et art. 59 AP-LHID)

Al. 1 et 1^{bis}

a) Infraction de base, éléments constitutifs de délit qualifié et de crime qualifié

La nouvelle infraction en matière d'impôt direct devant constituer une infraction préalable au blanchiment d'argent doit se fonder sur une infraction existante. Cette infraction de base doit être complétée par des éléments qualifiants qui justifient qu'elle soit considérée comme un crime. L'usage de faux du droit actuel visé à l'art. 186 LIFD, dénommé fraude fiscale dans la LHID (art. 59, al. 1, 1^{er} état de fait; appelés ci-après conjointement usage de faux) n'entre pas en ligne de compte comme infraction de base:

- l'usage de faux selon l'art. 186 LIFD et l'art. 59, al. 1, 1^{er} état de fait, LHID consiste en l'utilisation de titres faux ou inexacts à des fins de soustraction d'impôt. Il constitue donc une infraction d'activité: le résultat de l'infraction, à savoir la diminution de l'impôt, n'en est pas un élément

⁶³ ATAF 2010/6

constitutif. La diminution de l'impôt doit par conséquent être réprimée en tant qu'infraction de résultat, comme c'est le cas dans le droit actuel avec la soustraction d'impôt;

- dans le droit actuel, l'usage de faux n'est pas un élément constitutif qualifiant la soustraction d'impôt: entre l'usage de faux (art. 186 LIFD et art. 59, al. 1, 1^{er} état de fait, LHID; infraction d'activité) et la soustraction d'impôt (art. 175 LIFD et art. 56 LHID; infraction de résultat), il existe *qua lege* un concours parfait (cf. l'art. 186, al. 2, LIFD et l'art. 59, al. 2, LHID). Cela signifie, le cas échéant, que la condamnation pour usage de faux est prononcée en sus de celle pour soustraction d'impôt et qu'il y a cumul des peines;
- actuellement, l'infraction d'usage de faux n'est réalisée que si l'auteur utilise des titres faux ou inexacts pour commettre une soustraction d'impôt. Il en résulte une inégalité de traitement injustifiée entre les contribuables qui remettent par exemple leurs comptes annuels (qui ont valeur de titres au sens de l'art. 186 LIFD et de l'art. 59 LHID) à l'autorité fiscale et ceux qui ne le font pas ou n'ont pas l'obligation de le faire: les premiers s'exposent, le cas échéant, à une condamnation aussi bien pour usage de faux que pour soustraction d'impôt, tandis que les seconds commettent uniquement l'infraction de soustraction d'impôt. Il en résulte que si le nouveau droit reprenait l'usage de faux actuel comme infraction de base, toutes les personnes commettant des infractions fiscales sans utiliser de titres faux, falsifiés ou inexacts bénéficieraient d'un traitement privilégié (autrement dit ne risqueraient d'être condamnées que pour soustraction d'impôt), indépendamment de l'énergie criminelle déployée dans le cas concret.

La seule infraction de base appropriée est donc la soustraction d'impôt au sens de l'art. 175, al. 1, 1^{er} état de fait, LIFD et de l'art. 56, al. 1, 1^{er} état de fait, LHID. Se fondant sur cette infraction de base, le nouveau droit prévoit deux infractions qualifiées: l'escroquerie fiscale constitutive d'un délit et l'escroquerie fiscale qui, en raison de sa gravité, est considérée comme un crime. La qualification de l'infraction de base résulte en l'occurrence de son extension par l'ajout d'éléments qualifiants selon deux niveaux.

L'escroquerie fiscale constitutive d'un délit (art. 186, al. 1, AP-LIFD et art. 59, al. 1, let. a, AP-LHID) étend l'infraction de base au moyen des deux éléments qualifiants alternatifs suivants:

- *le fait d'induire astucieusement en erreur l'autorité fiscale*: cf. le commentaire de l'art. 14, al. 4, AP-DPA (ch. 2.4.1.1). Cet élément constitutif de l'infraction repose sur la tromperie astucieuse qui caractérise les délits relevant des impôts indirects (art. 14, al. 1 et 2, DPA).

Pour établir si une soustraction d'impôt a été commise astucieusement, il ne faut pas examiner (uniquement) si la déclaration d'impôt est lacunaire. «Lorsque le tort causé par la soustraction d'impôt contrevient aux obligations de renseignement du droit fiscal, [...] les modalités du déroulement extérieur de l'événement ne sont pas pertinentes, c'est-à-dire que sa perpétration ou son omission sont équivalentes. [...] Dans tous ces comportements, il est bien plus déterminant que le contribuable ne renseigne pas les

autorités fiscales comme il se doit⁶⁴». La non-déclaration n'est cependant pas cruciale en soi; elle constitue davantage un élément parmi d'autres: lors d'une tromperie astucieuse, des mécanismes supplémentaires permettent en fin de compte au contribuable (tout simplement) de ne pas déclarer des revenus sans que cela ne se remarque et, en cas de questions éventuelles, de fournir des réponses qui semblent plausibles, mais ne correspondent pas aux faits. Ce que le contribuable a entrepris en amont pour rendre le contrôle de sa déclaration d'impôt difficile, voire impossible, doit donc être vraiment déterminant, comme l'indiquent les commentaires à ce sujet: «En droit fiscal, le tort causé par la soustraction d'impôt réside [...] dans l'omission de renseigner l'autorité fiscale comme il se doit sur des événements pertinents en la matière»⁶⁵. Si l'on parvient à persuader l'administration des contributions, notamment lors de ses contrôles et questions, que contrairement à la réalité, il n'existe pas d'autres revenus imposables, l'ensemble du mécanisme amenant à cette conviction constitue une tromperie astucieuse: «Convaincre» un tiers d'effectuer une soustraction de patrimoine en faveur de l'auteur et, ce faisant, de commettre une erreur requiert une énergie bien plus importante que cacher à la victime un patrimoine dont on ignore concrètement qu'il lui revient»⁶⁶. Dans les relations relevant du droit fiscal, l'autorité fiscale «ignore» généralement qu'il existe d'autres éléments imposables et que les impôts correspondants lui appartiennent.

Cela signifie que la non-déclaration ne constitue pas nécessairement en soi une astuce. Même un (simple) mensonge se traduisant par la non-déclaration d'un revenu accessoire par exemple et le fait de répéter (par oral ou par écrit) qu'il n'y a pas d'autres revenus que ceux déclarés en cas de questions de l'autorité fiscale peuvent ne pas remplir les exigences relatives à une astuce. Cela ne représente pas forcément une «construction mensongère». Relèvent en revanche d'un comportement astucieux, par exemple, la constitution et la non-déclaration d'une société de gestion de fortune extraterritoriale, ou la mise en place, dans plusieurs cantons, de structures de sociétés totalement opaques à des fins de soustraction d'impôt: une société étrangère présente une facture concernant des prestations à une entreprise suisse, ce qui réduit le bénéfice imposable de celle-ci. Des contrôles révèlent que les factures ont été signées par des personnes différentes de celles des organes de l'entreprise suisse. D'autres vérifications et questions fournissent des informations détaillées sur les prestations facturées et on découvre que la société étrangère appartient à un actionnaire inconnu. Dans cette situation, l'autorité fiscale doit en conclure que les factures et les charges sont justifiées au niveau commercial. Toutefois, les entreprises suisse et étrangère appartiennent en fait au même contribuable suisse, les tiers signataires sont des hommes de paille et les indications relatives aux prestations sont fictives. Cette construction ne

64 Meinrad Betschart, Steuerbetrug: «Urkundenmodell», «Arglistmodell» oder dritter Weg?, in ASA 58, p. 545 ss.

65 Meinrad Betschart, Steuerbetrug: «Urkundenmodell», «Arglistmodell» oder dritter Weg?, in ASA 58, p. 545 ss.

66 Gunther Arzt sur l'art. 146 CP, in Niggli/Wiprächtiger, Strafrecht II, Basler Kommentar

peut être identifiée simplement à l'aide de questions et de contrôles et les doutes sur certains points ne permettent pas de faire éclater la vérité.

Grâce à cette construction, il est cependant possible de présenter un bénéfice trop faible à l'autorité fiscale.

Cela s'applique également lorsqu'un particulier ne déclare pas des revenus et, en réponse aux questions de l'autorité fiscale, justifie la hausse de sa fortune par des prêts et des dons de l'étranger ou par la vente d'actions. Des contrats de prêt privé, des déclarations ou des contrats de vente sont présentés pour conforter ces affirmations. Cette action (établissement de ces documents et présentation à l'autorité fiscale) vise à induire l'autorité fiscale en erreur sur la non-existence d'un revenu imposable ou confirme cette tromperie. Des informations non vérifiables lui sont fournies pour la convaincre que le revenu imposable n'est pas supérieur.

Dans de tels cas, des mesures sont prises pour dissimuler la non-déclaration de revenus ou d'un patrimoine ou pour présenter des procédures ou structures apparemment plausibles en cas de questions. Induire en erreur et conforter quelqu'un dans cette erreur nécessitent des dispositions (préalables) permettant ensuite une non-déclaration et sa confirmation. «Conforter quelqu'un dans une idée, c'est feindre activement»⁶⁷. Il en va de même lorsqu'une personne prend différentes mesures pour ne figurer dans aucun registre fiscal et échapper ainsi à toute imposition;

ou:

- *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*: la tromperie peut aussi résulter de l'utilisation de titres faux. Avec cet élément constitutif, l'infraction d'usage de faux du droit actuel est intégrée dans le délit selon le nouveau droit, mais avec une différence essentielle: actuellement, l'usage de faux se définit comme une infraction d'activité, alors que le nouvel acte illicite de l'art. 186, al. 1, AP-LIFD et de l'art. 59, al. 1, let. a, AP-LHID est conçu comme une infraction de résultat. L'usage de faux actuel est supprimé. Toutefois, l'utilisation de titres faux à des fins de tromperie restera sanctionnée pénalement même en l'absence de résultat (autrement dit de diminution de l'impôt): un tel acte sera réprimé en tant que tentative d'infraction (art. 186 AP-LIFD et art. 59 AP-LHID, en relation avec l'art. 22 CP).

Avec les deux éléments constitutifs ci-dessus, le nouveau droit combine le modèle de l'usage de faux de l'art. 186 LIFD et de l'art. 59 LHID avec celui de la tromperie astucieuse de l'art. 14 DPA en une seule et même infraction pénale.

De plus, cette nouvelle infraction de l'art. 186, al. 1, AP-LIFD et de l'art. 59, al. 1, let. a, AP-LHID est complétée par un autre élément qualifiant qui justifie qu'elle constitue non plus un délit, mais un crime: *si les éléments imposables non déclarés se montent à 600 000 francs au moins*. Commet une soustraction d'impôt au sens de l'art. 175, al. 1, 1^{er} état de fait, LIFD et de l'art. 56, al. 1, 1^{er} état de fait, LHID celui qui fait en sorte qu'une taxation ne soit pas effectuée alors qu'elle aurait dû l'être ou

⁶⁷ Gunther Arzt sur l'art. 146 CP, in Niggli/Wiprächtiger, Strafrecht II, Basler Kommentar

qu'une taxation entrée en force soit incomplète. Pour que cette infraction de base soit réputée qualifiée, il faut également que les éléments imposables non déclarés s'élevaient à au moins 600 000 francs par période fiscale. L'inscription de ce seuil directement dans la loi vise principalement à 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).

En ce qui concerne les clients qui sont des contribuables à l'étranger, les éléments imposables déterminants sont ceux soumis à des impôts étrangers similaires aux impôts couverts par la LIFD et la LHID (impôts sur le revenu et la fortune des personnes physiques, impôts sur le bénéfice et le capital des personnes morales et impôts sur les gains immobiliers). Ne sont par contre pas visés les éléments de revenu ou de fortune soumis aux impôts sur les successions et donations.

Ne peuvent entrer dans le calcul du seuil que les éléments imposables non déclarés au moyen d'une infraction au sens de l'art. 186, al. 1^{bis}, AP-LIFD et de l'art. 59, al. 1^{bis}, AP-LHID (infraction primaire). Si l'impôt économisé à la suite d'une soustraction au sens de l'art. 186, al. 1^{bis}, AP-LIFD ou de l'art. 59, al. 1^{bis}, AP-LHID est investi dans des titres et que le rendement de ces titres durant les années suivantes n'est pas déclaré, la non-déclaration de ce rendement n'est pas constitutive à elle seule de l'infraction visée à l'art. 186, al. 1^{bis}, AP-LIFD et à l'art. 59, al. 1^{bis}, AP-LHID. Les éléments imposables non déclarés dans les années suivantes ne peuvent donc pas entrer dans le calcul du seuil.

b) Élément constitutif subjectif

Sur le plan subjectif, les infractions qualifiées ci-dessus ne peuvent être commises qu'intentionnellement. Etant donné en effet que les nouvelles infractions pénales se caractérisent (entre autres) par le comportement astucieux de leur auteur, il est exclu qu'elles puissent être commises par négligence.

c) Concours d'infractions

Entre l'infraction de base (art. 175, al. 1, 1^{er} état de fait, LIFD et art. 56, al. 1, 1^{er} état de fait, LHID) et les infractions qualifiées (art. 186, al. 1 et 1^{bis}, AP-LIFD et art. 59, al. 1, let a, et 1^{bis}, AP-LHID), il existe un concours imparfait au sens de la spécialité. Cela vaut aussi pour la variante de l'infraction impliquant une tromperie commise à l'aide d'actes faux. Le nouveau droit ne reprend donc pas le concours parfait existant actuellement entre l'usage de faux et la soustraction d'impôt (cf. l'art. 186, al. 2, LIFD et l'art. 59, al. 2, LHID). C'est pourquoi les al. 2 actuels de l'art. 186 LIFD et de l'art. 59 LHID ne sont pas matériellement repris.

Al. 2

Les nouvelles infractions constitutives d'escroquerie fiscale visent des comportements qui, en droit actuel – en raison du concours parfait entre la soustraction d'impôt et l'usage de faux –, tombent également sous le coup de l'art. 175 LIFD et de l'art. 56 LHID, et peuvent être sanctionnés par une amende allant jusqu'au triple de l'impôt soustrait. Le montant maximum de l'amende dépend par conséquent du montant d'impôt soustrait; il n'y a cependant pas de limite absolue. Le droit pénal fiscal déroge sur ce point au droit pénal commun, selon lequel le montant maximum de l'amende est de 10 000 francs (art. 106, al. 1, CP).

A l'avenir, les cas graves de soustraction d'impôt, qui atteindront le niveau de l'escroquerie fiscale, seront sanctionnés par une peine privative de liberté ou une peine pécuniaire. Le code pénal limite les peines pécuniaires à 360 jours-amende à 3000 francs au plus, soit au maximum à 1 080 000 francs (art. 34 CP). Les peines pécuniaires et les peines privatives de liberté de six mois au minimum à deux ans au maximum doivent, en principe, être prononcées avec sursis (art. 42, al. 1, CP). Les peines avec sursis peuvent être cumulées à une peine pécuniaire sans sursis ou à une amende (art. 42, al. 4, CP). Cette amende complémentaire ne peut toutefois dépasser 20 % de la peine pécuniaire selon la jurisprudence du Tribunal fédéral. Des dérogations à cette règle ne sont possibles que dans le cas de sanctions faibles, afin d'éviter que la peine complémentaire n'ait qu'une simple valeur symbolique⁶⁸. Ces principes de la partie générale du code pénal sont applicables à défaut de disposition contraire dans la législation fiscale pénale.

Afin d'éviter que des formes graves de soustractions d'impôt, qui aujourd'hui peuvent être sanctionnées par des amendes élevées, ne soient à l'avenir réprimées «uniquement» par des peines pécuniaires dont le montant maximum est limité et qui, en outre, sont généralement prononcées avec sursis, le nouvel al. 2 prévoit que dans les cas d'escroquerie fiscale selon les al. 1 et 1^{bis}, il y a lieu de prononcer également une amende. Le montant de cette amende est fixé selon les dispositions de l'art. 175 LIFD et de l'art. 56 LHID. Il peut par conséquent se monter jusqu'à trois fois les impôts soustraits. Les infractions fiscales graves ne sont ainsi pas banalisées. Cela permet en outre d'éviter que celui qui soustrait un montant d'impôt en commettant une escroquerie fiscale, c'est-à-dire un délit ou un crime, ne soit sanctionné moins sévèrement que celui qui soustrait le même montant d'impôt sans tromper astucieusement le fisc ou sans utiliser des titres faux, et qui donc commettrait une infraction moins grave (contravention).

Al. 3 (LIFD) et al. 2^{bis} (LHID)

La possibilité d'une dénonciation spontanée non punissable est également étendue à la nouvelle escroquerie fiscale dans ses deux formes (délit et crime). C'est pourquoi l'art. 186, al. 3, LIFD et l'art. 59, al. 2^{bis}, LHID sont maintenus tels quels.

La dénonciation spontanée peut être le fait non seulement du contribuable, mais encore de quiconque a commis une soustraction d'impôt ou y a contribué ou y est impliqué en tant que participant. De plus – en complément au droit existant – la non-punissabilité s'applique logiquement aussi aux infractions commises à des fins d'escroquerie fiscale.

Al. 4

Etant donné que la soustraction d'impôt au sens de l'art. 175, al. 1, 1^{er} état de fait, LIFD et de l'art. 56, al. 1, 1^{er} état de fait, LHID est une infraction propre, cela doit valoir aussi pour les infractions qualifiées. L'auteur ne peut donc être que le contribuable lui-même. Les personnes physiques qui prennent part à l'escroquerie fiscale de quelque manière que ce soit (instigation, complicité- ou participation) ne possèdent pas, par définition, cette qualité propre et sont donc punissables en application des règles générales du CP. Selon le droit actuel, ces personnes répondent de l'impôt soustrait solidairement avec le contribuable. Or, il ne serait pas admissible de limiter la responsabilité solidaire à la soustraction d'impôt et, en cas d'infraction qualifiée,

⁶⁸ Cf. l'ATF 135 IV 188, consid. 3.4.4.

de faire peser l'intégralité du risque de perte fiscale sur la collectivité. Il est donc absolument indispensable et, qui plus est, parfaitement cohérent avec le droit actuel de prévoir une responsabilité solidaire également en cas d'infractions selon l'art. 186, al. 1 et 1^{bis}, AP-LIFD et l'art. 59, al. 1, let. a, et 1^{bis}, AP-LHID.

Modification du titre de l'art. 59 AP-LHID

L'art. 59, al. 1, AP-LHID inclut deux infractions distinctes. La let. a porte sur l'escroquerie fiscale, alors que la let. b vise le détournement de l'impôt à la source. Dans la LIFD, cette dernière infraction fait l'objet d'une disposition séparée (art. 187 LIFD). Afin de décrire plus précisément le contenu de l'art. 59 AP-LHID, il est proposé d'ajouter dans le titre «et détournement de l'impôt à la source». En français, l'expression «fraude fiscale» mentionnée dans le titre doit, en outre, être remplacée par «escroquerie fiscale», afin d'harmoniser le langage avec la LIFD, d'une part, et la fiscalité indirecte (art. 14 DPA) et le CP (art. 146 CP), d'autre part.

2.4.2.3 Personnes morales (art. 186a AP-LBA et art. 59a AP-LHID)

Relation entre les art. 186a et 186 AP-LIFD et entre les art. 59a et 59 AP-LHID

Les éléments constitutifs de l'escroquerie fiscale selon l'art. 186 AP-LIFD et l'art. 59 AP-LHID valent aussi lorsque l'infraction est commise au profit d'une personne morale. Etant donné qu'une personne morale ne peut pas se voir infliger une peine privative de liberté ou une peine pécuniaire, il est indispensable de prévoir une peine d'un autre genre que celles fixées à l'art. 186, al. 1 et 1^{bis}, AP-LIFD et à l'art. 59, al. 1 et 1^{bis}, AP-LHID. L'art. 186a AP-LIFD et l'art. 59a AP-LHID règlent cette question de la peine applicable aux personnes morales. Indépendamment de l'amende encourue, l'escroquerie fiscale commise au profit d'une personne morale est aussi constitutive soit d'un délit, soit d'un crime.

Personne morale en tant qu'auteur (al. 1)

Selon le droit actuel, la personne morale est un sujet de droit en matière pénale. Cela signifie, d'une part, qu'elle est elle-même punie d'une amende en cas de soustraction de son propre impôt et, d'autre part, qu'elle est aussi punissable en cas de participation à une soustraction d'impôt commise par un tiers (cf. l'art. 181 LIFD et l'art. 57 LHID). De plus, toujours en vertu du droit actuel, les organes ou les représentants de la personne morale peuvent aussi être appelés à répondre pénalement des infractions commises (cf. l'art. 181, al. 3, LIFD et l'art. 57, al. 1, LHID).

Le nouveau droit ne modifie pas la punissabilité de la personne morale (contribuable) en cas de soustraction de son propre impôt. L'al. 1 prévoit expressément cette punissabilité et fixe en outre l'autre genre de peine nécessaire pour les personnes morales. En cas d'infraction propre, les personnes physiques qui ont agi pour la personne morale (organes ou représentants) sont punissables en tant qu'auteurs, en application de l'art. 29 CP. L'art. 186a AP-LIFD et l'art. 59a AP-LHID règlent le genre de peine applicable spécifiquement aux personnes morales. Les suites pénales auxquelles s'exposent les personnes physiques sont celles de la norme pénale de base de l'art. 186 AP-LIFD ou de l'art. 59 AP-LHID.

Personne morale en tant que participante à l'infraction

Il peut aussi y avoir, dans l'exercice de l'activité d'une personne morale, participation à une escroquerie fiscale commise par une personne physique ou par une autre personne morale. Dans ce cas, les dispositions générales du CP relatives à la participation (art. 24 ss CP) sont applicables. Il en va de même en ce qui concerne les personnes physiques agissant pour la personne morale (organes et représentants). Les suites pénales auxquelles ces dernières s'exposent sont aussi celles de la norme pénale de base de l'art. 186 AP-LIFD ou de l'art. 59 AP-LHID.

Lorsqu'il y a, dans l'exercice de l'activité d'une personne morale, participation à une escroquerie fiscale, la personne morale répond solidairement de l'impôt soustrait en vertu de l'art. 186, al. 4, AP-LIFD et de l'art. 59, al. 4, AP-LHID. Il en va de même en ce qui concerne les personnes physiques agissant pour le compte de la personne morale (organes ou représentants).

Al. 2

Une dénonciation spontanée non punissable est également possible en cas d'escroquerie fiscale commise dans l'exercice de l'activité d'une personne morale. La non-punissabilité résultant d'une dénonciation spontanée est garantie dans l'art. 186a AP-LIFD et dans l'art. 59a AP-LHID par le renvoi à l'art. 181a LIFD et à l'art. 57b LHID respectivement.

2.4.2.4 Procédure

Procédure en cas de présomption d'escroquerie fiscale (art. 188 AP-LIFD et art. 61 AP-LHID)

Al. 1 et 2

Les états de fait constitutifs d'escroquerie fiscale (art. 186, al. 1 et 1^{bis}, AP-LIFD et art. 59, al. 1, let. a, et 1^{bis}, AP-LHID) reposent sur la soustraction d'impôt (art. 175 LIFD et art. 56 LHID), en ceci qu'ils prévoient divers éléments qualifiant cette infraction. Ils se situent donc dans un rapport de spécialité par rapport à la soustraction d'impôt. Dans ce contexte, c'est l'enquête menée par l'administration fiscale cantonale dans le cadre de la procédure pour soustraction d'impôt qui permettra de confirmer, ou non, si la présomption d'escroquerie fiscale est fondée, c'est-à-dire si les éléments qualifiant l'infraction sont présents. Dans la pratique, l'administration fiscale cantonale commencera généralement par ouvrir une procédure pour soustraction d'impôt et ce n'est qu'en cours d'investigation qu'elle découvrira d'éventuels indices d'une infraction plus grave.

Pour établir les faits, l'administration fiscale cantonale disposera – comme en droit actuel – (uniquement) des instruments de la procédure de taxation ordinaire (art. 182, al. 3, LIFD). Elle ne disposera notamment pas d'un accès aux informations bancaires et ne pourra pas non plus ordonner des mesures de contrainte. Elle pourra toutefois, si nécessaire, établir l'état de fait en collaboration avec l'AFC aux conditions des art. 190 ss LIFD (cf. ci-dessous).

Si, dans le cadre de la procédure de soustraction d'impôt, l'administration fiscale cantonale estime qu'une escroquerie fiscale a été commise, elle devra transmettre le dossier à l'autorité pénale compétente pour la poursuite de l'escroquerie fiscale.

Contrairement au droit actuel, elle ne pourra plus poursuivre en parallèle la soustraction d'impôt, étant donné qu'il n'existe pas de concours parfait entre la soustraction d'impôt et la nouvelle escroquerie fiscale en raison de la spécialité.

Le jugement de l'escroquerie fiscale relèvera de la compétence des autorités de poursuite pénale. Le fait que les délits fiscaux sont déjà aujourd'hui de leur ressort plaide en faveur de cette solution. Cela doit par conséquent être également le cas pour le nouveau délit fiscal (art. 186, al. 1, AP-LIFD et art. 59, al. 1, let. a, AP-LHID) et, à plus forte raison, pour le crime (art. 186, al. 1^{bis}, AP-LIFD et art. 59, al. 1^{bis}, AP-LHID). Avant de rendre leur jugement, les autorités de poursuite pénale pourront ordonner leurs propres mesures d'enquête complémentaires. La procédure devant les autorités pénales est régie par les dispositions pertinentes du CPP.

Les autorités de poursuite pénale sont aussi compétentes pour juger les personnes morales, de manière à garantir qu'une même affaire soit jugée par une seule et même autorité.

Les mêmes règles sont applicables en cas de détournement de l'impôt à la source. C'est pourquoi l'art. 188 AP-LIFD et l'art. 61 AP-LHID visent aussi bien la procédure en cas de présomption d'escroquerie fiscale que de détournement de l'impôt à la source (cf. le nouveau titre).

Al. 2^{bis} (LIFD) et 3 (LHID)

Avec la transmission des actes de la procédure, la compétence pour juger revient aux autorités de poursuite pénale. Cette compétence doit subsister même si les autorités en question ne qualifient pas les faits concernés de délit ou de crime. En d'autres termes, les autorités de poursuite pénale doivent dans de tels cas rester compétentes pour juger la soustraction d'impôt, ce qui se justifie par des raisons d'efficacité et d'économie de procédure. Un renvoi à l'administration cantonale des contributions n'est également pas raisonnable car on assisterait à la saisie de deux instances: d'abord celle de droit pénal, puis celle de droit administratif. Il pourrait en résulter d'importants retards dans la procédure. Il n'y aurait certes pas de risque de prescription, car celle-ci ne court plus après la première condamnation pénale ou après que l'administration cantonale des contributions a rendu sa décision d'amende (cf. l'art. 97, al. 3, CP et le message du 2 mars 2012 relatif à la loi fédérale sur l'adaptation de la LIFD et de la LHID aux dispositions générales du code pénal⁶⁹). Mais cela n'empêcherait pas que la procédure, de son ouverture à la décision finale, en passant par l'enquête, ne dure des années. Enfin, la solution proposée permet d'éviter les conflits de compétence.

Si les autorités fiscales cantonales rendent une décision d'amende pour soustraction d'impôt, alors que l'AFC estime qu'il y avait lieu de renvoyer l'affaire aux autorités de poursuite pénale pour escroquerie fiscale, l'AFC doit recourir contre la décision. Dans cette procédure, il s'agit non pas de se prononcer sur l'amende elle-même, mais de déterminer si c'est à tort ou à raison que les autorités fiscales cantonales n'ont pas transmis le dossier aux autorités de poursuite pénale. Si elles auraient dû le faire, la décision de l'instance de recours a valeur de décision de renvoi et la procédure est reprise par les autorités de poursuite pénale pour décision au fond.

69 FF 2012 2649

Al. 3 (LIFD)

Une référence aux crimes fiscaux est ajoutée.

Mesures spéciales d'enquête de l'AFC

Art. 190, al. 2, LIFD

Les infractions visées à l'art. 186, al. 1 et 1^{bis}, AP-LIFD constituent des soustractions d'impôt particulièrement graves. C'est pourquoi il doit être possible d'appliquer les mesures spéciales d'enquête de l'AFC également en cas de soupçon de telles infractions.

Art. 194, al. 2, AP-LIFD

Lorsque l'AFC estime qu'une escroquerie fiscale a été commise, que ce soit sous forme de délit ou de crime, elle doit dénoncer l'infraction à l'autorité de poursuite pénale compétente. Il n'y a par conséquent pas de changement par rapport au droit actuel (cf. les explications relatives à la procédure selon le droit en vigueur sous le ch. 1.2.4.2). Cela vaut également en cas de détournement de l'impôt à la source.

Communication de soupçons des intermédiaires financiers au bureau de communication

Le bureau de communication traite les communications de soupçons en relation avec les nouvelles infractions fiscales (concerne tous les crimes fiscaux constituant des infractions préalables au blanchiment d'argent) conformément au régime actuel de lutte contre le blanchiment d'argent. Cela signifie que s'il y a lieu de la transmettre à une autorité de poursuite pénale, la communication de soupçons est envoyée non pas à une autorité de poursuite pénale fiscale, mais au Ministère public cantonal ou au Ministère public de la Confédération.

2.4.2.5 Autres adaptations de la législation fiscale

Prescription de la poursuite pénale (art. 189, al. 1, AP-LIFD et art. 60, al. 1, AP-LHID)

La révision du code pénal relative à la prescription de l'action pénale entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2002 a entraîné, entre autres, une adaptation des dispositions sur la prescription figurant dans le droit pénal accessoire. Les dispositions pertinentes de la LHID et de la LIFD n'ont pas encore été formellement adaptées, le projet de loi du Conseil fédéral sur l'adaptation de la LIFD et de la LHID aux dispositions générales du code pénal n'ayant pas encore été traité au Parlement⁷⁰. Les dispositions de l'art. 333 CP sont applicables dans l'attente de ces adaptations.

Selon le droit actuel, la poursuite des délits fiscaux (art. 186 et 187 LIFD et art. 59 LHID) et de la soustraction d'impôt consommée (art. 175 LIFD et art. 56, al. 1,

⁷⁰ FF 2012 **2671**, cf. également le message du Conseil fédéral du 2 mars 2012 relatif à la loi fédérale sur l'adaptation de la LIFD et de la LHID aux dispositions générales du code pénal, FF 2012 **2649**.

LHID) se prescrit par quinze ans⁷¹, celle de la tentative de soustraction d'impôt (art. 176 LIFD et art. 56, al. 2, LHID) par huit ans⁷². Suite à l'entrée en vigueur de l'art. 333, al. 6, let. c, CP, il n'est plus possible d'interrompre la prescription de l'action pénale.

Selon le message du 2 mars 2012 relatif à la loi fédérale sur l'adaptation de la LIFD et de la LHID aux dispositions générales du code pénal⁷³, la poursuite pénale des délits fiscaux doit se prescrire par quinze ans, comme aujourd'hui (et non par sept ans, comme le prévoit le droit pénal général).

Quant à la poursuite des crimes, toujours selon le droit pénal général, elle se prescrit par quinze ans (art. 97, al. 1, let. c, CP). Les infractions selon l'art. 186, al. 1^{bis}, AP-LIFD et l'art. 59, al. 1^{bis}, AP-LHID constituent des crimes et rien ne justifierait de prévoir pour elles un délai de prescription plus long que pour les crimes relevant du droit pénal général. Cela doit logiquement valoir aussi pour l'escroquerie fiscale (art. 186a AP-LIFD et art. 59a AP-LHID), commise au profit d'une personne morale.

En conséquence, le même délai de prescription sera applicable s'agissant des crimes et délits fiscaux, soit quinze ans.

La formulation de l'art. 189, al. 1, AP-LIFD et de l'art. 60, al. 1, AP-LHID tient déjà compte du projet de loi fédérale sur l'adaptation de la LIFD et de la LHID aux dispositions générales du code pénal, sous réserve de l'ajout des crimes fiscaux. En outre, l'occasion est saisie pour harmoniser le texte de la version française de la LIFD et de la LHID.

Autres adaptations nécessaires (art. 120, al. 3, let. d, et 152, al. 2, AP-LIFD et art. 72p AP-LHID nouveau)

Une référence au crime est ajoutée à l'art. 120, al. 3, let. d, LIFD relatif à la prescription du droit de taxer ainsi qu'à l'art. 152, al. 2, LIFD portant sur la procédure de rappel d'impôt.

La LHID étant une loi-cadre, les cantons doivent adapter leur législation aux nouvelles dispositions prévues (art. 72p AP-LIFD). Il est nécessaire d'introduire un délai suffisant à cette fin.

2.4.3 Application des nouvelles dispositions relatives aux infractions préalables en matière fiscale

Les nouvelles dispositions relatives aux infractions préalables en matière fiscale ne seront applicables qu'aux faits survenus après leur entrée en vigueur. En conséquence, il ne peut y avoir une annonce au bureau de communication selon l'art. 9 LBA pour des infractions fiscales graves commises avant l'entrée en vigueur des nouvel-

⁷¹ Concernant l'usage de faux/le détournement de l'impôt à la source: art. 189, al. 1, LIFD et art. 60, al. 1, LHID en relation avec l'art. 333, al. 6, let. a, CP. Concernant la soustraction consommée: comme pour l'usage de faux (cf. l'ATF 134 IV 328); selon la loi, la prescription serait de 20 ans (art. 184, al. 1, let. b, LIFD et art. 58, al. 2, LHID en relation avec l'art. 333, al. 6, let. b, CP).

⁷² Art. 184, al. 1, LIFD et art. 58, al. 1, LHID en relation avec l'art. 333, al. 6, let. b, CP.

⁷³ FF 2012 2649

les dispositions, étant donné que la législation en vigueur jusque-là ne les considérait pas encore comme des crimes (pas de rétroactivité).

2.4.4 Entraide judiciaire internationale

Pour satisfaire aux exigences du GAFI en matière d'entraide judiciaire internationale relatives aux infractions préalables dans le domaine des impôts directs inscrites dans le nouveau droit (art. 186, al. 1^{bis}, AP-LIFD et art. 59, al. 1^{bis}, AP-LHID), l'art. 3, al. 3, EIMP doit être complété en fonction des nouvelles dispositions, comme il l'avait été dans la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière⁷⁴ en relation avec l'art. 14, al. 4, DPA.

2.5 Elargissement du champ d'application de la LBA: prescriptions sur le paiement en espèces lors d'opérations de vente

Titre de la LBA

Etant donné qu'il est proposé d'étendre la LBA pour couvrir des activités commerciales n'ayant rien à voir avec l'intermédiation financière en tant que telle, le titre doit être modifié en supprimant la mention «dans le secteur financier».

Art. 2, al. 1^{bis} (nouveau), AP-LBA

A l'avenir, la LBA s'appliquera non seulement aux intermédiaires financiers, comme jusqu'ici, mais encore aux personnes impliquées dans un contrat de vente, conformément au nouvel al. 1^{bis}. Il s'agit en premier lieu du vendeur et de l'acheteur, mais aussi – dans les ventes immobilières – de l'officier public et du bureau du registre foncier participant à la transaction. Toutefois, contrairement aux intermédiaires financiers, ces personnes ne sont pas soumises aux obligations de diligence et de clarification que prévoit la LBA. Elles ne doivent observer que les prescriptions sur le paiement en espèces lors d'opérations de vente arrêtées dans le nouveau chap. 1a.

Chapitre 1a AP-LBA (nouveau) Paiements lors d'opérations de vente

Art. 2b AP-LBA (nouveau) Ventes immobilières

Al. 1

Cette disposition traduit dans la loi la volonté exprimée dans les interventions parlementaires d'empêcher que de l'argent ne soit blanchi à la faveur d'opérations de vente immobilière. Il est certes inhabituel, de nos jours, que lors de la vente d'un bien immobilier une somme de plusieurs dizaines de milliers de francs soit versée en espèces. La plupart des contrats de vente immobilière sont d'ores et déjà exécutés au moyen d'un virement bancaire et le vendeur qui se verrait remettre 100 000 francs ou plus de la main à la main devrait se poser des questions sur l'origine de cet argent. La solution proposée règle donc formellement une pratique déjà largement

⁷⁴ RO 2009 361

consacrée par l'usage, en prévoyant que, lors de ventes immobilières, les paiements de plus de 100 000 francs ne pourront plus intervenir directement entre l'acheteur et le vendeur, mais devront obligatoirement passer par un intermédiaire financier soumis à la LBA. A charge ensuite de cet intermédiaire financier de remplir ses obligations légales de diligence et de clarification. Le flux financier proprement dit pourra être assuré de différentes manières: par le biais de la banque (ou d'un autre intermédiaire financier soumis à la LBA) de l'acheteur, de celle du vendeur ou des deux à la fois.

Cette réglementation simple permet de largement résoudre le problème du blanchiment d'argent dans le secteur immobilier, sans pour autant soumettre des branches entières – telles que celles des notaires ou des agents immobiliers, qui ne sont pas des intermédiaires financiers – aux obligations de diligence et de clarification et autres exigences découlant de la LBA, ce qui irait au demeurant à l'encontre du système. Une telle soumission serait en outre non seulement disproportionnée, mais encore inappropriée. L'activité régulière d'un agent immobilier, par exemple, consiste uniquement à mettre vendeurs et acheteurs en contact. Il n'exerce aucun contrôle sur le flux financier qui intervient ensuite entre les parties au contrat. En revanche, les intermédiaires financiers impliqués dans l'opération de vente n'y ont aucun intérêt propre et peuvent contrôler le flux financier. Ils sont par conséquent beaucoup mieux à même d'observer les obligations de diligence applicables en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

Le nouveau droit n'interdit pas entièrement le paiement en espèces, car une telle atteinte à la liberté économique ne se justifierait pas. La détermination du seuil au-dessous duquel le paiement en espèces reste possible est une question d'appréciation. Le nouveau droit propose de fixer ce seuil à 100 000 francs, en partant du principe qu'il existe souvent des raisons valables expliquant que l'on dispose d'un montant en espèces inférieur, et qu'il ne faut donc pas aussitôt conclure à du blanchiment d'argent. L'acheteur peut par exemple disposer d'une importante somme d'argent à la suite d'une donation en espèces de la part d'un membre de sa famille ou du remboursement d'un prêt.

Al. 2

Pour être valables, les contrats de vente immobilière doivent être passés en la forme authentique. De plus, le transfert de la propriété du bien immobilier doit faire l'objet d'une inscription au registre foncier. Ces exigences légales auxquelles l'opération de vente immobilière doit satisfaire permettent d'imposer et de contrôler le respect des modalités de paiement fixées à l'al. 1. Les parties à la vente immobilière sont en effet tenues de stipuler expressément dans le contrat de vente que le paiement de la part du prix de vente excédant 100 000 francs sera effectué par le biais d'un intermédiaire financier au sens de la LBA. L'officier public chargé de dresser le contrat de vente en la forme authentique doit alors vérifier que les parties en ont effectivement convenu ainsi, conformément à l'al. 1. Si ce n'est pas le cas, il doit attirer l'attention des parties sur cette obligation légale et refuser (provisoirement) de dresser l'acte authentique.

Al. 3

Une fois que le contrat de vente a été dressé en la forme authentique, que le paiement du prix de vente a été effectué (au moins en partie) et que l'inscription du

nouveau propriétaire au registre foncier a été requise, l'acte de disposition est réputé effectué. Aux fins de l'inscription au registre foncier, l'intermédiaire financier impliqué doit attester que le paiement du prix de vente a bien eu lieu par son biais, conformément à l'al. 1. S'il ne s'est agi que d'un paiement partiel, il doit également attester que le solde sera aussi payé conformément aux prescriptions légales. L'attestation originale de l'intermédiaire financier doit être remise au bureau du registre foncier lors de la réquisition d'inscription, avec les pièces justificatives accompagnant la réquisition selon l'art. 51 de l'ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (ORF)⁷⁵. La pièce justifiant du paiement doit prouver sans ambiguïté que les parties au contrat de vente sont respectivement l'assignant et l'assignataire du paiement. Si cette preuve n'est pas apportée, le bureau du registre foncier doit refuser l'inscription du nouveau propriétaire. Compte tenu du nouveau droit, l'art. 51 ORF devrait être complété et disposer qu'en sus des pièces justificatives qui y sont déjà indiquées, la personne qui présente la réquisition doit également fournir l'attestation visée à l'art. 2b, al. 3, AP-LBA.

Art. 2c AP-LBA (nouveau) Ventes mobilières

Al. 1

L'art. 2c AP-LBA prévoit, pour les ventes mobilières, une règle similaire à celle de l'art. 2b, si bien que les réflexions d'ordre général relatives à ce dernier valent aussi ici par analogie. En matière de ventes mobilières également, les gros paiements en espèces sont rares de nos jours et il paraît raisonnable, dans l'intérêt supérieur de la lutte contre le blanchiment d'argent, de prévoir qu'en cas de vente dépassant un certain montant, le paiement doit être effectué par le biais d'un intermédiaire financier. Etant donné que la plupart des transactions relevant du trafic des paiements se déroulent déjà par l'intermédiaire de banques ou au moyen de cartes de crédit – donc aussi par le biais d'un intermédiaire financier soumis à la LBA (cf. l'art. 2, al. 3, LBA) –, les nouvelles prescriptions n'entraîneront pas de changement fondamental des habitudes de paiement. En s'appliquant en principe à toutes les ventes mobilières, les dispositions de l'al. 1 tiennent compte du fait que le blanchiment d'argent peut toucher les opérations de vente dans n'importe quel domaine. Si l'on en limitait le champ d'application par exemple aux ventes de pierres précieuses et d'immeubles, le risque de blanchiment se reporterait sur les ventes d'objets d'art, de chevaux de course ou de voitures de luxe, qui ne sont guère moins exposées à ce risque. Cette application de la loi dans tous les domaines est cependant d'emblée atténuée par le fait que seuls sont concernés les contrats de vente de plus de 100 000 francs, autrement dit, en règle générale, le segment du grand luxe. Ce seuil est approprié dans la mesure où l'attrait d'une opération de vente en termes de blanchiment est directement proportionnel à l'importance de la somme qu'elle permet de blanchir. Les opérations de vente de la vie quotidienne ainsi que les ventes de biens de luxe (montres, bijoux ou voitures) jusqu'à 100 000 francs pourront donc continuer à faire l'objet de paiements en espèces.

Relevons que les opérations de vente réalisées en violation des prescriptions sur le paiement en espèces des art. 2b et 2c AP-LBA ne seront pas simplement nulles. Il serait en effet disproportionné, notamment en cas de violation non intentionnelle des prescriptions, d'annuler un contrat dont tous les éléments essentiels ont par ailleurs été valablement convenus entre les parties. Ce serait en outre d'autant moins appro-

⁷⁵ RS 211.432.1

prié que l'objet du contrat aurait pu être entre-temps vendu à un autre acquéreur et que les suites de l'annulation concerneraient alors aussi des tiers non impliqués. Enfin, pousser les suites juridiques de la violation jusqu'à l'annulation serait inutile, d'une part parce que la sévérité de la peine prévue à l'art. 38 AP-LBA et la possibilité d'une confiscation fondée sur l'art. 70 CP sont à même d'imposer le respect des prescriptions sur le paiement en espèces et, d'autre part, parce que le juge pourrait toujours, s'il apparaissait en cours de procédure qu'il y a effectivement eu blanchiment d'argent, déclarer le contrat nul en vertu de l'art. 20 CO.

Al. 2

La pratique pourrait néanmoins montrer que l'application de l'al. 1 à certaines catégories d'opérations de vente (selon l'objet de la vente ou la forme du contrat) est inappropriée. Le cas échéant, le Conseil fédéral doit avoir la possibilité de décider d'exceptions, sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi.

Art. 38 AP-LBA (nouveau) Violation des prescriptions sur le paiement en espèces lors d'opérations de vente

Le respect des prescriptions sur le paiement en espèces des nouveaux art. 2b et 2c AP-LBA doit être renforcé par une disposition pénale. C'est particulièrement important dans le cas des ventes mobilières, pour lesquelles – contrairement à ce qui prévaut pour les ventes immobilières avec leurs prescriptions de forme (cf. l'art. 2b AP-LBA) – l'acte de disposition du contrat de vente ne peut pas être empêché en cas de violation des prescriptions. Il ressort de la disposition pénale que l'infraction est un délit, ce qui permet, en vertu de l'art. 102 CP, de l'imputer également à une personne morale. Cela devrait être utile pour ce qui est des ventes immobilières, car on peut présumer que c'est dans ces ventes que des sociétés écrans sont utilisées à des fins de blanchiment d'argent. Parmi les instruments favorisant le respect de la LBA, il faut également signaler l'art. 70 CP, qui permet au juge de prononcer la confiscation des valeurs qui sont le résultat d'une infraction (ce qui est par définition le cas du blanchiment d'argent).

2.6 Adaptation de la LP (paiement en espèces lors de ventes aux enchères)

Art. 129, al. 1 et 2, AP-LP

L'avant-projet propose de supprimer l'obligation de payer comptant le prix d'adjudication de biens meubles et de donner au préposé aux poursuites la compétence de déterminer de quelle façon le paiement doit être effectué. Cela permettra aux acheteurs d'utiliser des moyens de paiement modernes, tels que cartes de débit ou de crédit. Il faut néanmoins s'attendre à ce que les paiements en espèces gardent une certaine importance, surtout si le prix d'adjudication est peu élevé. La possibilité d'effectuer le paiement d'une autre manière libérera cependant les acheteurs de l'obligation de porter sur eux de grosses sommes d'argent en numéraire.

L'al. 2 exclut le paiement en espèces de la part du prix d'adjudication excédant 100 000 francs, par exemple lors de la vente de voitures ou d'objets d'art. Le but est de prévenir les opérations de blanchiment d'argent. Il appartiendra au préposé aux poursuites de décider comment le paiement doit être effectué, par exemple par

virement bancaire. Il sera toutefois possible d'effectuer un paiement en espèces ou sans numéraire jusqu'à 100 000 francs au moment de l'adjudication et de payer le solde par virement à une date ultérieure.

Art. 136 AP-LP

Le risque de blanchiment est particulièrement important lors de la réalisation forcée d'immeubles. C'est pourquoi le nouveau droit propose également d'interdire les paiements en espèces dépassant 100 000 francs et d'obliger l'acheteur à payer la part du prix excédant ce montant par le biais d'un intermédiaire financier soumis à la LBA. Pour les acheteurs en Suisse, ce changement ne devrait guère poser de problèmes, car leurs avoirs liquides sont généralement déposés sur un compte auprès d'un établissement soumis à la LBA. De plus, la pratique actuelle consistant à payer au moyen d'un chèque bancaire sera maintenue. Les acheteurs étrangers supporteront par contre certaines charges supplémentaires, du fait qu'ils devront d'abord virer le montant du prix d'adjudication à un intermédiaire financier soumis à la LBA, qui le versera ensuite à l'office des poursuites.

2.7 Compétences du bureau de communication et efficacité du système de communication de soupçons

2.7.1 Amélioration de l'assistance administrative interne

Art. 29, al. 2, 2^{bis} et 2^{ter} (nouveaux) AP-LBA

Le projet de modification de la LBA mentionné au ch. 1.2.7 permettra au bureau de communication d'obtenir de la part des intermédiaires financiers des informations supplémentaires nécessaires à ses analyses. En outre, comme il sera en mesure de transmettre des informations financières à ses homologues étrangers, il pourra également en obtenir en retour, en vertu du principe de réciprocité. Ces modifications permettront d'améliorer les analyses du bureau de communication en lui donnant accès à plus d'informations, notamment financières.

Une autre source importante d'informations pour le bureau de communication est l'assistance administrative interne. Cette dernière est toutefois réglée de manière non uniforme dans différentes bases légales. Dans le cadre du présent avant-projet de mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI, il est par conséquent proposé de régler directement dans la LBA l'assistance administrative interne relative au bureau de communication en introduisant à l'art. 29 LBA de nouveaux alinéas.

Ces nouveautés instaurent une base légale explicite et suffisante pour l'assistance administrative interne en matière d'analyse préalable à la lutte contre le blanchiment d'argent, les infractions préalables au blanchiment d'argent, la criminalité organisée et le financement du terrorisme.

L'al. 2 régit de manière générale l'obligation de renseignement des autres autorités vis-à-vis du bureau de communication et des offices centraux de police criminelle de la Confédération⁷⁶. L'assistance administrative doit servir aux analyses des soupçons de blanchiment d'argent, d'infractions préalables au blanchiment d'argent, de criminalité organisée et de financement du terrorisme. Par conséquent, à la demande

⁷⁶ Les offices centraux de police criminelle de la Confédération soutiennent les analyses opérationnelles et les enquêtes de police judiciaire des autorités de poursuite pénale.

du bureau de communication et des offices centraux de police criminelle de la Confédération, les autorités citées doivent communiquer les données appropriées en leur possession, notamment les données sensibles et les profils de personnalité tels que les informations financières et celles collectées dans des procédures administratives ou pénales.

Les autorités visées sont toutes les autorités fédérales, cantonales et communales susceptibles de détenir des informations pertinentes pour les analyses du bureau de communication ou des offices centraux de police criminelle de la Confédération. Outre les autorités fiscales, il s'agit également des douanes, des registres fonciers, des contrôles des habitants, etc.

L'obtention de ces informations vise à renforcer et enrichir les analyses du bureau de communication, qui constituent sa tâche principale. Cette proposition s'inscrit par conséquent dans l'optique d'une optimisation des tâches du bureau de communication et, partant, d'une amélioration de l'efficacité du système de communication de soupçons. Ce n'est pas une conséquence directe de l'introduction d'infractions préalables au blanchiment d'argent en matière fiscale, même si les autorités fiscales font partie des autorités visées par cette nouvelle disposition.

Les al. 2^{bis} et 2^{ter} définissent l'assistance administrative du bureau de communication vis-à-vis de ces autorités au cas par cas, tant sur demande que de manière spontanée. Il faut préciser que l'assistance administrative en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, les infractions préalables au blanchiment d'argent, la criminalité organisée ou le financement du terrorisme est restreinte. Le contenu de l'al. 2^{bis} se réfère au nouvel art. 30, al. 4 et 5, LBA, qui est actuellement examiné par le Parlement (cf. le nouvel art. 30 LBA dans le message du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent; FF 2012 6484 ss). Un renvoi correspondant sera intégré à l'al. 2^{bis} à l'entrée en vigueur de cet article afin de souligner ce lien. En matière d'échange de renseignements avec le bureau de communication, les autorités suisses seront ainsi traitées comme les autorités étrangères, qui reçoivent les informations du bureau de communication suisse par l'intermédiaire des CRF étrangères. A l'avenir, les al. 4 et 5 de l'art. 30 LBA définiront les conditions concrètes de la transmission de renseignements à des autorités tierces, renseignements que le bureau de communication aura fournis à ses partenaires étrangers (CRF). Dès lors, les mêmes restrictions s'appliquent à l'assistance administrative interne du bureau de communication et aux CRF étrangères pour le traitement des renseignements et leur transmission éventuelle à des autorités partenaires nationales. De même, le transfert des renseignements par les autorités suisses à d'autres autorités nécessite l'accord préalable exprès du bureau de communication.

L'al. 2^{ter} transpose l'autorisation préalable expresse d'une CRF pour transmettre ses renseignements à une autorité tierce suisse. Cette exigence fait partie des principes centraux du Groupe Egmont et doit impérativement être respectée. Au demeurant, le bureau de communication la pose également aux CRF étrangères. Le présent al. 2^{ter} reflète dès lors l'art. 30, al. 1, let. d⁷⁷.

⁷⁷ Cf. le message du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent; FF 2012 6484 ss.

2.7.2

Modification du système de communication de soupçons

Art. 10, al. 1, AP-LBA Blocage des avoirs

Le présent avant-projet prévoit la mise sur pied d'un nouveau type de blocage. Il s'agit toujours d'un blocage automatique, de cinq jours, mais qui n'est plus déclenché par la seule communication de soupçons fondés de l'art. 9 LBA. Il diffère donc du blocage actuel prévu à l'art. 10 LBA en ce qui concerne le moment de sa mise en place.

L'avant-projet prévoit que l'élément déclencheur du blocage automatique est la décision interne du bureau de communication de transmettre le cas communiqué aux autorités de poursuite pénale. Cette mesure de blocage n'intervient ainsi qu'après une analyse approfondie du bureau de communication basée aussi sur des informations et documents supplémentaires que le bureau de communication peut obtenir. Elle s'applique si une communication en vertu de l'art. 9 LBA est transférée par ce dernier aux autorités de poursuite, autrement dit en cas de confirmation du soupçon de l'intermédiaire financier. Cette dissociation entre communication et blocage s'applique à toutes les communications effectuées au bureau de communication en vertu de l'art. 9 LBA.

Lors du traitement d'une communication, mis à part pendant l'analyse opérationnel des cas qui lui sont soumis, le bureau de communication contacte l'intermédiaire financier non seulement pour accuser réception de la communication de soupçon, mais aussi pour lui communiquer la suite qu'il donne à cette communication. Ce dernier contact deviendra décisif pour la mesure de blocage (cf. également les explications en relation avec l'art. 23, al. 5, AP-LBA ci-dessous).

Cette solution présente différents avantages. Tout d'abord, en dissociant la communication au bureau de communication du blocage automatique, le système suisse répond à une critique du GAFI. En effet, selon ce dernier, avec le blocage automatique, le client qui donne un ordre et ne le voit pas exécuté peut se douter que les autorités ont été informées à son sujet. Ce système prévu aux art. 9 et 10 LBA présente donc un risque de *tipping off*, que le nouveau système réduit considérablement. Ainsi, malgré la communication au bureau de communication, les opérations sur le(s) compte(s) concerné(s) continuent d'avoir lieu selon les ordres du client. Cela signifie donc qu'en principe, même des valeurs patrimoniales ayant fait l'objet de la communication peuvent être débitées selon les ordres du client. Cela permet l'exécution des paiements courants, tels celui des primes d'assurances, des impôts, du loyer ou de produits et services destinés à la vie quotidienne.

Un autre avantage est le fait que le bureau de communication ne sera pas soumis à la pression des cinq jours et pourra traiter les communications de manière encore plus approfondie. Il devra toutefois effectuer son analyse dans un délai raisonnable. Ce dernier dépendra des circonstances de chaque cas particulier, notamment des informations à disposition du bureau de communication. L'analyse pourra par exemple nécessiter plus de temps si le bureau de communication a besoin d'informations complémentaires détenues par une autorité homologue à l'étranger. En outre, les autorités de poursuite disposeront, elles aussi, de plus de temps pour prendre une décision concernant le cas transmis par le bureau de communication (ouverture d'une procédure et maintien ou non du blocage). En effet, à partir du moment où une communication en vertu de l'art. 9 LBA est transférée aux autorités de poursuite,

c'est le délai de cinq jours prévu à l'art. 10, al. 1, AP-LBA qui s'applique. Ce blocage s'applique aux valeurs communiquées en vertu de l'art. 9 LBA.

Art. 9a AP-LBA (nouveau) Opérations sur les valeurs patrimoniales annoncées (en relation avec les art. 10a et 11 AP-LBA)

a) *But de l'art. 9a AP-LBA*

Selon le nouveau système présenté ici, la communication au bureau de communication n'entraîne plus un blocage immédiat des valeurs patrimoniales communiquées (cf. le commentaire de l'art. 10, al. 1, LBA ci-dessus). Pour être efficace, le système de lutte contre le blanchiment d'argent doit toutefois fournir aux intermédiaires financiers des moyens visant à empêcher que les fonds en lien avec une communication qui est en train d'être analysée par le bureau de communication échappent à une éventuelle confiscation (cf. l'art. 305^{bis}, al. 1, CP), ou servent au financement du terrorisme. En effet, en l'absence de blocage pendant l'analyse effectuée par le bureau de communication à la suite d'une annonce en vertu de l'art. 9 LBA, les opérations sur le compte continuent à avoir lieu. Le nouvel art. 9a AP-LBA prévoit la mise en place pour les intermédiaires financiers d'un mécanisme visant à faire face à ces situations.

Bien que le client ne doive en aucun cas être mis au courant de la communication au bureau de communication (cf. l'art. 10a LBA mettant en œuvre l'interdiction d'avertir le client (*tipping off*) prévue par la recommandation 21 du GAFI), il n'est pas exclu qu'il puisse se douter qu'une communication a été effectuée, notamment dans les nombreux cas où les soupçons naissent à partir d'articles de presse. Cela pourrait amener le client à tenter de soustraire ses fonds à une éventuelle confiscation par les autorités pénales.

b) *Exécution des ordres de clients selon l'art. 9a, al. 1, AP-LBA*

Etant donné que la non-exécution de l'ordre d'un client implique un risque de *tipping off*, l'intermédiaire financier exécutera généralement les ordres de clients portant sur des montants visiblement destinés à des paiements courants. Ainsi, l'art. 9a, al. 1, AP-LBA, permet par exemple à l'intermédiaire financier d'effectuer, sur ordre du client, le paiement des primes d'assurances, des impôts, de loyers ou de produits et services destinés à la vie quotidienne.

c) *Transactions visées à l'art. 9a, al. 2, AP-LBA*

La non-exécution des ordres de clients interviendra dans les circonstances exceptionnelles prévues à l'art. 9a, al. 2, AP-LBA. Selon cette disposition, concernant les cas qui sont en cours d'analyse au bureau de communication, si l'intermédiaire financier se trouve face à une demande de transfert de fonds de la part du client, par laquelle celui-ci cherche à entraver la confiscation ou à financer le terrorisme, il n'exécute pas l'ordre et avertit immédiatement le bureau de communication.

La décision d'avertir le bureau de communication et, partant, de suspendre la transaction, est du ressort de l'intermédiaire financier. Ce dernier doit accorder une attention toute particulière aux ordres de transfert donnés par le client concerné par une communication en cours d'analyse. Etant donné qu'une communication en vertu de l'art. 9 LBA est en cours de traitement, l'intermédiaire financier se trouve dans un cas d'application de l'art. 6, al. 2, LBA et est obligé de demander des clarifications supplémentaires afin de comprendre le but visé par la transaction en question.

Pour ce faire, ses recherches ne doivent pas se limiter à son client mais doivent aussi porter sur le destinataire des fonds. Cette attention particulière comprend aussi la surveillance des avoirs du client sur la base de critères cumulant les transactions pour éviter une diminution par petites tranches des valeurs patrimoniales communiquées en vertu de l'art. 9 LBA.

L'exception de l'art. 9a AP-LBA prévoit deux cas dans lesquels l'intermédiaire financier ne doit pas exécuter les ordres de son client portant sur des valeurs patrimoniales communiquées au bureau de communication. Ces cas sont mentionnés à l'al. 2, let. a et b. Tandis que la let. a se rapporte à des ordres susceptibles d'entraver la confiscation des valeurs communiquées, la let. b porte sur l'utilisation de ces valeurs pour financer le terrorisme:

- On est en présence d'ordres de clients pouvant viser à *entraver la confiscation* des valeurs patrimoniales communiquées, au sens de l'art. 9a, al. 2, let. a, en particulier lorsque, sur la base d'articles de presse ainsi que d'après l'ampleur et le moment où des ordres de paiement sont donnés, l'intermédiaire financier estime que le client sait ou peut présumer que les autorités prendront des mesures pouvant conduire à la confiscation. Il en va de même si le client donne l'ordre de transférer à l'étranger une grande partie des valeurs patrimoniales confiées, en particulier dans des juridictions non coopératives en matière d'entraide judiciaire internationale;
- On est en présence d'ordres de clients pouvant viser à *financer le terrorisme*, au sens de l'art. 9a, al. 2, let. b, par exemple si des valeurs patrimoniales doivent être transférées à des destinataires soupçonnés de lien avec le terrorisme ou dans des régions du monde connues pour l'activité des réseaux terroristes. Il en va de même si l'ordre de paiement est destiné à une institution caritative soupçonnée de contribuer au soutien de réseaux terroristes. En revanche, le paiement d'impôts, de loyers ou d'autres paiements courants effectués en Suisse n'entreraient pas dans cette catégorie. Rappelons que pour déterminer s'il s'agit de financement du terrorisme, l'origine des valeurs patrimoniales n'est pas pertinente. Le fait qu'elles soient de provenance légale ou illégale n'est pas une condition à cette qualification. Si des valeurs patrimoniales, non seulement paraissent destinées au financement du terrorisme, mais en outre semblent être d'origine criminelle, les transactions devront être suspendues sur la base des deux cas prévus à l'art. 9a, al. 2, AP-LBA.

L'article 9a AP-LBA est également applicable en cas de transfert de fonds vers un autre intermédiaire financier en Suisse. L'intermédiaire financier qui a fait une communication de soupçons au bureau de communication doit donc se concentrer sur le but visé par la demande de transfert de fonds du client. Dans les cas où un intermédiaire financier, qui a fait une communication au bureau de communication en vertu de l'art. 9 LBA, découvre, après le transfert des fonds vers un autre intermédiaire financier en Suisse, que les conditions de l'art. 9a AP-LBA seraient remplies, il informe ce dernier en vertu de l'art. 10a, al. 2, LBA.

d) *Suspension de la transaction selon l'art. 9a, al. 3, AP-LBA*

L'intermédiaire financier qui se trouve dans un cas d'application de l'art. 9a, al. 2, AP-LBA suspend la transaction pendant un délai de cinq jours à partir du moment où il a averti le bureau de communication au sujet de l'ordre du client. Le bureau de

communication analyse cet ordre et communique le résultat à l'intermédiaire financier. Si, au terme de son analyse, le bureau de communication décide que la communication en vertu de l'art. 9 LBA doit être transmise aux autorités de poursuite pénale, le blocage prévu à l'art. 10, al. 1, AP-LBA s'applique alors (cf. les explications ci-dessus). Ce blocage englobe tous les éléments patrimoniaux qui font l'objet de cette communication et donc également les paiements suspendus en vertu de l'art. 9a, al. 3. L'intermédiaire financier doit exécuter l'ordre concerné si le bureau de communication lui indique qu'il n'est pas problématique ou s'il ne l'informe pas des résultats de son analyse dans le délai de cinq jours. Le bureau de communication peut laisser le délai expirer s'il estime qu'un blocage de toutes les valeurs patrimoniales est malvenu ou contreproductif en raison du risque connexe d'avertir le client (*tipping off*) ou pour d'autres raisons tactiques.

On rappellera que, selon ce nouveau système, une communication sur la base de l'art. 9 LBA n'entraîne pas de blocage des valeurs patrimoniales. La suspension des transactions en vertu de l'art. 9a AP-LBA intervient en principe dans un deuxième temps. Cette dernière disposition ne peut donc s'appliquer de manière indépendante. Elle suppose l'application préalable de l'art. 9 LBA.

Il peut toutefois aussi arriver que cette mesure de suspension en vertu de l'art. 9a, al. 2, AP-LBA soit prise en même temps que la communication principale de l'art. 9 LBA. Ce peut être le cas lorsque les soupçons de blanchiment de l'intermédiaire financier sont nés à la suite d'une demande de transfert de fonds de la part du client. Dans de telles situations, la communication principale et celle visant une transaction particulière sont envoyées simultanément.

Si pendant le délai de suspension de cinq jours à partir de la première transaction non effectuée, d'autres ordres du client entrant aussi dans le champ d'application de l'art. 9a, al. 2, AP-LBA sont reçus, l'intermédiaire financier devra à nouveau avertir le bureau de communication et procéder à une suspension de ces ordres en vertu de l'art. 9a, al. 3, AP-LBA.

Le nouvel art. 11, al. 1, AP-LBA prévoit pour les communications de soupçons et les suspensions de transactions en vertu de l'art. 9a AP-LBA une exonération de responsabilité civile et pénale analogue à celle prévue pour la communication de soupçons en vertu de l'art. 9 LBA.

Ce nouveau système renforce la place octroyée aux intermédiaires financiers dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme tout en leur accordant une certaine souplesse dans la poursuite des relations d'affaires.

Art. 23, al. 5, AP-LBA Information par le bureau de communication sur la suite donnée à la communication de soupçons

Le nouvel al. 5 (cf. aussi l'al. 3 de l'art. 9a AP-LBA) entérine la pratique actuelle du bureau de communication, qui veut qu'il informe l'intermédiaire financier sur la transmission ou non de la communication de soupçons aux autorités de poursuite pénale. En cas de transmission, il indique également à l'intermédiaire financier à quel ministère public le cas est déféré. L'information sur le transfert du cas aux autorités de poursuite pénale est particulièrement importante en relation avec le blocage des avoirs prévu par l'art. 10, al. 1, AP-LBA, qui dispose que l'intermédiaire financier doit procéder au blocage dès que le cas est transféré. C'est pourquoi le bureau de communication doit informer l'intermédiaire financier de la

suite donnée à son analyse. En cas de transfert, il l'informe également de la durée du blocage légal dans le cas concerné.

Art. 34, al. 3, AP-LBA

En raison de la nouvelle réglementation du système de communication, il y a lieu d'adapter la dérogation – déjà prévue dans le droit actuel – au droit d'accès des personnes concernées au sens de l'art. 8 LPD. Ainsi, ce droit d'accès sera exclu non seulement pendant la durée du blocage des avoirs visé à l'art. 10, al. 1 et 2, comme c'est le cas actuellement, mais encore dès le moment où un soupçon sera communiqué conformément à l'art. 9, al. 1, jusqu'à celui où le bureau de communication informera l'intermédiaire financier conformément à l'art. 23, al. 5, AP-LBA. Pendant ce laps de temps, durant lequel le bureau de communication procède à l'analyse des soupçons, les intérêts de l'enquête, de même que l'intérêt au maintien du secret, priment l'éventuel intérêt des personnes concernées à être renseignées.

Abrogation du droit d'annonce prévu par l'art. 305^{ter}, al. 2, CP

L'actuel art. 305^{ter}, al. 2, CP est entré en vigueur en 1994, soit quatre ans avant la LBA. A l'époque, le souci du législateur était de donner la possibilité à un intermédiaire financier de communiquer aux autorités de poursuite les cas de clients qu'il soupçonnait d'activités criminelles, sans pour autant faire lui-même l'objet de poursuites pour violation du secret professionnel⁷⁸. Il s'agit de la première disposition en droit suisse qui a permis aux intermédiaires financiers de communiquer aux autorités les soupçons de blanchiment. Cette disposition institue donc un droit de communiquer des soupçons. A l'époque, le Conseil fédéral ne souhaitait pas introduire une obligation de communiquer dans le code pénal car la LBA, qui allait instaurer cette obligation, était en préparation. La pratique a défini le soupçon de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP comme étant un «soupçon simple».

Tels que prévus à l'origine par le législateur, les art. 305^{ter}, al. 2, CP et 9 LBA se complètent dans le sens de la croissance du soupçon. Ils constituent une suite logique dans la construction de ce dernier. Le soupçon peut en effet aller du simple malaise à poursuivre la relation d'affaires – pour le cas de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP – au soupçon fondé s'agissant de l'art. 9 LBA.

Dans la mesure où le soupçon est une opinion personnelle et subjective, il est toutefois impossible de définir des critères applicables de manière uniforme à chaque situation. Cette nature relative du critère de soupçon conduit à des appréciations différentes en fonction des intermédiaires financiers. En effet, ce qui constitue un simple soupçon pour un intermédiaire financier peut s'avérer tout à fait fondé pour un autre. Par ailleurs, l'analyse d'un échantillon des communications reçues par le bureau de communication au cours des deux dernières années fait apparaître que l'art. 9 LBA est parfois utilisé pour communiquer des soupçons simples et que l'art. 305^{ter}, al. 2, CP est parfois utilisé pour communiquer des soupçons fondés.

En vertu de l'obligation de communiquer énoncée à l'art. 9 LBA, l'intermédiaire financier doit informer le bureau de communication en cas de soupçons fondés. La notion juridique de «soupçons fondés» est imprécise et ne doit pas être interprétée de manière trop restrictive; en clair, les obstacles en la matière ne doivent pas être trop

⁷⁸ Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire du 30 juin 1993, FF 1993 III 269, p. 315.

élevés. Le législateur n'entendait pas instaurer une obligation de communiquer uniquement en cas de connaissances concrètes. Selon l'interprétation du bureau de communication⁷⁹, il s'agit bien plus de transmettre une communication au sens de l'art. 9 LBA si, selon diverses indications, selon l'obligation particulière de clarification prévue à l'art. 6 LBA et selon les indices qui en résultent, l'origine criminelle des valeurs patrimoniales est présumée ou, du moins, ne saurait être exclue. Cette interprétation est renforcée par le fait que la révision de l'art. 11, al. 1, LBA intervenue en 2009⁸⁰ a modifié les conditions d'exclusion de la responsabilité pénale et civile en ce sens que l'intermédiaire financier ne doit plus agir «selon la diligence requise par les circonstances» mais uniquement «de bonne foi» lors d'une communication. Ces conditions sont dès lors moins restrictives.

L'autre différence entre les art. 305^{ter}, al. 2, CP et 9 LBA concerne les conséquences des communications. Ainsi, les communications en vertu de l'art. 9 LBA entraînent un blocage automatique selon l'art. 10 LBA, contrairement à celles effectuées en vertu de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP. Théoriquement, cette différence pourrait se justifier par la gradation du soupçon. Elle est toutefois difficile à justifier dans la pratique. En effet, non seulement le soupçon est interprété de manière très différente d'un intermédiaire financier à l'autre, mais la plupart des intermédiaires financiers effectuent aussi un blocage interne lors des communications selon l'art. 305^{ter}, al. 2, CP⁸¹.

Par ailleurs, la suppression du blocage automatique des avoirs, proposée par cet avant-projet, rend superflue la coexistence de l'art. 9 LBA et de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP. En outre, le nouvel art. 9a AP-LBA doit s'appliquer à toutes les situations de communications. Dans ce sens, une concentration des bases légales fondant les communications de soupçons est conforme à la logique et à la systématique législatives (cf. aussi le ch. 1.2.7.1). Enfin, la coexistence du droit et de l'obligation de communiquer a fait l'objet de critiques du GAFI. Ce dernier a recommandé à la Suisse de fusionner ces deux concepts⁸².

Pour ces raisons, le présent avant-projet prévoit de supprimer le droit d'annonce.

L'abrogation de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP entraîne également une modification des art. 10a, al. 1, et 11, al. 2, LBA (suppression de la référence au droit d'annonce dans ces dispositions).

⁷⁹ Cf. le préambule du rapport annuel 2007 du bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS): <http://www.fedpol.admin.ch/content/fedpol/fin/home/themen/kriminalitaet/geldwaescherei/jahresberichte.html>

⁸⁰ Formulation selon le ch. I 4 de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, en vigueur depuis le 1^{er} février 2009 (RO 2009 361; FF 2007 5919).

⁸¹ A ce sujet cf. le préambule du rapport annuel 2010 du bureau de communication: http://www.fedpol.admin.ch/content/dam/data/kriminalitaet/geldwaescherei/jahresbericht_e/jb-mros-2010-f.pdf

⁸² Cf. le «Rapport d'évaluation mutuelle (rapport de suivi) – Suisse» du 27 octobre 2009, p. 22 (<http://www.fatf-ga-fi.org/media/fatf/documents/reports/mer/mer%20switzerland%20rapport%20de%20suivi.pdf>).

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Les présentes propositions relatives à la mise en œuvre des normes du GAFI dans le droit national consistent principalement en une importante extension des obligations de diligence et de communication et des intermédiaires financiers, ainsi qu'en l'obligation de recourir à leurs services pour effectuer les paiements liés à certaines opérations de vente. Cette importante extension des activités de contrôle des intermédiaires financiers, notamment en ce qui concerne les infractions préalables en matière fiscale, pourrait se traduire par une augmentation du nombre de communications de soupçons adressées au bureau de communication. De plus, outre ce volume accru des communications, le nouveau droit implique que le bureau de communication assume des tâches et des compétences élargies, voire nouvelles, visant à augmenter l'efficacité de ses analyses destinées aux autorités de poursuite pénale (élargissement de l'assistance administrative interne, analyse stratégique et modification du système de communication).

L'avant-projet de loi aura par conséquent des répercussions sur le personnel de la Confédération. Les besoins en ressources supplémentaires mentionnés ci-après ne constituent qu'une première estimation. Ces besoins seront encore précisés dans le cadre de l'avancement des travaux.

Pour maîtriser le volume accru des communications et, partant, des analyses, le bureau de communication aura besoin de ressources supplémentaires en personnel se chiffrant à environ dix postes de travail. S'y ajoutent les moyens matériels requis pour l'exploitation, notamment de l'infrastructure informatique, et pour la formation du nouveau personnel. Des ressources analogues, dont l'ampleur est actuellement difficilement évaluable, doivent également être accordées à la Police judiciaire fédérale en vue du soutien des enquêtes du Ministère public de la Confédération. Celui-ci fera valoir ses besoins directement auprès du Parlement, dans le cadre de son propre processus budgétaire.

La surveillance du respect par les intermédiaires financiers des obligations liées à l'introduction de l'infraction préalable en matière fiscale nécessitera probablement des ressources additionnelles en termes de personnel. Toutefois, la FINMA étant une institution de droit public indépendante entièrement financée par les taxes de surveillance et les émoluments, il n'y aura pas de conséquences financières directes pour la Confédération.

Les exigences accrues d'administration des preuves découlant des nouvelles infractions d'escroquerie fiscale auront elles aussi des répercussions sur le personnel de la Confédération. Actuellement, les cantons ouvrent quelque 6000 procédures pour soustraction d'impôt par an. Avec le nouveau droit, une part non négligeable de ces cas pourraient tomber sous le coup des nouvelles dispositions relatives à l'escroquerie fiscale. La nécessité de mener des enquêtes pénales, assurées par l'AFC au profit des cantons, pourrait donc augmenter. Comptant 20 collaborateurs, la division Affaires pénales et enquêtes (DAPE) – compétente pour ces enquêtes – conduit chaque année environ 40 à 50 procédures pénales relatives à l'impôt direct contre des personnes physiques ou morales. Compte tenu de ces chiffres, on estime que la DAPE devra accroître son effectif d'environ dix personnes. Il en résultera donc une augmentation des charges de personnel. Enfin, il faut tenir compte égale-

ment des dépenses et des investissements requis par la formation de ces personnes et par l'infrastructure nécessaire à l'exécution de leur travail.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Les autorités fiscales cantonales chargées de l'exécution de l'impôt fédéral direct conduisent déjà les procédures pour soustraction d'impôt. Or, étant donné que les changements prévus portent principalement sur la gravité des infractions, on ne s'attend pas à une augmentation marquée du nombre de procédures. En droit actuel, dans certains cas de soustraction d'impôt, une procédure pour usage de faux est en outre menée par des tribunaux pénaux. La disparition de cette procédure n'aura pas de conséquences pour l'administration cantonale des contributions, car en droit actuel ces cas sont déjà également jugés dans le cadre de la procédure pour soustraction d'impôt, en raison du concours parfait entre soustraction d'impôt et usage de faux. Toutes ces raisons font qu'il ne devrait pas y avoir de conséquences pour les administrations cantonales et communales des contributions, du moins en ce qui concerne leur effectif.

S'agissant des autorités de poursuite pénale, le nouveau droit pourrait entraîner des changements. C'est un fait que l'on n'ouvre aujourd'hui que peu de procédures pour usage de faux. Or, selon le nouveau droit, tous les cas graves, qui sont actuellement sanctionnés par une amende, seront transférés aux autorités de poursuite pénale, ce qui pourrait se traduire par une augmentation de la charge de travail des autorités cantonales compétentes. Il n'est pas possible, à ce stade, d'en estimer les répercussions sur leur effectif.

3.3 Conséquences économiques

Conversion d'actions au porteur en actions nominatives

La conversion d'actions au porteur en actions nominatives présuppose une modification des statuts de la société. Or, la modification des statuts en la forme authentique ainsi que l'inscription du nouveau genre d'actions au registre du commerce occasionnent des coûts. Il s'agit cependant de coûts uniques.

Obligation d'annoncer à la société selon le CO

L'obligation d'annoncer incombant aux détenteurs d'actions au porteur ainsi que l'obligation d'annoncer les ayants droit économiques des actions ou des parts sociales imposent à la société des charges administratives (tenue de la liste, contrôle du respect de l'obligation d'annoncer) et, par conséquent, des coûts. L'importance de ces coûts devrait dépendre de la taille, de la structure et de l'organisation de la société.

Délégation de l'obligation d'annoncer selon le CO auprès d'un intermédiaire financier

Avec la mise en place d'un système d'annonce auprès d'un intermédiaire financier, certains établissements pourraient développer leur offre en la matière et optimiser ainsi l'exploitation de l'infrastructure et du savoir-faire dont ils disposent déjà.

Quant à la société, la délégation devrait lui permettre d'économiser les coûts d'un système d'annonce propre. L'importance de ces économies devrait dépendre de la taille, de la structure et de l'organisation de la société.

Infractions préalables au blanchiment d'argent en matière fiscale

L'introduction d'une nouvelle infraction préalable dans la fiscalité directe et l'extension de l'art. 14, al. 4, DPA pourraient entraîner des coûts supplémentaires pour les intermédiaires financiers en termes d'obligations de diligence, coûts qu'il est toutefois difficile de chiffrer.

Prescriptions sur le paiement en espèces lors d'opérations de vente

Le nouveau droit prévoit l'obligation, en cas de vente dépassant un certain montant, d'effectuer le paiement par le biais d'un intermédiaire financier. Cette obligation offre un double avantage: d'une part, elle garantit le respect des normes du GAFI et, d'autre part, elle accroît la transparence et la sécurité du trafic des paiements. En contrepartie, elle présente l'inconvénient d'occasionner une certaine charge de travail et d'éventuels frais de transaction aux parties au contrat. Toutefois, cet inconvénient est négligeable par rapport aux avantages, surtout si l'on considère que les paiements dépassant le seuil prévu sont généralement déjà effectués par virement bancaire. Il n'est pas possible, à ce stade, d'estimer avec précision la charge de travail et les frais découlant de cette obligation.

4 Relation avec le programme de la législation

Le projet a été annoncé dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législation 2011 à 2015⁸³.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et légalité

Les modifications proposées des différentes lois reposent sur les mêmes articles de la Constitution que ceux sur lesquels se fondent déjà les lois en question. Dans la mesure où le chapitre 1a de l'avant-projet de révision de la LBA vise des opérations de vente effectuées à titre non commercial, ce dernier repose sur l'art. 122 de la Constitution⁸⁴.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

La Suisse participe activement aux efforts déployés par la communauté internationale pour lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Elle est notamment membre fondateur du GAFI, dont les recommandations révisées constituent les nouveaux standards internationaux en la matière. Bien que les recomman-

⁸³ FF 2012 349, p. 479

⁸⁴ RS 101

dations du GAFI n'aient pas la même valeur juridique contraignante qu'une convention internationale ratifiée par un Etat, tout Etat qui les approuve prend l'engagement politique de les mettre en œuvre dans son ordre juridique. A cet égard, le GAFI reconnaît que les Etats sont dotés de systèmes juridiques et financiers divers, et qu'en conséquence, tous ne peuvent pas prendre de mesures identiques afin de réaliser l'objectif commun. Les recommandations établissent par conséquent des normes minimales qui requièrent l'adoption par les pays de mesures de mise en œuvre précises, en fonction de leurs circonstances particulières et de leurs cadres constitutionnels. Les recommandations du GAFI ont également été mises en œuvre par des Etats non membres et ont été reconnues par le Fonds monétaire international et la Banque mondiale comme les normes internationales en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

La Suisse a, comme les autres Etats membres du GAFI, approuvé les recommandations révisées. Elle est par conséquent tenue de les mettre en œuvre en droit interne afin de respecter ses obligations internationales. Cette mise en œuvre devrait être atteinte par l'intermédiaire de cet avant-projet. Le GAFI évaluera la conformité de la législation suisse avec ses recommandations dans le cadre de l'examen correspondant.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le projet est de nature purement législative. En effet, l'art. 164, al. 1, let. a, Cst., précise que toutes les dispositions qui fixent des règles de droit sont obligatoirement édictées sous la forme d'une loi fédérale.

5.4 Frein aux dépenses

Le projet de loi n'implique pas de dépenses qui seraient assujetties au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b, Cst.).

5.5 Conformité à la loi sur les subventions

Le projet de loi ne prévoit pas d'aides financières ni de subventions.

5.6 Délégation de compétences législatives

Prescriptions sur le paiement en espèces lors d'opérations de vente

L'art. 2c (Paiement en espèces lors d'une vente mobilière), al. 2, AP-LBA autorise le Conseil fédéral à régler les exceptions. Il s'agit en l'occurrence simplement d'un mandat de légiférer qui habilite le Conseil fédéral à édicter des dispositions d'exécution par voie d'ordonnance, et non d'une délégation législative en vue de l'adoption d'une ordonnance supplétive. Il n'est donc pas nécessaire de motiver ce mandat de légiférer.