

Herausgeber:

P. Nobel (Vorsitz) • M. Amstutz • J.-L. Chenux • H. C. von der Crone
S. Emmenegger • M. Giovanoli • C. Huguenin • A. von Planta
H. Peter • R. Sethe • W. A. Stoffel • L. Thévenoz • R. H. Weber

Schriftleiterin:

Charlotte M. Baer

1/13

Leitartikel/Articles de fond*Peter Böckli*

Aktionärsausschuss: Strohfeuer in einer Sackgasse

*Luc Thévenoz/Christian Bovet*Trois contributions de la « Journée de droit bancaire et financier »
Drei Beiträge des « Journée de droit bancaire et financier »*Ursula Cassani*L'infraction fiscale comme crime sous-jacent
au blanchiment d'argent: considérations *de lege ferenda**Christian Bovet/Fabien Liégeois*

Cross-Border Tax Administrative Assistance: "For The Times They Are a-Changin'"

*Gabriel Aubert*La communication aux autorités américaines, par des banques,
de données personnelles sur leurs employés: aspects de droit du travail*Erdem Büyüksagis*New perspectives on misuse of market power: How should the effects-based
approach complement the existing normative solution?**Europareport***Thomas Lübbig/Christian Pitschas/Miriam le Bell***Länderbericht***Klaus J. Hopt/Christoph Kumpan*

69. Deutscher Juristentag 2012 in München: Abteilung Wirtschaftsrecht

Zusammenfassung der Rechtsprechung/Resumé de la jurisprudence*Stefan Oesterhelt*

Steuerrechtliche Entwicklungen (insbesondere im Jahr 2012)

Bemerkungen zur Rechtsprechung

Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht

Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_127/2012 und 4A_141/2012
vom 30. Oktober 2012Mit Bemerkungen von *Natalia Neuman* und *Hans Caspar von der Crone***Autorenverzeichnis/Liste des auteurs**

Impressum

Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht/SZW

Revue suisse de droit des affaires et du marché financier/RSDA
Swiss Review of Business and Financial Market Law

85. Jahrgang Nr. 1 Februar 2013

Herausgeberkollegium:

Prof. Dr. P. Nobel (Vorsitz), Prof. Dr. M. Amstutz,
Prof. Dr. J.-L. Chenaux, Prof. Dr. H. C. von der Crone,
Prof. Dr. S. Emmenegger, Prof. Dr. M. Giovanoli,
Prof. Dr. C. Huguenin, Dr. A. von Planta, Prof. Dr. H. Peter,
Prof. Dr. R. Sethe, Prof. Dr. W. A. Stoffel,
Prof. Dr. L. Thévenoz, Prof. Dr. R. H. Weber,

Vorsitzender des Herausgeberkollegiums:

Prof. Dr. P. Nobel, Dufourstrasse 29, 8008 Zürich
Tel. 044/269 77 77

Schriftleitung:

Lic. iur. Charlotte M. Baer, Nobel & Hug,
Dufourstrasse 29, 8008 Zürich, Tel. 044/269 77 77
E-Mail: charlotte.baer@nobel-hug.ch

Gesellschaftsrechtliche Korrespondenten im Ausland:

Belgien	Prof. P. van Ommeslaghe (Bruxelles)
Dänemark	Prof. B. Gomard (Kopenhagen)
Deutschland	Prof. M. Lutter (Bonn)
England	Prof. A. J. Boyle (London)
Niederlande	Prof. J. M. M. Maeijer (Nijmegen)
Österreich	Prof. H. G. Koppensteiner (Salzburg)
USA	Prof. R. Buxbaum (Berkeley)

Bankenrechtliche Korrespondenten im Ausland:

Belgien	Prof. Robert Austin (Sydney)
Deutschland	Prof. Klaus J. Hopt (Hamburg)
Frankreich	Francis Meyrier (Paris)
Grossbritannien	Prof. Ross Cranston (London)
Italien	Prof. Fabrizio Mameri (Roma)
Japan	Prof. Hideki Kanda (Tokyo)
Liechtenstein	Dr. Georges Baur (Vaduz)
Luxemburg	Claude Marx (Luxembourg)
Österreich	Dr. Udo Birkner (Wien)
USA	Douglas W. Hawes (New York)
für die EU	Prof. Guy Horsmans (Louvain)

Verlag und Abonnementsverwaltung:

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, 8001 Zürich, Tel. 044/200 29 19
Fax 044/200 29 08, E-Mail: zs.verlag@schulthess.com
Internet: <http://www.schulthess.com>
Rezensionsexemplare sind ausschliesslich an die
Schriftleitung zu senden.

Erscheint sechsmal jährlich

Abonnementspreis CHF 278.00/EUR 198.00

Studenten CHF 148.00/EUR 106.00

Einzelnummer CHF 49.00

ISSN 1662-8705

Anzeigenmarketing:

Publicitas Publimag AG

Mürtschenstrasse 39, Postfach, 8010 Zürich
Tel. 044/250 31 31, Fax 044/250 31 32

Inhalt/Table des matières

Leitartikel/Articles de fond

Peter Böckli

Aktionärsausschuss: Strohfeuer in einer Sackgasse 1

Luc Thévenoz/Christian Bovet

Trois contributions de la «Journée de droit bancaire et financier» (Avant-propos) – Drei Beiträge des «Journée de droit bancaire et financier» (Vorwort) 11

Ursula Cassani

L'infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d'argent: considérations *de lege ferenda* 12

Christian Bovet/Fabien Liégeois

Cross-Border Tax Administrative Assistance: "For The Times They Are a-Changin'" 25

Gabriel Aubert

La communication aux autorités américaines, par des banques, de données personnelles sur leurs employés: aspects de droit du travail 40

Erdem Büyüksagis

New perspectives on misuse of market power: How should the effects-based approach complement the existing normative solution? 49

Europareport

Thomas Lübbig/Christian Pitschas/Miriam le Bell 70

Länderbericht

Klaus J. Hopt/Christoph Kumpan

69. Deutscher Juristentag 2012 in München: Abteilung Wirtschaftsrecht 78

Zusammenfassung der Rechtsprechung/ Resumé de la jurisprudence

Stefan Oesterhelt

Steuerrechtliche Entwicklungen (insbesondere im Jahr 2012) 85

Bemerkungen zur Rechtsprechung

Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht

Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_127/2012 und 4A_141/2012 vom 30. Oktober 2012

Mit Bemerkungen von *Natalia Neuman* und *Hans Caspar von der Crone* 101

Autorenverzeichnis/Liste des auteurs

113

L'infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d'argent : considérations *de lege ferenda*

Par Prof. Ursula Cassani, Université de Genève*

The Recommendations of the Financial Action Task Force (FATF) revised in February 2012 include "tax crimes (related to direct taxes and indirect taxes)" in the list of "designated categories of offences". Thus, states are encouraged to include a range of tax offences in their definition of predicate offences. However, the standards defined by FATF are not compulsory, and they are framed in a fairly supple manner, allowing the national lawmakers to limit money laundering to the proceeds of serious offences and to decide how they will define the predicate offences and any elements that make them serious. The pressure on Switzerland to define predicate crimes in tax matters must nevertheless be considered as strong, since

many countries already consider that money laundering can be committed in relation to such crimes and strive to create a level playing field for the financial industry. This contribution reflects on how serious tax offences could be defined with the aim not only of satisfying the international standards, but also and foremost, of giving adequate assistance and protection to Swiss criminal enquiries in tax matters. It then analyses how the requirement that the laundered assets are "proceeds" of the predicate offence could be dealt with in this context. Finally, it evaluates the possible impact of the creation of predicate tax crimes on the due diligence duties of financial intermediaries.

Table des matières

- I. Introduction
- II. Point de départ : droit suisse *de lege lata*
- III. Réflexions de droit comparé
 - 1. Union européenne
 - 2. De quelques droits nationaux
- IV. Réflexions sur le droit suisse *de lege ferenda*
 - 1. Marge de manœuvre du législateur au regard des recommandations du GAFI
 - 2. Définition d'infractions sous-jacentes en matière de fiscalité
 - 3. Problème de la provenance de l'infraction en amont : le nœud gordien
 - 4. Effets prévisibles sur les devoirs de diligence de l'intermédiaire financier
- V. Conclusion : le devoir de communication en matière fiscale, les phares d'une Ferrari sur une 2 CV ?

I. Introduction

Le 16 février 2012, le Groupe d'action financière (GAFI) a publié ses recommandations révisées, sous le titre «Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération». Ces standards internationaux mentionnent, dans la liste des catégories désignées d'infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent établie dans le Glossaire général, «les infractions fiscales pénales (liées aux impôts directs et indirects)».

Par un communiqué de presse du 18 avril 2012, le Conseil fédéral a indiqué avoir accueilli favora-

blement les recommandations révisées du GAFI et constitué un groupe de travail interdépartemental chargé de présenter des propositions pour leur mise en œuvre.

Achevée en décembre 2012, la présente contribution n'intègre pas l'analyse de l'«Avant-projet de Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012», publié par l'administration fédérale le 27 février 2013.

II. Point de départ : droit suisse *de lege lata*

L'art. 305^{bis} CP définit le blanchiment d'argent comme un «acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont [l'auteur] savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime». Le devoir de communication de l'intermédiaire financier (art. 9 LBA¹) est calqué sur la même définition du blanchiment supposant *un crime* en amont, hypothèse à laquelle s'ajoutent celles du pouvoir de disposition d'une organisation criminelle et du financement du terrorisme. Dans tous les cas, il faut un contexte criminel.

* L'auteure remercie vivement *Lorenzo Palestini* et *Hadrien Mangeat*, assistants, de l'aide précieuse qu'ils lui ont apportée dans l'élaboration et la mise au net de cet article.

¹ Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (LBA; RS 955.0).

Or, *de lege lata*, les infractions fiscales ne sont pas des crimes, par quoi le droit suisse entend des infractions passibles d'une peine privative de liberté supérieure à trois ans (art. 10 al. 2 CP). Les lois fiscales suisses répriment soit des contraventions administratives, à l'instar de la soustraction d'impôt, consistant à provoquer une absence de taxation ou une taxation incomplète (art. 175 LIFD;² art. 56 LHID³), soit des délits, à l'instar de l'escroquerie en matière de contributions (art. 14 al. 2 DPA⁴) ou de l'usage de faux (art. 186 LIFD; art. 59 LHID).

L'art. 14 al. 4 DPA, réprimant comme crime une forme qualifiée d'escroquerie fiscale, constitue la seule exception au principe selon lequel les infractions fiscales ne sont pas des infractions préalables au blanchiment d'argent. Par ailleurs, dans certains cas d'infractions commises au préjudice du trésor public, des *crimes de droit commun* peuvent entrer en considération, de sorte que le blanchiment d'argent devient possible.⁵ Il en va ainsi notamment en matière de carrousel TVA, que le Tribunal fédéral qualifie d'escroquerie au sens de l'art. 146 CP.⁶ De même, lorsque l'infraction fiscale est le fait d'une organisation criminelle, l'art. 260^{ter} CP peut s'appliquer. A l'inverse, le faux dans les titres de droit commun (art. 251 CP) n'a pas été invoqué pour fonder le blanchiment d'argent dans le domaine fiscal.

On se souviendra, par ailleurs, que la notion de blanchiment en relation avec les infractions en matière de fiscalité indirecte, notamment de TVA et de droits de douane, a fait son entrée dans le droit suisse en 2004, dans le cadre de l'Accord contre la

fraude,⁷ dont l'art. 2 § 3 inclut, à certaines conditions, le blanchiment du produit des activités couvertes par l'accord. Dans ce cadre, la Suisse a obtenu une «Déclaration commune relative au blanchiment»,⁸ limitant la notion de blanchiment aux faits constitutifs de fraude fiscale ou de contrebande par métier selon le droit suisse. Par ailleurs, il était convenu que les informations reçues pouvaient être «utilisées dans des procédures pour blanchiment, sauf dans des procédures contre des personnes suisses si tous les actes pertinents de l'infraction [avaient] été exclusivement commis en Suisse». Le Conseil fédéral a pris soin de souligner dans son Message qu'il n'en découlait aucune nouvelle obligation d'annonce pour les intermédiaires financiers¹⁰ et que «l'acceptation d'argent provenant de la soustraction d'impôts au sens de l'accord ne [constituait] pas un «risque accru» en vertu de l'art. 7 de l'ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent». Toutes ces limitations deviendront sans objet pour le blanchiment d'argent en relation avec les infractions fiscales que la Suisse choisira de définir comme crimes.

III. Réflexions de droit comparé

A l'heure actuelle, plusieurs ordres juridiques avec lesquels les intermédiaires financiers suisses interagissent considèrent les infractions fiscales – ou certaines infractions fiscales – comme sous-jacentes au blanchiment d'argent. Cela explique sans doute pourquoi la délégation suisse, opposée à l'introduction de crimes fiscaux lors des négociations des nouvelles recommandations du GAFI, a dû consta-

² Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD; RS 642.11).

³ Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID; RS 642.14).

⁴ Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (DPA; RS 313.0).

⁵ Sur toutes ces questions, cf. *Ursula Cassani*, Infractions fiscales et blanchiment d'argent, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (éds.), Journée 2004 de droit bancaire et financier, Zurich (Schulthess) 2005, 13 ss (*in toto*).

⁶ ATF 110 IV 24, consid. 2e; TF, 1A.189/2001 du 22 février 2002, consid. 5; TF, 1A.233/2004 du 8 novembre 2004, consid. 2.4; TF, 1A.297/2005 du 13 janvier 2006, consid. 3.3; TPF 2007 150 (19 novembre 2007); TF, 1C.59/2009 du 26 février 2009, consid. 1.3; cf. également TF, 1C_171/2010 du 6 avril 2010, concernant une demande d'entraide pour blanchiment en relation avec un carrousel TVA.

⁷ Accord de coopération du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers (RS 0.351.926.81).

⁸ FF 2004 6149.

⁹ Acte final, «Déclaration commune relative au blanchiment». L'importance de cette exception est soulignée par le Conseil fédéral dans son Message relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II») du 1^{er} octobre 2004, FF 2004 5811 s.

¹⁰ Message (note 9), 5630 et, dans le même sens 5808, 5811, 5822; également BOCE 2.12.04 (*Hans-Rudolf Merz*); BOCE 2.12.04 (*Dick Marty*).

¹¹ Message (note 9), FF 2004 p. 5811; également BOCE 2.12.04 (*M. Merz*).

ter « que plus aucun pays n'[était] prêt à s'allier à la Suisse pour s'y opposer ».¹²

1. Union européenne

En vertu de la 3^e directive anti-blanchiment (art. 3 § 5 lit. f),¹³ comme d'ailleurs déjà de la 2^e,¹⁴ la définition abstraite des infractions préalables au blanchiment d'argent par référence à la peine-menace (plafond supérieur à un an ou seuil supérieur à six mois) range bon nombre d'infractions fiscales des Etats membres dans cette catégorie. Il s'agit néanmoins de l'un des enjeux de la révision de la directive qui a été lancée postérieurement aux nouvelles recommandations du GAFI. Dans son rapport au Parlement européen et au Conseil du 11 avril 2012,¹⁵ la Commission européenne a soulevé la question d'une mention expresse des infractions fiscales, voire d'une définition européenne plus précise de ces infractions. C'est la question qui a attiré le plus grand nombre de prises de position lors de la procédure de consultation. La majorité des avis exprimés était favorable à une réglementation expresse, limitée aux « *serious tax crimes* » et établissant une distinction claire entre « *tax avoidance* » et « *tax evasion* ». ¹⁶ Manifestement,

les professionnels soumis à la réglementation européenne appellent de leurs vœux la création d'une « *level playing field* » dans ce domaine.

Publiée le 5 février 2013, la proposition de « Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme » (COM [2013] 45 final. 2013/0025 [COD]) inclut dans l'énumération des infractions susceptibles de constituer une « activité criminelle » « toutes les infractions, y compris les infractions fiscales pénales liées aux impôts directs et indirects », punies d'une peine privative de liberté ou mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an ou d'une durée minimale supérieure à six mois pour les pays connaissant le système du seuil (art. 3 (4) f).

2. De quelques droits nationaux

2.1 Royaume-Uni

La « *Proceeds of Crime Act 2002* » (POCA) adopte une définition très large de l'infraction préalable selon la « *all crimes approach* », considérant toute infraction pénale, commise au Royaume-Uni ou ailleurs, comme pouvant donner lieu à une opération de blanchiment au sens des art. 327 à 329 POCA.¹⁷ Les infractions fiscales sont ainsi visées, les autorités fiscales et douanières ayant d'ailleurs des compétences de poursuite importantes qui s'étendent au blanchiment des avoirs en relation avec ces infractions. Enfin, la communication des soupçons (« *suspicious activity report* »; « SAR ») porte également sur ces infractions, qu'il s'agisse d'une communication obligatoire (art. 330 POCA, « *protected disclosure* ») ou facultative (art. 338 POCA, « *authorised disclosure* »).

Le rapport de 2011 de la « *Serious Organised Crime Agency* » (SOCA) fait état de 247 601 SAR en une année;¹⁸ on n'y trouve pas d'informations sur les infractions en amont, mais la mention d'un plan d'action de l'autorité fiscale (HMRC) pour exploiter pleinement les SAR dans le but « *to close the tax*

¹² Réponse du Conseil fédéral, du 12 mai 2010, à l'interpellation 10.3250 (*Urs Schwaller*, 19 mars 2010), La soustraction d'impôt, une infraction préalable au blanchiment d'argent. Les mêmes explications sont données dans l'avis du Conseil fédéral du 19 mai 2010 en réponse au postulat 10.3305 (*Pirmin Bischof*, 19 mars 2010), Non à la requalification du délit fiscal en infraction préalable au délit de blanchiment d'argent. Cf. également Question 11.5020 (*Pirmin Schwander*, 1^{er} mars 2011), Sind Steuerdelikte Vortaten zur Geldwäscherei, Réponse du Conseil fédéral du 7 mars 2011.

¹³ 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 (JO n° L 309, 25 novembre 2005, p. 0015–0035).

¹⁴ Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (JO n° L 344, 28 décembre 2001, p. 0076–0082).

¹⁵ Commission européenne, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant l'application de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, Bruxelles, 11 avril 2012.

¹⁶ European Commission, Feedback Statement, Summary of comments on the Report from the Commission to the

European Parliament and the Council on the application of Directive 2005/60/EC, juillet 2012, 6.

¹⁷ Pour un aperçu de cette loi, cf. *Ursula Cassani*, La « *Proceeds of Crime Act 2002* » du Royaume-Uni, RPS 122 (2004), 280 ss et 313 ss.

¹⁸ SOCA, Suspicious Activity Reports Regime, Annual Report 2011, 10.

gap ». ¹⁹ Par ailleurs, certaines affaires judiciaires ont mis en jeu le dispositif anti-blanchiment en relation avec des infractions fiscales dès l'entrée en vigueur de la POCA, à commencer par la cause célèbre P. v. P., ²⁰ dans laquelle les avocats d'une partie à une procédure en divorce, craignant d'être mêlés à une opération de blanchiment d'argent, ont communiqué leurs soupçons au sujet des avoirs non fiscalisés du couple.

2.2 Allemagne

Le § 261 StGB allemand définit l'infraction de blanchiment d'argent et considère tous les crimes et certains délits expressément mentionnés (« *Katalogstraftaten* ») comme infractions préalables. En vertu du § 11 Geldwäschegesetz, ²¹ le devoir de communication est calqué sur cette définition.

Dans un premier temps, la soustraction d'impôt par métier ou par bande a été érigée en crime par une loi de 2001 (§ 370a Abgabenordnung), ²² ce qui en a fait une infraction préalable au blanchiment d'argent. Suite aux vives critiques exprimées tant par la doctrine ²³ que par les praticiens avocats et conseillers fiscaux, ²⁴ la répression du blanchiment d'argent a été restreinte, en 2002, aux cas de soustraction qualifiée portant sur des montants importants (« *in gros-*

sem Ausmass »). ²⁵ En 2004, le Bundesgerichtshof a considéré que cette notion était trop imprécise au regard de la garantie constitutionnelle de la légalité. ²⁶ Ce fut un parfait auto-goal pour les opposants à la loi : une nouvelle révision législative, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, ²⁷ a supprimé ce crime, pour inscrire la soustraction fiscale par métier ou par bande, simple délit, dans le catalogue des infractions préalables du § 261 StGB. La limitation aux montants importants a été abandonnée.

Selon le rapport du « *Financial Intelligence Unit Deutschland* » portant sur l'année 2011, ²⁸ 2% des cas transmis aux autorités d'investigation avaient trait à des infractions fiscales, contre 6% en 2010. ²⁹

2.3 Belgique

Depuis 1990, ³⁰ l'art. 505 CP belge réprime le blanchiment d'argent provenant de toute infraction pénale, y compris en matière fiscale, sous réserve de l'exception qui sera évoquée ci-dessous.

L'obligation de transmettre les dossiers à la Cellule de Traitement des Informations Financières (CTIF) a, quant à elle, été étendue en 1995 ³¹ à « *la fraude fiscale grave et organisée qui met en œuvre des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale* ». Les organismes et personnes soumis à cette obligation en vertu de la législation préventive ont, par ailleurs, obtenu en 2007 une modification de l'article 505 CP, ³² limitant la punissabilité du blanchiment d'argent à cette même

¹⁹ SOCA, Suspicious Activity Reports Regime, Annual Report 2011, 29.

²⁰ P. v. P. [2003] EWHC (Fam) 2260.

²¹ Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG), Geldwäschegesetz vom 13. August 2008 (BGBl I 1690), modifiée par la Gesetz du 22 décembre 2011 zur Optimierung der Geldwäschrprävention (GwG-Opt), en vigueur partiellement depuis le 29 décembre 2011 et intégralement depuis le 1^{er} mars 2012.

²² Gesetz zur Bekämpfung von Steuerverkürzungen bei der Umsatzsteuer und zur Änderung anderer Steuergesetze, du 19 décembre 2001 (BGBl I 2001 3922), créant le § 370a Abgabenordnung (« *Gewerbsmäßige oder bandenmäßige Steuerhinterziehung* ») et modifiant le § 261 al. 1 StGB, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

²³ Voir notamment *Florian Krummacher*, *Steuerstrafrecht*, § 370a AO, Die verfehlte Qualifikation der Steuerhinterziehung, *in toto* et 65 ss.

²⁴ En particulier, la « *Stellungnahme des Strafrechtausschusses des Deutschen Anwaltsvereins zu der Aufnahme der Steuerhinterziehung in den Vortatenkatalog der Geldwäsche (§ 261 StGB) und der Einführung eines Verbrechenstatbestandes «Gewerbsmäßige Steuerhinterziehung» als § 370a AO* », n° 56/2001, novembre 2001.

²⁵ 5. Gesetz zur Änderung des Steuerbeamten-Ausbildungsgesetzes und zur Änderung von Steuergesetzen (StBAG), du 23 juillet 2002 (BGBl I 2002 2715).

²⁶ BGH, 5. Strafsenat, Jugement du 28 octobre 2004 (5 StR. 276/04).

²⁷ Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmassnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG, du 21 décembre 2007, BGBl I 2007.

²⁸ Financial Intelligence Unit (FIU) Deutschland, Jahresbericht 2011, 18.

²⁹ Financial Intelligence Unit (FIU) Deutschland, Jahresbericht 2010, 18.

³⁰ Loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43^{bis} dans ce même code.

³¹ Loi du 7 avril 1995 modifiant la Loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

³² Loi du 10 mai 2007 portant diverses mesures en matière de recèlement et de saisie.

hypothèse (art. 505 al. 3 CP). Ces professionnels ne répondent donc pénalement de blanchiment qu'en cas de «*fraude fiscale grave et organisée, qui met en œuvre des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale*», au contraire de l'auteur de l'infraction fiscale et de ses participants, qui restent punissables pour blanchiment du produit de la soustraction simple.

La notion de fraude fiscale grave et organisée – deux critères qui doivent être réalisés cumulativement – a fait l'objet de précisions ultérieures dans la loi-programme du 27 avril 2007³³ et l'arrêté royal y portant exécution du 3 juin 2007.³⁴ Selon la loi-programme, la fraude fiscale est considérée comme *grave* en fonction de la confection et/ou de l'usage de faux documents, du montant élevé de la transaction et du caractère anormal de ce montant eu égard aux activités ou à l'état de fortune du client. L'infraction est *organisée*, si le montant a fait l'objet de transactions successives et/ou s'il y a eu intervention de plusieurs intermédiaires, opérations dans lesquelles sont utilisés soit des mécanismes complexes, soit des procédés à dimension internationale. Enfin, l'arrêté royal de 2007 énonce des indicateurs déterminés qui permettent d'aider les intermédiaires financiers dans leur obligation d'identification des capitaux blanchis. On y trouve notamment «l'utilisation de sociétés écrans, créées ou rachetées, ayant leur siège social dans un paradis fiscal ou un territoire offshore ou à l'adresse privée d'un des intermédiaires ou effectuant une opération atypique par rapport à l'objet social, ou ayant un objet social incertain ou incohérent».

La CTIF indique qu'en 2010, 123 dossiers fiscaux lui ont été transmis, dont 29 concernaient des carrousels TVA et 94 d'autres fraudes fiscales;³⁵ pour 2011, elle fait état de 71 transmissions en matière fiscale, dont 15 ayant trait à des carrousels TVA et 56 à d'autres fraudes fiscales.³⁶

2.4 France

En France, la loi du 13 mai 1996³⁷ a généralisé l'application de l'infraction de blanchiment (art. 324-1 CP français) à *tous les crimes ou délits*, incluant par là les infractions fiscales. La définition du devoir de signaler les soupçons de blanchiment au Tracfin (Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers clandestins) était, en revanche, sectorielle et très lacunaire.

La transposition de la 3^e directive européenne,³⁸ achevée après bien des péripéties, a changé la donne. L'ordonnance entrée en vigueur le 1^{er} février 2009 modifie l'art. L561-15 al. 1 du Code monétaire et financier de manière à rendre l'obligation de renseigner applicable à toutes les infractions passibles d'une peine privative de liberté supérieure à un an.³⁹ C'est le cas de la fraude fiscale. Toutefois, l'art. L561-15 al. 2 du Code monétaire et financier limite l'obligation de déclaration en matière fiscale aux cas dans lesquels il y a *présence d'au moins un critère défini par décret*. Ce décret a été pris le 16 juillet 2009,⁴⁰ puis glissé dans le Code monétaire et financier (art. D561-32-1).⁴¹ Il définit 16 critères alternatifs. On trouve dans cette énumération compliquée des éléments tels que le recours à des sociétés écran ayant leur siège dans un Etat qui n'a pas conclu avec la France une convention fiscale permettant l'accès aux informations bancaires (ch. 1) ou la constatation d'anomalies formelles dans les factures et les bons de commande présentés comme justification d'opérations financières (ch. 6).

³³ Loi-programme du 27 avril 2007, Titre VII Finances – Chapitre IV : Modification de la Loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

³⁴ Arrêté royal du 3 juin 2007 portant exécution de l'article 14^{quinquies} de la Loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

³⁵ CTIF, 17^e rapport d'activités, 2010, 42.

³⁶ CTIF, 18^e rapport d'activités, 2011, 38.

³⁷ Loi n° 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime (JORF n° 112, 14/05/1996, 7208).

³⁸ Cf. note 13.

³⁹ Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme (JORF n° 0026, 31/01/2009, 1819), ratifiée par la Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JORF n° 0110, 13/05/2009, 7920).

⁴⁰ Décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009 pris pour application de l'article L. 561-15-II du code monétaire et financier (JORF n° 0164, 18/07/2009, 11978).

⁴¹ Décret n° 2009-1087 du 2 septembre 2009 relatif aux obligations de vigilance et de déclaration pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, art. 2 (JORF n° 0204, 04/09/2009, 14660).

Dans son rapport d'activité 2010, le Tracfin annonce que sur les 19 208 signalements reçus pendant l'année de référence, 2827 étaient émis au titre de l'art. L.561-15 II du Code monétaire et financier.⁴²

2.5 Italie

Depuis 1993, l'art. 648^{bis} du CP italien⁴³ («*riciclaggio*») réprime le blanchiment d'argent provenant de tout délit. A première vue, les infractions fiscales tombent sous le coup de cette disposition, étant donné que, en vertu du «*Decreto legislativo n° 74*»,⁴⁴ elles atteignent le plus souvent le seuil du délit.

Sur le plan préventif, le «*Decreto legislativo n° 231*»⁴⁵ donne une définition du blanchiment d'argent plus large. En effet, elle s'étend au produit de toute infraction, y compris en matière contraventionnelle. L'organisme destinataire des signalements d'opérations suspectes (*Unità di informazione finanziaria*) ne fournit pas de données sur les communications liées aux infractions fiscales dans ses rapports annuels 2010 et 2011.

2.6 Etats-Unis

Durant les travaux de révision des recommandations du GAFI, les Etats-Unis ont œuvré en faveur de l'introduction des «*tax crimes*» dans la liste des infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent. Cela peut paraître surprenant au regard du fait que, *de lege lata*, ces dernières ne constituent pas des infractions préalables au «*laundering of monetary instruments*». En effet, en vertu de 18 USC § 1956, le blanchiment ne peut porter que sur les «*proceeds of specified unlawful activity*», soit des valeurs issues

d'une des infractions énumérées dans la section § 1956 (c)(7) ou dans d'autres listes auxquelles cette disposition renvoie. Or, les infractions fiscales ne sont mentionnées dans aucune de ces listes.

Toutefois, les tribunaux américains sont parvenus à contourner l'obstacle, en qualifiant certains stratagèmes utilisés pour ne pas déclarer l'argent au fisc de «*mail fraud*»⁴⁶ ou de «*wire fraud*».⁴⁷ En effet, chacune de ces deux infractions correspond à une «*racketeering activity*»⁴⁸ et, en conséquence, sont des infractions préalables au blanchiment d'argent au sens de 18 USC § 1956 (c)(7)(A).

En matière de «*suspicious activity reports*» (SAR), le modèle états-unien commande la déclaration de tout soupçon – indépendamment de l'infraction en amont pertinente – dès que la somme en jeu est d'au moins USD 5000.⁴⁹ Selon le rapport 2011 du FinCEN (Financial Crimes Enforcement Network), 1,4 million de SAR ont été effectués pendant l'année de référence.⁵⁰ A cela il convient d'ajouter 14,8 millions de «*currency transaction reports*», soit les rapports concernant des transactions supérieures à USD 10 000 faits de manière routinière, sans lien avec un soupçon d'illicéité. On sait, par ailleurs, que les autorités fiscales et pénales états-uniennes ont d'autres instruments fort efficaces pour se procurer des informations sur les fraudeurs, y compris à l'étranger.

IV. Réflexions sur le droit suisse *de lege ferenda*

1. Marge de manœuvre du législateur au regard des recommandations du GAFI

Comme les versions antérieures, les recommandations du GAFI adoptées le 16 février 2012 invitent les pays membres à ériger en infractions préalables au blanchiment «*toutes les infractions graves afin de couvrir la gamme la plus large d'infractions sous-jacentes*» (recommandation n° 3). La note interprétative de la recommandation 3 précise que «*chaque pays devrait au minimum inclure une gamme d'in-*

⁴² Tracfin, Rapport d'activité 2010, 25.

⁴³ Legge n° 328 del 9 agosto 1993 di ratifica ed esecuzione della convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, fatta a Strasburgo l'8 novembre 1990 (GU n° 202, 28/08/1993, Suppl. Ordinario n° 80).

⁴⁴ Decreto legislativo n° 74 del 10 marzo 2000 sulla nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n° 205 (GU n° 76, 31/03/2000).

⁴⁵ Article 2 du Decreto legislativo n° 231 del 21 novembre 2007, attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione (GU n° 290, 14/12/2007 – Suppl. Ordinario n° 268).

⁴⁶ *United States v. Yusuf*, 536 F.3d 178 (3d Cir. 2008).

⁴⁷ *United States v. Morelli*, 169 F.3d 798 (3d Cir. 1999).

⁴⁸ 18 USC § 1961(1)(B).

⁴⁹ 31 USC § 1020.320 (a)(2).

⁵⁰ FinCEN, Annual Report 2011, 7.

fractions au sein de chacune des catégories désignées d'infractions».

La nouveauté réside dans le fait que le Glossaire général mentionne, parmi les «catégories désignées d'infractions», «les infractions fiscales pénales (liées aux impôts directs et indirects)». Il s'agit du seul ajout dans la liste des recommandations 2012 par rapport à celle de 2003.

Par ailleurs, il est précisé dans le Glossaire général que «[l]orsqu'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». Les législateurs définissent donc eux-mêmes les infractions sous-jacentes. Il s'agit d'une harmonisation «à bas seuil».

Par le passé, l'adaptation du droit suisse aux standards du GAFI s'est faite par la création de circonstances aggravantes. C'est ainsi que dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations de 2003,⁵¹ le législateur suisse a notamment érigé la falsification de marchandises par métier (art. 155 ch. 2 CP) en crime. De même, pour tenir compte du fait que la liste d'infractions préalables du GAFI comprenait la «contrebande», il a ajouté à l'art. 14 DPA (escroquerie en matière de prestations et de contributions) un al. 4 érigeant en crime l'infraction commise dans le but de réaliser des gains importants, dans le cadre d'une bande formée pour commettre de manière systématique des escroqueries en matière de prestations et de contributions. Ces conditions sont cumulatives, démontrant la volonté d'adopter une définition très restrictive.

Le processus de création d'infractions préalables dans le domaine des infractions boursières s'est révélé plus long et difficile. Les «délits d'initiés et la manipulation de marchés» étaient également mentionnés dans la liste du GAFI dès 2003, mais ce n'est que tout récemment, soit le 28 septembre 2012, que les Chambres fédérales ont érigé des formes aggravées de ces infractions en crimes (art. 40 et 40a LBVM).⁵² Dans les deux cas, c'est l'obtention d'un

avantage pécuniaire de plus d'un million de francs qui transforme le délit en crime (art. 40 al. 2 et 40a al. 2 LBVM).

Dans le cadre du délit d'initiés et de la manipulation de cours, la lacune du droit suisse par rapport aux exigences du GAFI de 2003 a donc subsisté pendant presque dix ans. Elle n'est pas passée inaperçue, sans toutefois que la Suisse n'ait subi d'inconvénients majeurs de ce fait. Le rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse en 2005 considérait que la Suisse était «largement conforme» aux exigences découlant des recommandations de 2003 en matière de définition du blanchiment d'argent et des infractions sous-jacentes, alors qu'à l'époque, les délits d'initiés et la manipulation de marchés, la contrebande et diverses autres infractions n'étaient pas couverts.⁵³ Seuls les points notés «non conformes» ou «partiellement conformes» faisant l'objet d'un suivi, la pression visant au comblement de ces lacunes n'a pas été très forte.

Théoriquement, il est donc possible de ne pas se conformer aux nouvelles exigences du GAFI ou, du moins, de différer l'échéance en optant pour la tactique appliquée dans le domaine des infractions boursières. Toutefois, dans le domaine fiscal, une telle approche risquerait de se révéler particulièrement délicate, au regard des enjeux sous l'angle de la concurrence entre places financières et du fait que la Suisse se trouve très isolée dans son approche par rapport à ses partenaires traditionnels, qui appliquent d'ores et déjà les instruments de la lutte contre le blanchiment aux infractions fiscales.

2. Définition d'infractions sous-jacentes en matière de fiscalité

C'est donc par la création de *crimes en matière de fiscalité directe et indirecte* qu'il sera possible de se conformer aux exigences du GAFI.

L'exercice est compliqué par le fait que le droit pénal fiscal dans son ensemble nécessite un *aggiornamento* sérieux, que l'administration fédérale a d'ailleurs lancé. Ce processus séparé de la mise en

⁵¹ Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière du 3 octobre 2008 (RO 2009 361 ; FF 2007 5919).

⁵² Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (modification du 28 septembre 2012), FF 2012

7593 ; Message relatif à la révision de la loi sur les bourses (délits boursiers et abus de marché) du 31 août 2011, FF 2011 6329.

⁵³ GAFI, 3^e rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme, Suisse, novembre 2005, 234.

œuvre des exigences du GAFI risque de chambouler la configuration actuelle des infractions fiscales. La réflexion en cours sur les éléments aggravants de niveau criminel est donc un exercice « hors sol ».

2.1 Postulats

Les réflexions *de lege ferenda* exposées ci-dessous se baseront sur les postulats suivants :

- La question de la création d'infractions préalables au blanchiment d'argent dans le domaine fiscal entretient des relations étroites avec celle de la définition d'une stratégie de conformité fiscale (« *Weissgeldstrategie* ») limitant l'acceptation de fonds défiscalisés en violation du droit étranger, mais elle ne se confond nullement avec elle. Le droit pénal ne saurait contredire les règles de comportement imposées par l'autorité de surveillance, mais rien ne s'oppose à ce qu'il définisse de manière sélective ce qui mérite une sanction répressive et pas seulement administrative, conformément au principe de l'économie du droit pénal.
- De même, le débat sur *l'élargissement possible de l'entraide pénale ou administrative en matière fiscale ne préempte pas la question de la définition d'infractions dont le produit peut faire l'objet de blanchiment d'argent*. De manière générale, le droit suisse réserve la répression du blanchiment au produit de crimes, alors que l'entraide internationale est accordée plus largement. Toutefois, il va de soi que l'extension du blanchiment d'argent et du devoir de communication au domaine fiscal dynamiserait l'entraide pénale internationale en matière fiscale de manière très notable, du fait que les informations communiquées à la justice pénale pourraient être rendues accessibles aux autorités étrangères par le biais de l'entraide judiciaire, y compris par le biais de l'entraide spontanée (art. 67a EIMP).⁵⁴ Selon un projet de révision de la LBA dont le Chambres fédérales sont actuellement saisies,⁵⁵ le MROS serait également habilité à communiquer des informations

à d'autres « Financial Intelligence Units » dans le cadre du Groupe Egmont.

- Il n'y a pas lieu de se départir de l'exigence d'une *infraction sous-jacente réprimée comme crime* qui caractérise l'art. 305^{bis} CP et d'introduire, à la manière des « *Katalogstraftaten* » du droit allemand, une liste de délits préalables au blanchiment d'argent.⁵⁶ Le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent doit être réservé aux infractions qualifiées de « graves » par l'ordre juridique suisse. Il convient donc d'identifier des infractions fiscales suffisamment condamnables pour mériter des sanctions de niveau criminel.
- La notion de « *crime fiscal* » doit être *la même pour les contribuables suisses et étrangers*. Il ne saurait être question de définir une infraction sous-jacente à usage exclusivement « externe ». Il incombe donc au législateur suisse de définir les comportements qui justifieraient l'accusation de « crime » à l'égard des actes commis par des contribuables suisses, *en élaborant une politique criminelle orientée au premier chef vers la protection adéquate des intérêts des trésors publics suisses* et en second lieu seulement vers la nécessité de coopérer dans la protection des intérêts fiscaux étrangers.
- Le principe selon lequel il y a une seule notion de blanchiment d'argent, applicable en matière pénale et sous l'angle du devoir de communication de l'intermédiaire financier, doit être maintenu ; un découplage tel qu'il existe dans certains pays étrangers serait « *systemwidrig* », compte tenu du fait qu'en vertu de son art. 1^{er}, la LBA a pour vocation de régler la lutte contre le blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CP.

2.2 Eléments envisageables pour définir des « crimes fiscaux »

2.2.1 Critère du seuil

Le critère le plus fréquemment proposé est celui du montant sur lequel porte l'infraction fiscale, qu'elle soit définie comme simple soustraction ou de manière plus restrictive. Ce critère est plus difficile à manier qu'il n'y paraît au premier abord.

⁵⁴ Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (RS 351.1).

⁵⁵ Message relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 27 juin 2012, FF 2012 6449. Le projet gouvernemental a été accepté à l'unanimité par le Conseil des Etats lors de sa séance du 11 décembre 2012.

⁵⁶ *Contra*: Daniel Holenstein, Schweizer Steuerstrafrecht im Wandel? Reflexionen im Hinblick auf die neuesten internationalen Entwicklungen, ASA 80 (2011–2012), 3 ss, 24.

En effet, se pose la question de la valeur à prendre en compte : s'agit-il de celle du bien non fiscalisé ou de l'impôt éludé? Le premier critère est d'application plus simple, mais peu compatible avec l'exigence de la *provenance* d'une infraction caractérisant le blanchiment d'argent, dont l'application en matière fiscale pose cependant de toute façon des problèmes.⁵⁷ La prise en compte de l'avantage fiscal semble plus adéquate sous cet angle, mais elle suppose une connaissance précise de la situation fiscale du contribuable et du droit fiscal applicable qui sera étranger dans bien des cas. La proposition d'*Andreas Donatsch*, consistant à prendre en considération le ratio entre impôts dus et impôts éludés,⁵⁸ est séduisante au regard des arguments d'équité qui plaident en sa faveur, mais son application risque de s'avérer plus complexe encore.

Si c'est l'impôt effectivement éludé qui est décisif, quelle est la période à prendre en compte? L'infraction de soustraction est consommée et l'avantage fiscal obtenu le jour où la première taxation fautive ou incomplète, intervenue après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, devient effective. Mais faut-il ensuite additionner les années, ce qui aurait pour conséquence que le délit deviendrait crime au fur et à mesure que les périodes fiscales s'écoulent? La réponse nous paraît devoir être négative, car les infractions commises chaque année ne forment pas d'unité entre elles.

L'écueil le plus important de cette méthode nous paraît résider dans le fait que, s'agissant de qualifier le comportement du contribuable vis-à-vis de son fisc national, c'est la *globalité de l'avantage retiré* de la tromperie qui doit être prise en compte pour déterminer si le seuil est franchi et pas seulement la partie imputable aux avoirs en Suisse ou déposée auprès de tel ou tel intermédiaire financier. Cela rend le manie-

ment de ce critère très difficile pour l'intermédiaire financier, dont l'angle de vision peut être très partiel.

2.2.2 Métier ou bande

Les critères choisis par le législateur allemand ne paraissent pas plus pertinents. Le *métier* est défini en droit suisse par rapport à la répétition de l'infraction, à la volonté de recommencer à un nombre indéterminé de reprises et au caractère professionnel de l'activité, sous l'angle du degré d'organisation, de l'importance des avantages retirés, qui doivent contribuer de manière notable au train de vie de l'auteur.⁵⁹ La notion est imprécise : on peut se demander si la répétition chaque année suffit. De même, plus le contribuable est riche, plus l'avantage retiré devrait être important pour que l'on puisse encore parler d'une contribution notable à son train de vie. Quant à la *bande*, elle constitue une équipe stable d'au moins deux personnes formée pour commettre des infractions,⁶⁰ par exemple le «team» que forment les époux contribuables ou le contribuable et son fidèle conseiller fiscal. Ce critère ne permet donc guère de délimiter une manière particulièrement condamnable de commettre l'infraction.

2.2.3 Critère du mode de commission

Le critère le plus satisfaisant à nos yeux est celui du mode de commission rendant l'infraction particulièrement difficile à déceler et démontrant une énergie criminelle équivalant à d'autres infractions qualifiées de crimes, notamment l'escroquerie de droit commun. L'art. 146 CP ne réprime pas n'importe quelle affirmation fallacieuse, mais la *tromperie* du fait de son caractère astucieux particulièrement condamnable. En matière fiscale aussi, le critère de l'astuce permettrait de distinguer l'infraction simple de l'infraction plus condamnable.⁶¹

⁵⁷ Cf. ch. 3 (*infra*). Si le législateur devait opter pour une clause érigeant en infraction le blanchiment du bien non déclaré lui-même et renoncer ainsi à la notion de «provenance» qui caractérise le blanchiment par ailleurs, la valeur de ce bien – voire éventuellement de l'ensemble des biens non déclarés du contribuable – devrait alors être décisive.

⁵⁸ *Andreas Donatsch*, *Steuernrecht – Hauptprobleme und Lösungsvorschläge*, ASA 81 (2012/2013), 1 ss, 9. L'auteur (*loc. cit.*) propose également que la commission au sein d'une entreprise soit considérée comme un élément aggravant.

⁵⁹ L'activité délictueuse peut certes prendre l'ampleur d'une profession accessoire (ATF 116 IV 331; 123 IV 116), mais à condition seulement qu'elle procure à l'auteur une contribution appréciable à ses frais d'entretien (ATF 116 IV 332).

⁶⁰ L'élément déterminant est l'existence d'une équipe stable, compte tenu de l'intensité de la collaboration (même de courte durée) et du degré d'organisation et de division des tâches (ATF 124 IV 89; 124 IV 293; 135 IV 158).

⁶¹ Sur les choix de politique criminelle qui sous-tendent la notion d'astuce, cf. *Ursula Cassani*, *Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung*, RPS 117 (1999), 152 ss (*in toto*).

Certes, cet élément constitutif normatif n'est pas sans poser certains problèmes d'interprétation, mais il a fait l'objet d'une jurisprudence abondante dont il sera possible de s'inspirer. Ces décisions judiciaires ont trait non seulement à l'escroquerie de droit commun, mais aussi à l'escroquerie en matière de contributions (art. 14 al. 2 DPA),⁶² applicable par renvoi de l'art. 24 al. 1 OEIMP⁶³ à l'entraide internationale pénale (art. 3 al. 3 lit. a EIMP). Par ailleurs, l'interprétation de la notion de «*fraud or the like*» en vertu de l'art. 26 CDI-US 96⁶⁴ peut également être invoquée pour éclairer l'analyse. Dès lors, est astucieuse la tromperie difficilement décelable pour le fisc, à l'instar des cas suivants :

- L'utilisation de faux bilans, d'une fausse déclaration d'intégralité, voire d'autres documents trompeurs, par exemple des fausses factures,⁶⁵ etc.
- L'emploi d'un stratagème de surfacturation, dans lequel interviennent des tiers en apparence non liés au contribuable, de sorte que l'administration fiscale ne peut s'en douter.⁶⁶
- L'interposition d'une structure offshore, utilisée aux fins de tromper le fisc, sans «*das Spiel der juristischen Person zu spielen*», pour emprunter la formule du Tribunal administratif fédéral (TAF) dans son arrêt Credit Suisse du 5 avril 2012.⁶⁷ Il en va ainsi lorsque le contribuable lui-même ne respecte pas la personnalité distincte de la société qu'il utilise en réalité comme prête-nom, sans passer par les processus décisionnels réguliers, en violant les prérogatives statutaires des organes de droit ou sans que les avoirs détenus ne se reflètent dans la comptabilité de la société.
- L'abus par le contribuable d'un système de déclaration et de recouvrement fiscal fondé sur la position de confiance vis-à-vis du fisc (notamment

étranger), à l'exemple du statut d'agent payeur en vertu des accords de type «*Rubik*»⁶⁸ ou de l'Accord sur la fiscalité de l'épargne avec l'Union européenne,⁶⁹ d'un Qualified Intermediary Agreement conclu avec le fisc états-unien⁷⁰ ou du statut de «*Participating Foreign Financial Institution*» en vertu de la loi FATCA.⁷¹ Les fiscs étrangers qui sont au bénéfice de tels accords doivent pouvoir compter sur l'absolue probité et l'efficacité du contrôle de l'intermédiaire financier qui est chargé d'opérer une retenue. Le contribuable qui manœuvre pour éluder ces règles en exploitant ce rapport de confiance, notamment en prétendant ne pas être une «*US person*», alors qu'il l'est ou en interposant une société de domicile ou prête-nom, agit astucieusement.⁷²

3. Problème de la provenance de l'infraction en amont : le nœud gordien

Le blanchiment doit nécessairement porter sur une valeur patrimoniale qui *provient d'un crime*, raison pour laquelle on la considère comme sale. Ce lien de provenance est également indispensable du fait que le blanchiment d'argent est défini comme un acte propre à entraver la confiscation. Or, pour que la confiscation au sens de l'art. 70 CP soit possible, «[il] doit exister entre l'infraction et l'obtention des valeurs patrimoniales un lien de causalité tel que la seconde apparaisse comme la conséquence directe et immédiate de la première».⁷³ Ce lien de causalité

⁶² ATF 137 IV 25, 31 ; ATF 125 II 250, 257 ; TF, 1A.244/2002 du 24 octobre 2003, consid. 3.4.

⁶³ Ordonnance du 24 février 1982 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.11).

⁶⁴ Convention entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu du 2 octobre 1996 (en vig. 19 décembre 1997) (RO 1999 1460).

⁶⁵ TF, 1A.35/2002 du 18 juin 2002, consid. 6.2 ; cf. *Xavier Oberson*, «Tax fraud or the like» selon l'art 26 de la CDI de 1996 entre les Etats-Unis d'Amérique et la Suisse, ASA 81 (2012/2013), 101 ss, 106.

⁶⁶ TF, 2A.551/2001 du 12 avril 2002, consid. 5b, RDAF 2002 II 303, 311 ; cf. *Oberson* (note 65), 109.

⁶⁷ TAF, A-737/2012 du 5 avril 2012, consid. 7.5.5.

⁶⁸ Les accords avec la Grande-Bretagne et l'Autriche, respectivement du 6 octobre 2011 et du 13 avril 2012, sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2013 ; la loi fédérale sur l'imposition internationale à la source (LISint), du 15 juin 2012, est entrée en vigueur le 20 décembre 2012 (RO 2013 1).

⁶⁹ RS 0.641.926.81 (en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2005).

⁷⁰ TAF, A-737/2012 du 5 avril 2012, consid. 7.5.3.1.

⁷¹ En réponse à une interpellation *Hannes Germann* (12.3961), la Conseillère fédérale *Eveline Widmer Schumpf* a annoncé que l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis sur la loi FATCA avait été paraphée le 3 décembre 2012 (BOCE, délibérations du 4 décembre 2012). L'entrée en vigueur pourrait intervenir le 1^{er} janvier 2014.

⁷² TAF, A-737/2012 du 5 avril 2012, consid. 7.5.3.1 ; TAF, A-2866/2011 du 12 décembre 2011, consid. 7.5.3 ; TAF, A-7342/2008 du 5 mars 2009, consid. 5.5.2, RDAF 2009 II 313.

⁷³ ATF 129 II 453, p. 461 ; dans le même sens : ATF 138 IV 1, 6 ; 137 IV 79, 81 s. ; 126 I 97, 106 ; TF, 6B.914/2009 du 3 novembre 2010, consid. 5.1.

est une composante nécessaire de la définition du blanchiment d'argent.⁷⁴

Le lien de provenance d'une infraction en amont est un enjeu majeur en matière fiscale, véritable « nœud gordien ». Les valeurs versées sur un compte bancaire non déclaré proviennent en général *causalement d'une source licite*; elles sont, en revanche, *dissimulées* au fisc au moyen d'une infraction. Seul l'avantage d'imposition dû à la tromperie du fisc en découle causalement, à l'exclusion de la valeur non fiscalisée. Or, si l'établissement du lien de causalité entre la tromperie du fisc et l'avantage qui en découle ne pose pas de problème particulier lorsque l'auteur obtient une *rétrocession* d'impôts, il en va différemment lorsque c'est une *économie d'impôts* qui est réalisée par le contribuable qui n'obtient pas une valeur mais ne s'en acquitte pas.

*Niklaus Schmid*⁷⁵ et à sa suite une partie de la doctrine⁷⁶ admettent de manière convaincante que les *montants économisés* grâce à la commission d'une infraction *ne sont pas susceptibles de confiscation, et par conséquent de blanchiment*. Il s'agit là certes d'avantages arithmétiquement déterminables, découlant causalement de l'infraction et susceptibles d'entraîner le prononcé d'une créance compensatrice (art. 71 CP), mais non de valeurs concrètes qui peuvent faire l'objet de confiscation (art. 70 CP) et donc d'opérations de blanchiment. Toutefois, le *Tribunal fédéral* ne semble pas partager ce point de vue, même s'il faut bien avouer que la distinction entre confiscation et créance compensatrice n'est pas toujours très claire dans ses arrêts en la matière. Il a en effet, à plusieurs reprises, *admis la confiscation d'un montant économisé*,⁷⁷ y compris par une sous-

traction d'impôts.⁷⁸ Une partie importante de la doctrine adhère à cette jurisprudence.⁷⁹

Même à supposer que l'économie d'impôts soit considérée comme une valeur patrimoniale confisquable, il paraît difficile de déterminer *où cette valeur est localisée dans le patrimoine de l'auteur*⁸⁰. Pour être susceptible de blanchiment d'argent, une valeur patrimoniale doit être *individualisée*. Or, rien ne permet de considérer que les impôts afférents à tel compte dissimulé au fisc auraient dû être payés précisément au moyen de ce compte. L'actif non déclaré – tel compte – est parfaitement identifiable et localisable, mais non l'avantage fiscal réalisé sous forme d'économie. C'est le patrimoine tout entier de l'auteur qui est augmenté de cette non-dépense; admettre que la confiscation porte sur cet avantage diffus mènerait à considérer toute la fortune, y compris la partie déclarée, comme contaminée.⁸¹

Il en va différemment dans les cas où la banque doit *retenir un impôt* sur le compte en question (« *withholdable tax* ») et que cette perception n'est pas faite, par exemple parce que le contribuable a menti sur sa qualité de contribuable soumis à l'accord sur la fiscalité de l'épargne avec l'Union européenne, à l'accord QI ou, à l'avenir, à la loi FATCA ou à un accord de type « Rubik ». Dans cette hypothèse, le lieu où l'économie se réalise est localisable.

On notera au passage que la difficulté de l'établissement d'un lien de provenance n'a nullement échappé aux juristes dans les pays qui nous entourent et qui répriment d'ores et déjà le blanchiment du « produit » d'infractions fiscales. Les tribunaux ba-

⁷⁴ *Florian Baumann*, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (éds.), *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I*, 2^e éd., Bâle 2007, art. 70/71 N 27b; *Mark Pieth*, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (éds.), *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II*, 2^e éd., Bâle 2007, art. 305^{bis} N 20; *Günter Stratenwerth/Felix Bommer*, *Schweizerisches Strafrecht*, BT II, 6^e éd., Berne, 2008, § 55 N 28.

⁷⁵ *Niklaus Schmid*, *Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei*, vol. I, 2^e éd., Zurich, 2000, art. 70–72 N 53.

⁷⁶ *Baumann* (note 74), art. 70/71 N 53; *Florian Baumann*, *Geldwäscherei in Fiskalsachen – Versuch am untauglichen Objekt?*, in: Jürg-Beat Ackermann/Marianne Hilf (éds.), *Geldwäscherei – Asset Recovery*, Zurich 2012, 105 ss, 111 s., 121; *Donatsch* (note 58), 9.

⁷⁷ ATF 119 III 15; 120 IV 365, 367; TF, 1B_166/2008 du 17 décembre 2008, consid. 5.2.

⁷⁸ ATF 120 IV 365, 367; 137 IV 145, 151; ambigu: TF, 1S.6/2005 du 26 septembre 2005, consid. 7.

⁷⁹ *Jürg-Beat Ackermann/Gabriella D'Addario Di Paolo*, *Kriminelle Organisation als Geldwäschereivortat?*, *forumpoenale* (2010), 177 ss, 178; *Günter Stratenwerth*, *Schweizerisches Strafrecht*, AT II, 2^e éd., Berne 2006, § 13 N 94; *Madeleine Hirsig-Vouilloz*, in: Robert Roth/Laurent Moreillon, *Commentaire Romand I*, art. 70 N 14; *Stefan Trechsel/Marc Jean-Richard-dit-Bressel*, in: Stefan Trechsel et al. (éds.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Zurich 2008, art. 70 N 2; *Holenstein* (note 56), 20.

⁸⁰ *Mark Livschitz*, *Neue Geldwäschereivortaten – Untaten des Gesetzgebers?*, in: Jürg-Beat Ackermann/Marianne Hilf (éds.), *Geldwäscherei – Asset Recovery*, Zurich 2012, 56 ss, 88 s.

⁸¹ *Baumann* (note 76), 132.

laient en général cette objection, à l'instar des tribunaux états-uniens⁸² ou de la Cour de cassation belge.⁸³

Le législateur allemand a reconnu et partiellement réglé le problème de la «provenance», à la manière d'Alexandre le Grand coupant le nœud gordien à la lame de son épée. Il a précisé dans une clause du § 261 StGB que le blanchiment d'argent peut être commis sur les montants économisés et les rétrocessions. Dans le cas des infractions douanières, le blanchiment d'argent peut également porter sur le bien à propos duquel l'impôt est éludé. Le § 261 al. 1, 2^e phrase StGB précise, en effet: «Satz 1 gilt in den Fällen der gewerbsmässigen oder bandenmässigen Steuerhinterziehung nach § 370 der Abgabenordnung für die durch die Steuerhinterziehung ersparten Aufwendungen und unrechtmässig erlangten Steuererstattungen und -vergütungen sowie in den Fällen des Satzes 2 Nr. 3 auch für einen Gegenstand, hinsichtlich dessen Abgaben hinterzogen worden sind».

En créant les bases légales permettant d'ériger les infractions fiscales en crimes préalables, le législateur suisse ne saurait faire abstraction des difficultés résultant de l'exigence du lien de provenance qui caractérise le blanchiment d'argent. Une désignation précise des valeurs pouvant faire l'objet de blanchiment d'argent est souhaitable, même s'il paraît difficile de concilier la sécurité juridique, la volonté de ne pas créer des crimes préalables d'emblée largement inapplicables et le respect de la définition du blanchiment par référence à un lien de provenance. En particulier, l'introduction d'une variante du blanchiment d'argent érigeant en infraction la dissimulation de valeurs patrimoniales non déclarées, évoquée récemment en doctrine,⁸⁴ marquerait un écart par rapport aux fondements dogmatiques traditionnels de cette infraction.

4. Effets prévisibles sur les devoirs de diligence de l'intermédiaire financier

La création de crimes fiscaux suscite la crainte des intermédiaires financiers de se voir imposer de nouveaux devoirs lourds et difficiles à mettre en œuvre. Toutefois, force est de constater que la situation ju-

ridique actuelle est déjà fort inconfortable, de sorte que cette innovation aurait pour mérite de clarifier la situation, dans le sens que le cadre juridique serait tracé par les devoirs traditionnels de la lutte contre le blanchiment existant en relation avec tout crime.

L'intermédiaire financier ne saurait, bien entendu, se contenter d'ériger l'engagement du client de déclarer ses avoirs en obligation contractuelle, par exemple en les incluant dans les conditions générales. Il ne saurait davantage être question de se limiter à l'auto-déclaration du client.⁸⁵ Cet instrument peut être utile comme point de départ, mais le caractère plausible de l'affirmation que les avoirs sont fiscalisés doit ensuite être établi par l'intermédiaire financier en faisant preuve d'esprit critique.

Dans l'appréciation de la plausibilité de la fiscalisation, un examen attentif et réaliste des raisons pour lesquelles les avoirs sont déposés en Suisse plutôt que dans le pays d'origine joue un rôle important: est-ce vraiment la stabilité du système économique et politique et la solidité du franc suisse, ainsi que l'excellent niveau des services rendus par l'industrie financière, qui attirent le client dans notre pays ou faut-il rechercher d'autres motifs longtemps acceptés et dorénavant inavouables?

La volonté du client d'utiliser des sociétés *off-shore*, courante par le passé et souvent suscitée par l'intermédiaire financier lui-même, devra devenir un «*red flag*». L'intermédiaire financier devra donc élucider la question de savoir si le client veut jouer le jeu de la société ou simplement interposer un véhicule juridique dans le but d'éluder l'application de règles fiscales. De manière générale, l'ensemble des paramètres devra être réexaminé dans l'idée que les indices de défiscalisation, autrefois considérés comme anodins voire rassurants, seront devenus des indices d'un arrière-plan potentiellement criminel et donc de blanchiment d'argent.

La création de crimes fiscaux obligera l'intermédiaire financier à se renseigner non seulement sur la situation fiscale du client, mais aussi sur le contenu du droit fiscal auquel il est soumis, les exigences étant encore amplifiées si la méthode du seuil est choisie comme critère aggravant. L'élément du

⁸² *United States v. Yusuf*, 536 F.3d 178, 189 (3d Cir. 2008); *United States v. Morelli*, 169 F.3d 798, 806 (3d Cir. 1999).

⁸³ Belgique, Cour de Cassation, 22 octobre 2003, n° P.03.0084.F, 13.

⁸⁴ *Baumann* (note 76), 131 s.; *Donatsch* (note 58), 9.

⁸⁵ Dans le même sens, *Renate Schwob*, Von Feigenblättern und Lendenschürzen oder: Macht eine Steuerehrlichkeitserklärung eines Kunden Sinn? (Blog ASB du 19 octobre 2012).

«risque fiscal» devra être intégré dans les procédures «*Know your customer*» et dans la gestion des risques exigibles de tout intermédiaire financier. Toutefois, l'expérience récente démontre que le droit fiscal étranger fait d'ores et déjà partie du périmètre des risques «*crossborder*» que l'intermédiaire financier doit maîtriser.

V. Conclusion : le devoir de communication en matière fiscale, les phares d'une Ferrari sur une 2 CV ?

Comme déjà mentionné, le début de la procédure d'élaboration d'un avant-projet de loi en vue de la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI de 2012 a précédé de peu la révision du droit pénal fiscal, lancée par le Conseil fédéral, après que les Chambres fédérales eurent transmis une motion *Schweiger*.⁸⁶

Or, il n'y a pas de doute sur le fait que le droit pénal fiscal suisse est très insatisfaisant à plusieurs égards,⁸⁷ en particulier i) la différence juridique non

justifiée entre les infractions en matière d'impôts directs et indirects sous l'angle de l'autorité compétente et des dispositions procédurales applicables; ii) le non-respect du principe *ne bis in idem* précisé par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Zolotukhin c. Russie*;⁸⁸ iii) la tension avec le principe *nemo tenetur se ipsum accusare* (la protection contre l'auto-incrimination)⁸⁹ et iv) l'insuffisance des moyens de contrainte mis à la disposition des enquêtes fiscales nationales, dont les intérêts paraissent moins bien protégés en Suisse que ceux de certains fisces étrangers.⁹⁰

Vu les carences du droit pénal fiscal actuel, la mise en œuvre des instruments modernes et sophistiqués de la lutte anti-blanchiment évoque irrésistiblement l'image d'une 2 CV sur laquelle un mécanicien facétieux aurait monté les phares d'une Ferrari. Cela ne remplace pas des travaux de révision sérieux, selon un concept de politique criminelle cohérent, dont le but consiste à protéger les intérêts du fisc suisse de manière satisfaisante et pas seulement de faire les réparations nécessaires au regard des standards internationaux.

⁸⁶ Motion *Rolf Schweiger*. Révision totale du droit pénal en matière fiscale, 10.3493, acceptée par les Chambres fédérales (CE 15 septembre 2010; CN 1^{er} mars 2011).

⁸⁷ Pour le point sur ces questions, cf. *Donatsch* (note 58), 5 ss; *Holenstein* (note 56), *in toto*.

⁸⁸ *Zolotukhin c. Russie* [GC], n° 14939/03, CEDH, du 10 février 2009.

⁸⁹ Les difficultés sur ce point subsistent, même si des aménagements ont été apportés après la condamnation de la Suisse par la CEDH dans l'affaire *J.B. c. Suisse*, n° 31827/96, CEDH 2001-III du 3 août 2001. Cf. aussi *Chambaz c. Suisse*, n° 11663/04, CEDH, du 5 avril 2012.

⁹⁰ *Urs Behnisch/Nadja Capus*, Erneuter Renovationsbedarf im Steuerstrafrecht, insbesondere auch bei der internationalen Kooperation, RDS 129 (2010) I, 569 ss, 602; *Holenstein* (note 56), 30.