



CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

www.cdbf.ch

Journée de droit bancaire et financier du 30 octobre 2014

Blanchiment d'argent et infraction «sous-jacente» de nature fiscale: mise en œuvre des recommandations du GAFI de 2012

Prof. Ursula Cassani

Département de droit pénal



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

I. Contexte de la révision législative



2

A. Élément déclencheur de l'extension du blanchiment d'argent au domaine fiscal

Exigence du GAFI (recommandations révisées du 15 février 2012):

« [...] chaque pays devrait au minimum inclure une **gamme d'infractions au sein de chacune** des **catégories désignées d'infractions** [...]» (note interprétative à la recommandation 3).

Selon le Glossaire général, «L'expression *catégories désignées d'infractions* désigne: [...] **les infractions fiscales pénales (liées aux impôts directs et indirects)**».

Marge de manœuvre importante sous l'angle juridique («*soft law*»), plus restreinte sous l'angle politique.



3

B. Projets législatifs suisses

- Mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI
 - AP de loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, du 27 février 2013.
 - Projet du 13 décembre 2013 (FF 2014 685 (13.106) ; Message du Conseil fédéral concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, du 13 décembre 2013 (FF 2014 585)).
 - Procédure parlementaire en cours (Conseil des Etats (CE), 12/3/2014; Conseil national (CN), 19/6/2014; CE, 9/9/2014.



4

- Processus en lien avec d'autres révisions législatives prévues:
 - AP de modification de la LBA du 27 février 2013 (« conformité fiscale »); rapport sur les résultats de la consultation du 29 novembre 2013 et décision de CF de coupler ce dossier avec celui de la conclusion future de conventions prévoyant l'échange automatique de renseignements. Ensuite, introduction à l'art. 11 AP-Loi sur les établissements financiers du 25 juin 2014.
 - Révision du droit pénal fiscal: AP de loi fédérale sur l'unification des procédures pénales en matière fiscale ; rapport explicatif relatif à la loi fédérale sur l'unification du droit fiscal pénal du 29 mai 2013 (projet annoncé pour fin 2015).



5

II. Infraction préalable fiscale: principales propositions dans le cadre de la mise en œuvre de GAFI 2012



6

1. Le délit fiscal qualifié est érigé en infraction préalable au regard de l'art. 305^{bis} ch. 1 P-CP

« Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime **ou d'un délit fiscal qualifié** [...] ».

- Approche différente de l'AP (qui proposait de doter les art. 186 LIFD et 59 LHID d'aggravantes assorties de peines de niveau criminel);
- Rupture avec la définition traditionnelle du blanchiment en droit suisse qui suppose un crime.



7

2. Définition du délit fiscal qualifié dans le CP (art. 305^{bis} ch. 1^{bis} P-CP)

« Sont considérées comme un **délit fiscal qualifié**, les infractions mentionnées à l'art. 186 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct et à l'art. 59, al. 1, 1^{er} état de fait, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, **lorsque les impôts soustraits par période fiscale se montent à plus de 200 000 francs** ».

- **Définition par rapport à l'usage de faux** (art. 186 LIFD ; art. 59 al. 1, 1^{er} état de fait LHID (qui restent **inchangés**)):
 - usage (intentionnel) d'un faux matériel ou intellectuel (pas la déclaration d'impôt elle-même); renonciation au modèle de l'astuce;
 - dans **le but** de commettre une soustraction d'impôt;
 - ne concernent que les **impôts directs** (revenu et fortune);
 - intention.



8

Valeur seuil

- CF: lorsque les impôts soustraits par période fiscale se montent à plus de **200'000 francs**;
- CE (12/3/2014): **300'000 francs**;
- CN (19/6/2014): «lorsque ces infractions ont donné lieu à un ou plusieurs **remboursements** d'impôt se montant à **plus de 200'000 francs** par période fiscale »;
- CE (9/9/2014) : maintien de sa solution (impôts **soustraits** plus de **300'000 francs**);
- Commission CN (17/10/2014): majorité (14 c. 10) propose d'accepter la solution du CE.

Détermination de la valeur seuil:

- Est déterminant le montant d'impôt soustrait et non l'assiette imposable (contrairement à l'AP).
- Par période fiscale (un an).
- L'impôt soustrait s'examine « par contribuable » et non par compte bancaire (l'intermédiaire financier peut donc n'avoir qu'une vision partielle de la situation).



9

3. Elargissement de l'art. 14 al. 4 DPA (contrebande aggravée) à des escroqueries en matière de contributions indirectes commises sans trafic transfrontière (notamment TVA)

Projet CF (art. 14 al. 4 P-DPA):

« Celui qui, par **métier** ou avec le **concours de tiers**, se sera procuré ou aura procuré à un tiers un **avantage illicite particulièrement important ou aura porté atteinte de façon substantielle** aux intérêts pécuniaires ou à d'autres droits des pouvoirs publics en commettant une infraction au sens des al. 1 ou 2 dans les domaines des contributions ou des douanes, sera puni d'une **peine privative de liberté de cinq ans au plus** ou d'une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée ».



10



- CE (12/3/2014): comme CF.
- CN (19/6/2014): modification de l'al. 4 biffée (retour à contrebande aggravée) et ajout d'un al. 5 :

*« Celui qui aura astucieusement induit en erreur l'administration, par la présentation 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, et aura de la sorte, pour son bénéfice ou celui d'une autre personne, obtenu sans droit le **remboursement de contributions** sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire, **si le montant des contributions remboursées est supérieur à 200 000 francs par an** ».*

- CE (9/9/2014): comme CF.



11



4. Extension des devoirs LBA aux délits fiscaux qualifiés

- Le devoir de communication (art. 9 al. 1 lit. a ch. 2 P-LBA), tout comme le droit de communication (art. 305^{ter} ch. 2 P-CP), s'appliquent aux soupçons de délit fiscal qualifié (de même, naturellement, qu'au crime de l'art. 14 al. 4 DPA).
- Les indices laissant supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un délit fiscal qualifié déclenchent le devoir de clarification (art. 6 al. 2 lit. b P-LBA).



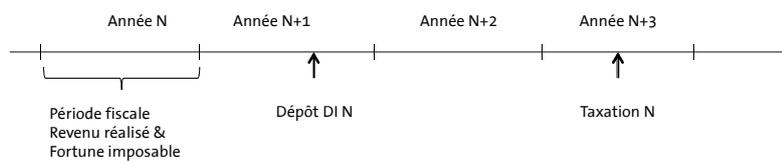
12

III. Quatre questions



13

1. Quand le blanchiment peut-il être commis en cas de délit fiscal qualifié?



© prof. P. M. Glauser (schéma)



14

- 
- Ce n'est qu'au **moment de la taxation** qu'un avantage fiscal est obtenu.
 - Le **blanchiment d'argent ne peut être commis que sur le résultat de la soustraction consommée**; il n'y a pas de tentative avant l'obtention de l'avantage.
 - Le **devoir de communication** ne naît qu'à partir de ce moment-là (... d'où la nécessité de définir des règles de comportement claires de «conformité fiscale»).



15



2. Quelle est la valeur patrimoniale susceptible de blanchiment ?

- Maintien de l'exigence d'un **lien de provenance** qui caractérise le blanchiment d'argent: « valeurs patrimoniales **provenant** d'un délit fiscal qualifié » (art. 305^{bis}, al. 1 P-CP).
 - Maintien de la référence à la **confiscation (art. 70 CP)**. La valeur **découle causalement** de l'infraction en amont (ATF 129 II 453, 461, 137 IV 79, 81, etc. ; Message, FF 2014 606).
- Il ne s'agit pas de la valeur non fiscalisée, mais de l'avantage fiscal obtenu par l'infraction d'usage de faux (doublée d'une soustraction).



16

Difficultés et controverses :

- En général, l'avantage fiscal se présente sous la forme d'une **économie** d'impôt. Une non-dépense peut-elle être confisquée ? – Controversé, mais admis par le TF et la doctrine (ATF 120 IV 365, 367 ; ATF 137 IV 145, 151; *contra* : SCHMID (etc.) : c'est un cas de créance compensatrice, art. 71 CP).
- Si un montant d'impôt économisé peut être confisqué, où se trouve cette valeur dans le patrimoine de l'auteur ? Quelle est la valeur « sale » ? Les impôts sont en général payés au moyen d'un compte déclaré – est-ce là que se trouve l'avantage fiscal ?
- La solution du CN pose le problème différemment, puisqu'il faut que l'auteur ait obtenu **un remboursement** d'impôt qui découle de manière incontestable de l'infraction. Cette solution restreindrait considérablement l'application du blanchiment en matière fiscale, puisque les remboursements constituent l'exception.



17

3. Quelle est la définition déterminante lorsque l'infraction fiscale préalable est commise au préjudice du trésor public étranger?

- La condition de la double incrimination s'applique (art. 305^{bis} ch. 3 CP).
- L'appréciation est abstraite selon la doctrine et le TF (ATF 136 IV 179, 187). Il convient donc de se demander:
 - si l'infraction est punissable à l'étranger;
 - si les mêmes faits, transposés en Suisse, seraient punissables comme délit fiscal qualifié. Cela suppose :
 - une infraction au sens des art. 186 LIFD ou 59 al. 1, 1^{er} état de fait LHID (impôts sur les revenus et la fortune, usage d'un faux) et
 - que l'impôt soustrait soit supérieur à 200'000 (resp. 300'000) francs (à calculer selon le droit fiscal étranger).



18

- 
- Le **Message est contradictoire** sur la question de la double incrimination :
 - FF 2014 649 : adhère aux principes rappelés ci-dessus.
 - FF 2014 650 : « *Afin que la disposition ne reste pas lettre morte lorsque l'infraction a été commise à l'étranger, la condition de la double incrimination ne doit pas être interprétée de manière trop stricte. [...] Lorsque la soustraction «simple» est déjà punissable à l'étranger, la condition de la double incrimination doit être considérée comme remplie.* ».



19

- 
- **Clarifications répétées devant les Chambres fédérales** : L'application de la double incrimination selon l'art. 305^{bis} ch. 3 CP suppose que l'acte soit un délit fiscal qualifié selon la définition du droit suisse:

*«Die Kriterien, die wir haben, müssen in jedem Fall erfüllt sein - unabhängig davon, wie das Delikt im anderen Staat qualifiziert ist. Das heisst, es muss eine **vorsätzliche, vollendete Steuerhinterziehung sein, mittels Verwendung falscher Urkunden; das ist bei uns eine klare Limite.** Die hinterzogene Steuer muss auch mehr als 200 000 Franken - das sagen wir im Entwurf, jetzt sind es dann vielleicht mehr als 300 000 Franken - betragen. Diese Eckwerte müssen gegeben sein; sonst kann man gar nicht von doppelter Strafbarkeit sprechen » (BOCE 2014 172; Conseillère féd. Widmer Schlumpf) .*



20

4. Quand les nouvelles dispositions deviendront-elles applicables?

- La procédure parlementaire n'est pas encore achevée (nombreuses divergences après la 2^{ème} lecture du CE; retour au CN, ensuite peut-être 3^{ème} lecture, puis conférence de conciliation si les divergences devaient persister).
- Quand la modification sera entrée en vigueur, le principe de la non-rétroactivité s'appliquera. Selon la disposition transitoire introduite par le CE, le blanchiment ne s'appliquera pas aux délits fiscaux qualifiés commis avant l'entrée en vigueur de la modification (*idem* pour l'art. 14 al. 4 DPA nouvelle teneur).
- Il faut, en outre, que la soustraction soit consommée (décalage temporel).



21

- Le devoir de communication (art. 9 LBA) et le droit de communication (art. 305^{ter} al. 2 CP) supposent également que l'infraction fiscale soit commise et l'avantage obtenu après l'entrée en vigueur de la modification législative.
- En revanche, dans le domaine de l'entraide internationale en matière pénale, on tient compte, aux fins de la condition de la double incrimination, **du droit tel qu'il est le jour où l'autorité d'entraide statue** (ATF 130 II 217, 235 ; 129 II 462, 465). L'extension du blanchiment aux délits fiscaux qualifiés s'appliquera donc aux décisions d'entraide **dès l'entrée en vigueur de la révision**, même si l'infraction en amont ou l'acte de blanchiment sont antérieurs. L'entraide sous toutes ses formes, y compris l'extradition, sera à disposition pour le blanchiment de valeurs issues de délits fiscaux qualifiés sur la base de l'EIMP (i.e. pour **tous les Etats**).



22