

# Mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012\*

---

Prise de position de la Déclaration de Berne

Lausanne et Zurich, 13 juin 2013



Au Secrétariat d'Etat aux questions  
financières internationales  
Division affaires multilatérales  
Section criminalité financière  
Bundesgasse 3, 3003 Berne

## Résumé

L'avant-projet en consultation consiste à réviser une partie substantielle du dispositif suisse de lutte anti-blanchiment. Il intègre dans la loi les normes éditées par le GAFI de façon cohérente, mais aussi souvent minimale. La transparence des ayants droit économiques (ADE), la définition de l'escroquerie fiscale grave, la soumission des secteurs non financiers à la LBA (en particulier du négoce des matières premières) sont les principaux points qui mériteraient d'être renforcés. La révision des normes du GAFI présente l'occasion de mener une mise à jour ambitieuse des règles anti-blanchiment helvétiques et cette occasion doit être saisie. A défaut, la Suisse sera probablement amenée à modifier à nouveau ce dispositif au cours des années qui viennent, pour s'adapter à des normes et des pratiques internationales plus sévères.

---

\* Cette prise de position est rendue publique au même instant que celle portant sur la révision de la LBA au titre de la stratégie concernant la place financière – obligations de diligence étendues pour empêcher l'acceptation de valeurs patrimoniales non fiscalisées.

## Table des matières

<b>1. Préambule</b> .....	2
<b>2. Remarques générales</b> .....	3
2.1 Renforcer les dispositions relatives à la détermination des ayants droit économiques (ADE) des sociétés et accroître la quantité des informations disponibles auprès des registres du commerce .....	3
2.2 Etendre l'identification obligatoire des ayants droit économiques (ADE) par les intermédiaires financiers .....	7
2.3 Les dispositions relatives aux PPE. Continuer à considérer les personnes morales comme des PPE.....	9
2.4 Nouvelles infractions fiscales pénales .....	10
2.5 L'élargissement de la LBA aux acteurs non-financiers (immobilier, ventes mobilières) .....	13
2.6 Négoce des matières premières et blanchiment d'argent – des précisions nécessaires .....	15
2.7 La modification du système de communication de soupçon proposée est sage, mais elle suppose un durcissement des sanctions pour les intermédiaires financiers qui ne s'y conforment pas. ....	20
<b>3. Remarques spécifiques</b> .....	22
3.1 Renforcer les dispositions destinées à identifier les ayant droits économiques des personnes juridiques.....	22
3.2 Renforcer les dispositions relatives à la transparence des sociétés et accroître la quantité des informations disponibles auprès des registres du commerce.....	22
3.3 Identification de l'ayant droit économique (ADE) par les intermédiaires financiers .....	23
3.4 Les dispositions relatives aux PPE.....	24
3.5 Nouvelles infractions fiscales pénales .....	24
3.6 Entraide internationale en matière pénale .....	25
3.7 La soumission des opérations immobilières et mobilières à la LBA .....	27
3.8 L'application de la LBA au secteur du négoce .....	27
3.9 Sanctions des intermédiaires financiers qui n'appliquent pas leurs devoirs de diligence .....	27

## 1. Préambule

Comme organisation active dans le domaine de la politique de développement, la Déclaration de Berne (DB) est particulièrement préoccupée par les problèmes posés par les flux financiers illicites aux pays les plus pauvres. Depuis sa création en 1968, la DB a lancé plusieurs actions, tant à l'échelle internationale que nationale, destinées à attirer l'attention sur les enjeux de cette problématique et à combler les différentes lacunes de la législation helvétique favorisant l'utilisation de la place financière suisse comme havre pour les valeurs patrimoniales illicites provenant des pays du Sud.

Rappelons l'ampleur des flux financiers illicites émanant des pays du Sud : selon une estimation désormais reprise par le Conseil fédéral,<sup>1</sup> l'OCDE estime à 850 milliards de dollars les sommes transférées chaque année des pays en développement vers des paradis fiscaux étrangers. Ces flux proviennent de la corruption, de l'abus de biens publics, du banditisme, de l'évasion fiscale ou de délits apparentés. Ils renforcent la mauvaise gouvernance, la criminalité économique et les organisations qui s'y livrent et privent les pays les plus pauvres de la possibilité de mobiliser efficacement leurs ressources domestiques pour leur développement.

Très internationalisée, la place financière helvétique est la première place mondiale pour la gestion de fortune privée transfrontalière. Selon une estimation souvent reprise, 27% de ce marché lui reviendrait. Elle est donc tout particulièrement concernée par cette problématique. Les affirmations de ses représentants selon lesquelles le système de lutte anti-blanchiment helvétique serait « l'un des plus rigoureux du monde »<sup>2</sup> ont été démenties par les évaluations du GAFI ou de l'OCDE, qui ont pointé ses lacunes à réitérées reprises. En outre, la distinction helvétique entre fraude et évasion fiscale a attiré des capitaux importants cherchant auprès des banques suisses avant tout un havre sûr, étanche aux sollicitations du fisc de leur pays d'origine.

En 2012, le GAFI a modifié ses 40 recommandations contre le blanchiment d'argent et les autorités suisses se proposent de reprendre, dans le droit helvétique, les modifications qui en découlent. Cette réforme est l'occasion de renforcer des normes de blanchiment helvétiques, que 60% de la population suisse considérerait aujourd'hui insuffisantes, ainsi qu'en atteste un sondage récent de l'ASB.<sup>3</sup> Elle est aussi l'occasion de prendre enfin sur le plan pénal des mesures contre l'évasion fiscale grave. De ce point de vue, soulignons que ceci ne saurait empêcher le développement en parallèle de mesures préventives destinées à prévenir l'afflux en Suisse de valeurs patrimoniales soustraites à l'impôt. La plus efficace de ces mesures constituerait sans contestation l'échange automatique d'informations fiscales avec toutes les autorités des pays de droit. Parce qu'elle a jusqu'ici refusé cette éventualité, la place financière suisse a obtenu le

---

<sup>1</sup> [Rapport](#) du Conseil fédéral, *Avantages et inconvénients d'accords sur l'échange de renseignements avec des pays en développement*, 4 avril 2012.

<sup>2</sup> Cf. par ex. la [page internet](#) de la fondation « Genève place financière ».

<sup>3</sup> [Sondage](#) MIS-Trend de février 2013 « les questions bancaires actuelles 2013 » accompli pour l'ASB, p. 33.

développement d'une alternative avec la « stratégie de l'argent blanc » qui vise, pour éviter l'afflux supplémentaire de capitaux fuyant le fisc, sur un élargissement des devoirs de diligence des banques et est présentée comme une mesure équivalente. Cette proposition fait l'objet d'un avant-projet mis en consultation simultanément à l'avant-projet dont il est question ici. Nous laissons, dans les pages qui suivent, cette stratégie de côté, et renvoyons à ce propos à notre prise de position spécifique.<sup>4</sup> Soulignons simplement que si la « stratégie de l'argent blanc » dépend de la pratique, par la Suisse, de l'échange automatique d'informations, la réforme considérée ici en est indépendante.

## 2. Remarques générales

L'avant-projet en consultation consiste à réviser une partie substantielle des lois constitutives du dispositif suisse de lutte anti-blanchiment. Il intègre dans la législation des propositions permettant de mettre celle-ci à niveau avec les normes édictées par le GAFI d'une façon cohérente et détaillée mais souvent aussi insuffisante pour remédier effectivement aux problèmes du blanchiment d'argent et de l'évasion fiscale en provenance des pays du Sud. S'il faut saluer le fait que les autorités entendent implémenter dans la législation suisse les standards internationaux de lutte contre le blanchiment et si on peut comprendre, du point de vue de l'ordre juridique à court terme, la volonté de limiter les modifications aux régimes légaux en vigueur, on doit surtout regretter la timidité de l'avant-projet et le fait que certaines des dispositions proposées soient d'un effet cosmétique sur les problèmes qu'ils sont censés régler. L'adaptation de la législation aux normes du GAFI présente l'occasion de mener une mise à jour ambitieuse des règles anti-blanchiment helvétiques et cette occasion doit être saisie. A défaut, la Suisse sera probablement amenée à modifier à nouveau ce dispositif au cours des années qui viennent, pour s'adapter à des normes et des pratiques internationales plus sévères. Dans notre prise de position, nous soulignons dès lors les lacunes ou les faiblesses les plus importantes de l'avant-projet soumis en consultation, en proposant des mesures plus efficaces.

### 2.1 Renforcer les dispositions relatives à la détermination des ayants droit économiques (ADE) des sociétés et accroître la quantité des informations disponibles auprès des registres du commerce

De façon générale, il convient de relever que l'usage de structures juridiques permettant de cacher l'identité de ses ADE est l'un des traits récurrents des cas de criminalité financière et économique internationale. Toutefois, et comme la Banque mondiale, l'initiative Star et l'office des Nations Unies contre la drogue et le crime le relevaient dans un rapport conjoint publié en 2011 à ce sujet, « la plupart des pays n'ont pas de stratégie cohérente pour s'attaquer à ce problème ».<sup>5</sup> Le scandale « offshore leaks » ayant

---

<sup>4</sup> [www.ladb.ch/argentpropre](http://www.ladb.ch/argentpropre)

<sup>5</sup> *The Puppet Masters. How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*, Washington, The World Bank, 2011, p. 33.

révélé au Printemps 2013 l'existence de centaines de milliers de structures juridiques dédiées à masquer l'identité de leurs ADE a aussi montré l'ampleur du problème et accru la nécessité d'y remédier.

La proposition actuelle de réforme légale visant à inscrire dans le droit suisse les recommandations du GAFI propose deux mesures visant à améliorer l'identification des détenteurs de société en instaurant un devoir d'annonce des actionnaires au porteur envers la société (art. 697 i CO), ainsi qu'un devoir d'annonce des ayants droit économiques (ADE) disposant de plus de 25% des parts ou des voix d'une société non cotée (art. 697 j et 790a CO). Ce seuil de 25% est également introduit comme définition de l'ADE d'une personne morale exerçant une activité opérationnelle à l'art. 2a al. 4 LBA. Ces mesures prises pour mettre la législation suisse en conformité avec les recommandations 24, 25 et 33 du GAFI<sup>6</sup> doivent donc être saluées comme un pas nécessaire dans la bonne direction. Rappelons que l'incapacité à identifier les détenteurs d'actions au porteur a été l'une des raisons pour lesquelles la Suisse reste le seul pays de l'OCDE bloqué en phase 1 de son évaluation par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales.<sup>7</sup>

Ces mesures sont toutefois insuffisantes. Le seuil de 25% proposé aux art. 697 j et 790a CO a été calqué sur les normes européennes, et il correspond en effet à la fois à la pratique actuelle et au projet de réforme de la directive européenne anti-blanchiment.<sup>8</sup> La loi FATCA prévoit néanmoins un seuil plus bas, de 10%, pour déterminer les « U.S. owned foreign entities ». Ce seuil de 10% devrait être repris ici aussi au lieu des 25% proposés, puisque les intermédiaires financiers suisses appliquant cet accord auront de fait à identifier les ADE des sociétés à partir de ce seuil.

Un autre élément sur lequel l'avant-projet ne va pas assez loin est la publicité des informations relatives aux ADE. Si elles permettent effectivement d'assurer la présence en Suisse des informations relatives aux liens de propriété (ayants droit économiques), et permettent dès lors à nos autorités – par exemple à une autorité de poursuite pénale – de les obtenir au besoin, elles ne prévoient pas que ces informations soient mises à disposition du public, pas davantage qu'elles soient validées par une autorité. Le fait que les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitées soient désormais obligées, au titre du présent projet, de tenir une liste de leurs ayants droit économiques leur permet, par ailleurs, de faire face à un devoir d'identification publique de ceux-ci.

La question de la transparence des ayants droit économiques des personnes juridiques a pris, ces derniers mois, une place importante dans l'agenda international. Les voix réclamant davantage de transparence se sont multipliées et plusieurs déclarations d'intentions ont été faites à ce propos, notamment par le Premier ministre britannique

---

<sup>6</sup> Ces [recommandations](#) du GAFI fixent les devoirs relatifs à la transparence et les bénéficiaires effectifs des personnes morales et constructions juridiques et obligent les autorités à s'assurer que les informations sur le contrôle effectif des personnes morales puissent être obtenues par les autorités compétentes.

<sup>7</sup> OECD, *Peer review report – Phase 1: Legal and Regulatory Framework – Switzerland*, 2011, § 91-3. <http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/CH#peerreview>

<sup>8</sup> 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. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52013PC0045:FR:NOT>

David Cameron, qui a engagé le G8 et l'UE en ce sens.<sup>9</sup> Un rapport réalisé pour le « World Economic Forum » de Davos a, lui, édicté en 2012 des recommandations selon lesquelles tous les pays devraient publier dans des registres officiels et publics accessibles à prix modique des informations sur les ADE des sociétés: «Regarding the registration of corporate entities, it is recommended that: 1) information registered with official agencies include both legal owners (directors and shareholders) and beneficial owners 2) the registered information be verified by the registry authority 3) the registered information be updated in a timely manner by the corporate entity when there are changes 4) the register be accessible to the public against payment online; 5) payment should be minimal to encourage access.»<sup>10</sup> Un rapport récent cosigné par la Banque africaine de développement forme une recommandation semblable.<sup>11</sup> Il est dès lors vraisemblable que le nombre de pays pratiquant une politique de transparence se multiplie à brève échéance.

La Suisse doit prendre les devants et instaurer une réelle transparence des sociétés non cotées, en prévoyant que le registre du commerce obtienne des rapports annuels de toute société, cotée en bourse ou non, détaillant au minimum des informations sur ses directeurs, ses administrateurs, ses actionnaires, ses ADE, dès qu'ils contrôlent plus de 10% des parts d'une société, ses filiales et sociétés-mères, son chiffre d'affaires, ses bénéficiaires, ses impôts, ses activités détaillés par pays et par filiales, et que ces rapports annuels puissent être obtenus publiquement auprès des registres du commerce suivant les exemples des Pays Bas<sup>12</sup> ou de Singapour.<sup>13</sup> Ces informations devraient pouvoir être obtenues on line. Les informations relatives aux ADE des sociétés suisses doivent en outre figurer sur les extraits du registre de commerce consultables publiquement et être tenus à jour, selon l'exemple de ce qui se pratique, par exemple en Slovénie.<sup>14</sup> C'est-à-dire que les sociétés doivent être tenues d'annoncer rapidement toute modification de la liste des ADE contrôlant plus que 10% des parts d'une société.

A défaut, il demeurera impossible pour une relation d'affaire d'une société non cotée de savoir réellement avec qui elle traite. Pour donner un exemple : une firme achetant des licences de téléphonie mobile ou des concessions minières d'un pays à faible gouvernance à une société suisse, supposant que derrière celle-ci se cachent des officiels

---

<sup>9</sup> «Therefore, the G8 and EU must work together to ensure full transparency in beneficial ownership. (...) I hope G8 Leaders will consider publishing national Action Plans by June that set out concrete steps that their governments will take to achieve this – including, for example, by enhancing the availability of beneficial ownership information through central public company registries.» Déclaration faite dans une lettre à la Commission européenne cit. in *Financial Times* 25.04.2013 [nous soulignons].

<sup>10</sup> WEF (ed.), Global Agenda Council on Organized Crime, *Organized Crime Enablers*, July 2012.

<sup>11</sup> The World Bank ; *Global Financial Integrity (eds.), Illicit Financial Flows and the Problem of Net Resource Transfers from Africa: 1980-2009*, May 2013, p. 44.

<sup>12</sup> *Registre du commerce des Pays-Bas* : <http://www.kvk.nl/englishwebsite/trade-register/searching-in-the-trade-register/> Informations disponibles : recherches par nom ou numéro d'incorporation ; rapports annuels détaillés de toute société, cotée en bourse ou non ; date d'incorporation ; directeurs et administrateurs ; actionnaires – à certaines conditions ; chiffre d'affaires ; bénéficiaires ; impôts ; filiales. La base légale en usage aux Pays-Bas (Section 2.9.7 Dutch [Civil Code](#) Book 2) décline en outre les informations publiées en fonction de la taille des sociétés.

<sup>13</sup> *Registre du commerce de Singapour* : <https://www.psi.gov.sg/NASApp/tmf/TMFServlet?app=MYBIZFILE-DIR-ENTITY>. Informations disponibles : recherches par nom ou numéro d'incorporation ; rapports annuels détaillés de toute société, cotée en bourse ou non ; date d'incorporation ; directeurs et administrateurs ; actionnaires ; chiffre d'affaires ; bénéficiaires ; impôts ; activités (détaillées par pays) et filiales.

<sup>14</sup> [http://www.ajpes.si/Registers/ePRS\\_Business\\_Register](http://www.ajpes.si/Registers/ePRS_Business_Register)

du pays en question déterminés à détourner une partie des revenus provenant de l'opération, ne pourra pas le vérifier et court donc le risque d'être complice de détournement de fonds publics ou peut-être même de corruption, par incapacité à déterminer avec qui elle travaille. Incriminée pour avoir acheté des licences 3G à une société de Gibraltar, Takliant, appartenant vraisemblablement à Gulnara Karimova, la fille du dictateur ouzbek, un opérateur suédois de téléphonie mobile s'est récemment vu reprocher dans un avis de droit de ne pas avoir réussi à identifier l'ADE de la société vendant les licences en question.<sup>15</sup> Cet exemple n'a pas qu'une portée théorique : des cas récents ont montré que parfois, des personnes exposées politiquement ou des réseaux criminels se cachent derrière des sociétés suisses.<sup>16</sup>

Un autre élément important de ce point de vue est la mise à disposition des administrations fiscales de pays tiers d'informations relatives aux liens de propriété entre sociétés. Pour un contribuable d'un pays tiers, qu'il s'agisse d'une personne morale ou d'une personne physique, le fait de pouvoir dissimuler aux autorités de son pays d'origine l'existence d'une relation de propriété avec une structure helvétique destinée à éviter l'impôt est capital.<sup>17</sup> Or, pour l'autorité fiscale d'un pays tiers, il peut être très difficile de rassembler les informations permettant de documenter précisément l'évasion fiscale d'un contribuable et de solliciter l'entraide administrative à la demande. Le fait de publier les ADE d'une société privée suisse est donc décisif du point de vue de la lutte contre l'évasion fiscale.

Il est par ailleurs logique que ces informations soient publiées au registre du commerce, de façon à permettre à des intermédiaires financiers cherchant à vérifier la véracité des informations qu'ils sont tenus de connaître, au titre du présent projet, si les informations transmises par la société cocontractante correspondent à la réalité telle qu'elle est déclarée en Suisse.

D'autres solutions destinées à atteindre le même but ont été étudiées par la DB dans la foulée de cette prise de position, mais n'ont pas été retenues. Qu'il soit permis d'en dire un mot rapidement :

- a) Le fait de publier au registre du commerce les actionnaires des sociétés (comme il est d'usage dans une majorité des pays européens),<sup>18</sup> est insuffisant, puisque d'autres sociétés (écran ou opérationnelles) peuvent être actionnaires d'une société.
- b) Le fait de demander la publication des rapports de gestion au sens de l'art. 958 al. 2 CO est insuffisant, car toutes les sociétés ne sont pas obligées de réaliser de tels rapports ; en outre, ceux-ci ne sont pas tenus légalement de contenir des indications précises sur les ADE. Le fait de généraliser la production de tels

---

<sup>15</sup> *Financial Times*, 8.3.2013.

<sup>16</sup> *L'Hebdo* du 4.7.2012 documentait l'existence des sociétés de domicile fribourgeoises du clan Obiang, révélées par l'affaire française dite des « biens mal acquis ». *La Liberté* du 27.04.2013 faisait état de l'enquête américaine menée pour blanchiment envers une banque biélorusse, qui était, elle aussi, aux mains d'une société fribourgeoise.

<sup>17</sup> MARRIAGE, Alex, [Secret structures, hidden crimes: Urgent steps to address hidden ownership, money laundering and tax evasion from developing countries](#), Eurodad (éd.), 2013.

rapports – coûteux et contenant souvent des indications qui ne sont pas pertinentes pour la lutte contre le blanchiment – ne paraît pas adéquate. Il paraît en revanche justifié de demander à toutes les sociétés suisses de publier un bref rapport contenant des informations sommaires sur leurs activités, comme proposé supra.

- c) Le fait de demander aux administrations du registre du commerce de vérifier qui sont les ADE des sociétés paraît impliquer une charge de travail excessive et d'une nature trop différente de leurs tâches actuelles. Il paraît dès lors préférable d'instaurer pour les sociétés un devoir d'annonce envers les registres du commerce, assorti d'une obligation de publication pour ceux-ci.

## **2.2 Etendre l'identification obligatoire des ayants droit économiques (ADE) par les intermédiaires financiers**

Dans le cadre des mesures de diligence des intermédiaires financiers, la norme du GAFI relative à l'identification des ayants droit économiques (ADE) a été précisée. La recommandation 10 exige désormais que des mesures soient prises par les intermédiaires financiers pour identifier les personnes physiques qui contrôlent en dernier lieu une personne morale. Le présent avant-projet de loi a étendu en ce sens les devoirs de diligence des intermédiaires financiers helvétiques en modifiant l'article 4 de la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA) sur deux points.

Le premier consiste à ajouter à l'art. 4 LBA un premier alinéa obligeant l'intermédiaire financier à identifier l'ADE « avec la diligence requise par les circonstances », sauf si la société est cotée en bourse ou s'il s'agit d'une filiale majoritairement détenue par de telles sociétés. Cette disposition constitue une amélioration par rapport à la situation actuelle où les intermédiaires financiers n'étaient tenus que de requérir une déclaration écrite à ce sujet. Toutefois, la modalisation « avec la diligence requise par les circonstances » peut être interprétée comme relativisant excessivement cette nécessité, raison pour laquelle il y a lieu de la supprimer.

Second point, l'ancien alinéa 1 (désormais al. 2) a été complété en ce sens que l'intermédiaire financier doit désormais requérir une déclaration écrite indiquant qui est l'ADE aussi lorsque le cocontractant est une personne morale exerçant une activité opérationnelle. Cette disposition ne s'étendait, pour l'instant, qu'aux personnes morales n'exerçant pas d'activité opérationnelle (sociétés de domicile). Pour les sociétés opérationnelles, cette obligation se limitait pour l'instant à l'identification de sa raison sociale et de l'adresse de son siège (art. 39 al. 1 let. B OBA-FINMA). Cette extension est à saluer.

On peut cependant regretter qu'aucune précision n'ait été apportée pour préciser les règles destinées à identifier les ADE des trusts. Rappelons qu'au sens du droit existant,<sup>19</sup> les intermédiaires financiers doivent, dans le cas de trusts et de constructions

---

<sup>18</sup> RICCARDI, Michele, (ed.), *The identification of beneficial owners in the fight against money laundering - Final report of project BOWNET – Identifying the beneficial owner of legal entities in the fight against money laundering networks*, Milano, Transcrime, 2013, p.53. [http://www.bownet.eu/materials/BOWNET\\_Final\\_report.pdf](http://www.bownet.eu/materials/BOWNET_Final_report.pdf).

assimilables non révocables, identifier leurs fondateurs effectifs, les personnes habilitées à donner des instructions aux cocontractants ou à leurs organes, le cercle des personnes pouvant entrer en ligne de compte comme bénéficiaires – des indications générales suffisent –, et enfin les curateurs, protecteurs et titulaires de fonctions comparables. Pour des constructions révocables, les personnes habilitées à procéder à la révocation doivent être indiquées comme ADE. Rien n’oblige cependant pour l’instant à déterminer précisément les ADE bénéficiaires des versements.

Il ne paraît pas inutile de reprendre ces dispositions dans la Loi elle-même en ajoutant ici un chiffre d) reprenant les dispositions actuelles de l’OBA-FINMA. Il serait important toutefois de modifier celles-ci sur deux points.

- D’une part en généralisant l’identification des personnes impliquées dans des structures révocables au-delà de celles autorisées à révoquer (en appliquant l’al. 1 de l’OBA-FINMA aussi aux structures révocables visées à l’al. 2 actuel)
- D’autre part, en obligeant les intermédiaires financiers à identifier l’origine des fonds conservés au nom d’un trust et l’ADE des bénéficiaires des versements de trusts. Il reste en effet impossible d’obliger les intermédiaires financiers à déterminer quels sont les ADE des trusts discrétionnaires, dont les bénéficiaires économiques n’existent pas, légalement.<sup>20</sup> Une telle façon de faire permettrait de combler cette lacune au moins partiellement.

On peut relever également au passage qu’il serait utile de consigner dans l’OBA-FINMA, que les curateurs des trusts et constructions assimilées sont tenus de communiquer à l’intermédiaire financier dans un délai précis (14 jours) toute modification dans le cercle des personnes pouvant entrer en ligne de compte comme bénéficiaires.

Selon une étude récente de la Banque mondiale, les trusts ne joueraient qu’un rôle secondaire dans les cas de blanchiment d’argent résultant de la corruption impliquant des structures opaques.<sup>21</sup> Toutefois, cette proportion est sans doute vouée à augmenter à l’avenir, avec le renforcement international des règles de transparence pour les sociétés. Pour cette raison, il paraît incontournable de développer les normes de transparence applicables à ce type de véhicules financiers également, dans les limites posées par la Convention de la Haye sur les trusts, ratifiée par la Suisse en 2007.

---

<sup>19</sup> [OBA Finma](#), art. 53

<sup>20</sup> Cf. [Arrêt rendu le 18 mars 2011 par le TAF, cause N° A-7013/2010](#).

<sup>21</sup> *The Puppet Masters. How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*, Washington, The World Bank, 2011, pp. 202-7. Les trusts n’ont été utilisés que dans 5% des centaines de cas analysés par la banque mondiale dans ce rapport.

### 2.3 Les dispositions relatives aux PPE. Continuer à considérer les personnes morales comme des PPE

Le présent avant-projet de loi prévoit d'ancrer désormais à l'article 2 a de la LBA la définition des personnes politiquement exposées (PPE) figurant aujourd'hui à l'art. 2 a de l'OBA-FINMA. Ceci permettrait d'étendre matériellement cette définition aux membres des organismes de régulation, qui ne sont pas formellement soumis, aujourd'hui, à l'OBA-FINMA et réglerait de façon harmonisée pour l'ensemble des intermédiaires financiers les exigences relatives aux PPE. Cette proposition doit donc être saluée en principe.

Il convient néanmoins de remarquer que la nouvelle mouture proposée dans l'avant-projet discuté ici ne reprend pas telle quelle les dispositions actuelles de l'article 2 a de l'OBA-FINMA. Au-delà des modifications bienvenues destinées à mettre cette définition en conformité avec les exigences nouvelles découlant des récentes modifications des recommandations du GAFI (inclusion des PPE nationales, extension aux PPE d'organisations internationales, inclusion des PPE n'étant plus en fonction), l'avant-projet adopte une définition des personnes proches de PPE plus restrictive que la pratique actuelle. A son article 2, let. a al. 2, l'OBA-FINMA considère aujourd'hui comme PPE « les entreprises et les personnes [...] qui, de manière reconnaissable, sont proches des PPE [...] ». L'avant-projet limite cette définition aux personnes physiques (art. 2 a al. 2 LBA : « sont réputées proches de PPE les personnes physiques qui, de manière reconnaissable, sont proches des PPE »). C'est une restriction qui n'apparaît pas nécessaire. On peut, par ailleurs, souligner que d'autres pays (p. ex. les USA) disposent également d'une définition de PPE incluant les personnes juridiques.<sup>22</sup>

Contrairement à ce qu'une lecture rapide de l'avant-projet pourrait laisser penser, le fait de définir également comme PPE des personnes morales proches de PPE n'est pas rendu obsolète par la nouvelle disposition obligeant les intermédiaires financiers à identifier les personnes physiques contrôlant, en dernier lieu, une personne morale. Pour prendre un exemple récent, la femme du Président égyptien déchu en 2011 avait créé, à Genève, deux fondations, dont l'une portait son nom.<sup>23</sup> Bien que Mme Moubarak n'exerçât pas de pouvoir de disposition direct sur les avoirs de cette fondation, cette personne morale devait être considérée comme proche d'une PEP au sens de l'OBA-FINMA, supposant dès lors toute une série d'obligations pour les intermédiaires financiers entretenant une relation d'affaire avec elle. Elle ne le serait plus au sens de la LBA révisée selon la proposition actuelle.

Cette distinction jouera un rôle, par exemple lorsque des ordonnances d'embargo ou de blocage sont prononcées sur les avoirs de PPE ou de personnes qui leur sont proches. La proposition actuelle permettrait à des sociétés opérationnelles proches de PPE de ne pas être considérées comme telles. Il serait alors facile d'utiliser ces personnes morales pour

---

<sup>22</sup> Le *Code of Federal Regulations* 103.175 considère comme "Senior foreign political figure" "A corporation, business, or other entity that has been formed by, or for the benefit of" une PEP ou l'un de ses proches.

<sup>23</sup> *L'Hebdo*, 22.6.2011.

contourner le blocage ou l’embargo décrété par ailleurs. Pour ces raisons, il convient de conserver ce passage de la formulation actuelle de l’OBA-FINMA dans le nouvel article 2 a LBA, en considérant les personnes morales comme proches de PPE, en conformité avec la disposition à ce sujet figurant dans la LRAI.<sup>24</sup> Par ailleurs, la notion « de manière reconnaissable » est imprécise et doit être supprimée.

## 2.4 Nouvelles infractions fiscales pénales

La révision des recommandations du GAFI de 2012 a introduit les infractions fiscales pénales graves sur la liste, figurant dans le glossaire général annexé aux 40 recommandations, des infractions devant obligatoirement être considérées comme préalables au blanchiment d’argent.<sup>25</sup> Pour faire suite à cette introduction, l’avant-projet discuté ici propose de modifier ou d’introduire différentes dispositions dans le droit pénal fiscal et dans le droit fiscal (en particulier l’art. 14 al. 4 DPA, l’art. 186, 186 a, 188 LIFD et les art. 59 à 61 LHID).

Fondamentalement, toute forme intentionnelle de soustraction fiscale – à part, peut-être les cas de bagatelle – devrait être considérée comme une infraction préalable de blanchiment et être suffisante pour autoriser la levée du secret bancaire. La distinction entre fraude et soustraction fiscale actuelle – ou entre délit et crime fiscal, d’après l’avant-projet discuté ici, est artificielle, arbitraire et difficile à défendre du point de vue de la politique extérieure de la Suisse. Il paraît nécessaire d’empêcher l’évasion fiscale, même lorsque celle-ci relève de la « simple » soustraction intentionnelle de substance fiscale.

La voie choisie ici paraît donc de nature à maintenir une distinction, certes atténuée et plus progressive, mais toujours artificielle et restrictive, entre infractions fiscales. Elle ne peut être acceptée qu’à une double condition : d’une part, le développement d’un système préventif, susceptible d’empêcher autant que possible les capitaux provenant de la « simple » soustraction fiscale de se réfugier en Suisse. La « stratégie de l’argent blanc » prévoit à cet effet des devoirs de diligence étendus. A ce sujet, qu’il soit souligné que l’échange automatique d’informations fiscales entre états de droits démocratiques constitue, sans contestation possible, la meilleure mesure préventive possible. D’autre part, le présent avant-projet doit être modifié de façon à élargir et préciser les infractions fiscales considérées comme suffisamment graves pour constituer une infraction préalable de blanchiment.

On peut également s’interroger sur l’opportunité de la voie procédurale choisie, et regretter le caractère anodin des sanctions prévues pour les personnes morales. Nous revenons dans les lignes qui suivent sur chacun de ces points.

---

<sup>24</sup> Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d’origine illicite de personnes politiquement exposées (Loi sur la restitution des avoirs illicites, [LRAI](#)), art. 2 let. b, al. 2.

<sup>25</sup> Cf. « catégories désignées d’infractions » dans le [glossaire](#) du GAFI.

**a) Les infractions fiscales graves sont définies de façon trop restrictive et trop imprécise**

L'essentiel de la proposition actuelle, en ce qui concerne les impôts directs, consiste à définir une nouvelle infraction d'escroquerie fiscale (art. 186 al 1, 1 bis, 2 et 4) remplaçant l'article actuel relatif à la « fraude fiscale » dans la LHID actuel. La forme simple de cette infraction resterait un délit, et ne constituerait dès lors pas un crime préalable de blanchiment. L'alinéa 1 bis let a de cet article définit par contre une forme « grave » d'escroquerie fiscale dès lors que les montants soustraits à l'impôt seraient supérieurs à 600'000 francs. A cette condition seulement, l'infraction constituerait une forme qualifiée, et donc un crime, considéré dès lors comme une infraction préalable de blanchiment.

Cette définition est trop restrictive. Premièrement, la valeur retenue de 600'000 francs est relativement élevée. Si on fait l'analogie avec la jurisprudence relative aux impôts indirects, on constate, que le montant soustrait est réputé important au sens de l'art. 14 al 2 DPA à partir de 15'000 francs déjà.<sup>26</sup> Les impôts soustraits par la dissimulation d'une somme de 600'000 francs peuvent être estimés à un montant bien supérieur.<sup>27</sup> La somme de 150'000 francs semble plus appropriée.<sup>28</sup> Qu'il soit souligné encore le caractère extrêmement élevé de ces sommes du point de vue de la politique de développement : on peut estimer à 15'000 francs au moins les pertes fiscales occasionnées par la soustraction de 150'000 francs de revenus à l'impôt direct au Bangladesh. Le salaire annuel d'un instituteur au Bangladesh représente quelque 1000 francs en chiffres ronds.<sup>29</sup> Un enseignant bangladaise a en général une cinquantaine d'étudiants dans sa classe. Soustraire 150'000 francs de revenus aux impôts au Bangladesh revient ainsi, en gros, à priver 750 enfants d'une année scolaire.

De plus, rien ne vient expliquer pourquoi la soustraction grave de revenus ou d'éléments patrimoniaux à l'impôt sur les successions ou à l'impôt sur les donations ne serait pas constitutive de l'escroquerie fiscale, ainsi que le commentaire de l'avant-projet le précise (p. 62).

En deuxième lieu, il conviendrait de définir plus précisément dans la loi ce qu'est une tromperie astucieuse. Il conviendrait en particulier d'y préciser explicitement que l'usage de montages financiers complexes (p. ex. la constitution et la non-déclaration d'une

---

<sup>26</sup> Ainsi que le commentaire du projet le relève à la note 59 sur la base de l'arrêté TF 6B 79/2011.

<sup>27</sup> En moyenne des chefs-lieux des cantons, la charge fiscale sur un revenu du travail (personne mariée sans enfants) de 500'000 francs représente, en 2010, 27 % (impôts fédéraux, cantonaux et communaux). Cf. AFC, (éd.), *Charge fiscale en Suisse, chefs-lieux des cantons – chiffres cantonaux 2010*, 2011, p. 15. Une personne dissimulant un revenu de 600'000 francs vole donc, à l'Etat, une somme représentant plus que 162'000 francs, une somme qui à elle seule représente plus de dix fois le seuil à partir duquel la jurisprudence considère une soustraction d'impôts indirects comme « grave ». Par ailleurs, ce calcul est conservateur, en ce sens qu'il ignore les impôts éludés portant sur la fortune et sur le revenu de la fortune dissimulé. Notons en outre que dans son commentaire au projet de loi, l'administration évoque à plusieurs reprises la soustraction d'impôt sur le revenu (p. 61, par ex.).

<sup>28</sup> En vertu du même calcul, la dissimulation d'un revenu du travail de 150'000 francs représenterait une perte fiscale pouvant être estimée à plus de 20'000 francs.

<sup>29</sup> <http://southasia.oneworld.net/news/shortage-of-teachers-in-bangladesh-jeopardises-primary-education#.UZ9tyJymXl8>  
Selon la Banque mondiale, le salaire mensuel moyen au Bangladesh était de 32 \$ en 2008.

société de gestion de fortune extraterritoriale, ou la mise sur pieds de structures opaques destinées à effectuer des soustractions fiscales) ou l'intervention de tiers servant à dissimuler une identité (homme de paille) constituent une tromperie astucieuse, comme cela figure dans le commentaire explicatif de l'avant-projet. Celui-ci prévoit explicitement que « relèvent [...] 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 ». <sup>30</sup> Il est décisif que l'infraction qualifiée constitutive de blanchiment permette réellement de poursuivre les intermédiaires financiers qui y participent.

### **b) Risque de dissimulation ou de destruction de preuves**

Un autre sujet de préoccupation est constitué par la procédure choisie pour poursuivre le nouveau délit d'escroquerie fiscale. Selon la proposition actuelle, la poursuite de ce délit débutera en tous les cas par l'ouverture d'une procédure pour soustraction d'impôt par l'administration fiscale ordinaire. En l'état actuel du Droit pénal, celle-ci, rappelons-le, ne dispose que de moyens limités (absence de mesures de contraintes, pas d'accès aux informations bancaires, notamment). En outre, au titre de l'art. 183 LIFD, l'administration fiscale est tenue d'informer la personne concernée de l'existence d'une procédure ouverte à son encontre. Ce n'est qu'ensuite, lorsque l'administration fiscale soupçonne l'escroquerie fiscale, qu'elle peut transmettre les actes de la procédure à l'autorité de poursuite pénale correspondante, qui pourra, si elle le juge utile, procéder à des mesures d'enquête supplémentaires (perquisition ou requête à des informations bancaires, par exemple).

Cette façon de faire comporte le risque d'éveiller l'attention du contribuable contrevenant, en lui permettant de camoufler ses valeurs patrimoniales ou de détruire les éléments qui pourraient être retenus contre lui, alors que l'autorité de poursuite n'a pas de moyen de les saisir. A moins de doter les autorités de poursuite fiscale de moyens de contrainte étendus, la solution retenue est donc problématique. D'un autre côté, on ne saurait ouvrir une procédure pénale pour chaque cas de soustraction fiscale porté à la connaissance des autorités. Sans déroger au mécanisme de principe selon lequel une soustraction fiscale est poursuivie en premier lieu par les autorités fiscales, qui peuvent ensuite, si elles le souhaitent, actionner les autorités pénales, il conviendrait de laisser ouverte la possibilité des autorités pénales de se saisir d'une procédure d'escroquerie fiscale présumée qui serait porté à leur connaissance, dans le cadre de la poursuite d'autres délits ou, par exemple, par une autorité de poursuite pénale étrangère, sans qu'une procédure pour soustraction fiscale ne soit ouverte au préalable.

La possibilité explicite doit également être laissée aux autorités fiscales, lorsqu'elles disposent d'indices sérieux d'escroquerie fiscale grave, ou qu'elles craignent la destruction de preuves d'ouvrir une procédure et de la transmettre immédiatement aux autorités de poursuite pénales sans que le contribuable concerné n'en soit averti.

---

<sup>30</sup> P. 61.

Par souci de cohérence, ces modifications doivent être introduites dans le projet sans attendre la réforme annoncée du droit pénal fiscal. Plus généralement, le fait que les autorités fiscales ne disposent pas des mesures de contrainte mais que ce soit à elles que revienne en principe la tâche de poursuivre les infractions pénales qualifiées devrait être corrigé dans le cadre de la réforme annoncée du droit pénal fiscal.

### c) les sanctions prévues sont trop peu sévères

Les sanctions pour escroquerie fiscale qualifiée pour les personnes morales prévoient au maximum le versement de cinq fois le montant de l'impôt soustrait. Cette sanction paraît légère si on la compare aux années de prison qu'encourt une personne physique au maximum pour un délit comparable. Son niveau supérieur devrait être relevé à dix fois.

### d) Entraide en matière pénale

La version actuelle de l'avant-projet de loi propose par ailleurs une version modifiée de l'EIMP tenant compte de l'introduction du nouveau délit d'escroquerie fiscale qualifiée. Rappelons qu'une proposition de modification de l'EIMP a été mise en consultation en 2012, avant d'être retirée au début 2013.<sup>31</sup> Nous nous en tenons, au sujet de l'art. 3 al. 3 let b de cette loi aux remarques que nous avons émises lors de cette procédure de consultation, selon laquelle la restriction émise au chiffre 3 (« la demande est irrecevable si la procédure vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ou contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique ») devrait être biffée. Si cette proposition devait être retenue, la modification cohérente proposée dans la version actuelle de l'avant-projet de loi deviendrait sans objet.

## 2.5 L'élargissement de la LBA aux acteurs non-financiers (immobilier, ventes mobilières)

Le présent avant-projet propose d'élargir le champ d'application de la LBA à des opérations de paiement intervenant lors d'opérations de vente en ajoutant à cet effet à l'article 2 des paragraphes b et c, dont la fonction principale consiste à obliger de passer par un intermédiaire financier pour effectuer une opération de vente immobilière ou mobilière dépassant les 100'000 francs. Avant d'en discuter les raisons d'être et la pertinence, on peut déjà relever que cette adjonction présenterait une rupture avec la logique qui prévalait jusqu'alors, selon laquelle des obligations spécifiques ne découlaient de la LBA que pour des intermédiaires financiers, puisque désormais les dispositions figurant à l'article 2 notamment concernant les ventes au comptant vaudront, comme le rapport le précise (p. 27) pour « tout un chacun ».

Pour être bien comprise, cette proposition doit être replacée dans son contexte historique. Dans son évaluation de la Suisse menée en 2005,<sup>32</sup> le GAFI critiquait le fait que certaines

---

<sup>31</sup> CP du Conseil fédéral du 20.02.2013 [Entraide judiciaire en matière fiscale: coordination avec le droit pénal fiscal et les dernières recommandations du GAFI.](#)

<sup>32</sup> GAFI (éd.), [3ème Rapport d'évaluation mutuelle de la lutte Anti-Blanchiment de Capitaux et contre le Financement du Terrorisme](#), Suisse, novembre 2005, §48 p. 15.

professions commerciales (notamment les agents immobiliers et les négociants en pierres précieuses) n'étaient pas soumis à la LBA. Les autorités fédérales ont proposé, en janvier 2005, un premier projet de réforme de la LBA ambitieux,<sup>33</sup> qui tenait compte de cette lacune et prévoyait d'inclure, dans la LBA, des obligations de diligence spécifiques pour des activités commerciales, ne relevant pas de l'intermédiation financière (agents immobiliers, négociants en pierres précieuses, mais également les marchands d'art).<sup>34</sup> Cette façon de faire correspond à la directive européenne<sup>35</sup> et à ce qui existe ailleurs en Europe, par exemple en Allemagne, où la loi soumet à l'équivalent allemand de la LBA tant les agents immobiliers que les réviseurs comptables ou les personnes effectuant des opérations commerciales (« Personen, die gewerblich mit Gütern handeln »).<sup>36</sup> Ce premier projet avait toutefois suscité une levée de bouclier de la part des professions concernées et des assujettis,<sup>37</sup> et le Conseil fédéral a retiré ce projet de réforme de la LBA, pour y substituer, en 2007, un second, plus timide.<sup>38</sup> Depuis, les affaires de blanchiment dans le secteur non financier, en particulier dans le secteur immobilier, se sont multipliées, au point de susciter l'attention des professionnels de la branche,<sup>39</sup> et de nombreuses interventions parlementaires (dont le rapport explicatif dresse la liste).

La solution proposée est une demi-mesure, qui vise à réduire le risque de blanchiment dans les secteurs immobiliers et commerciaux, en se concentrant sur les transactions en liquide, et sans édicter, pour les professions concernées, de mesures de diligence particulières. On peut se demander si elle est réellement efficace. Les opérations de blanchiment dans l'immobilier ou dans le secteur mobilier ne s'effectuent pas nécessairement par le biais de transactions en cash. Leur principal indice est leur caractère anormal (prix surévalués, sous-évalués, conditions extraordinaires, multiplication rapide des opérations, par exemple). Ce genre de signes pouvant constituer des indices de blanchiment sont très difficiles à détecter pour des personnes qui ne sont pas directement concernées par l'opération de vente, parce qu'elles sont trop peu familières de ce type d'opérations pour en apprécier la normalité. Enfin, l'intermédiaire commercial ou le courtier immobilier, désireux d'effectuer la transaction, peuvent aussi vouloir en dissimuler les aspects problématiques.

La solution proposée apparaît comme une occasion manquée : celle de soumettre les personnes effectuant des opérations commerciales à la LBA – du moins celles effectuées à partir d'un certain montant<sup>40</sup> – et d'édicter des devoirs de diligence précis pour les

---

<sup>33</sup> Mise en œuvre des Recommandations révisées du Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux, [Rapport explicatif](#) destiné à la consultation du 13.01.2005, p. 10.

<sup>34</sup> A ce sujet, cf. Rachel Engisch, «Le blanchiment d'argent en matière d'art», *Jusletter*, 22 juin 2009.

<sup>35</sup> 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, art. 2.1.3.

<sup>36</sup> [Geldwäschegesetz](#) vom 13. August 2008 (BGBl. I S. 1690), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. Februar 2013 (BGBl. I S. 268) geändert worden ist, cf. Par. Ex. § 2 „Verpflichtete“, chiffres 7a, 8, 9, 10 et 13.

<sup>37</sup> [Rapport](#) du Département fédéral des finances sur les résultats de la procédure de consultation relative au rapport explicatif, comprenant le projet de modifications légales, sur la mise en œuvre des Recommandations révisées du Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux du 17 janvier 2006, cf. pt. 4.4.1.

<sup>38</sup> [Message](#) sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI) du 15 juin 2007, FF n°38, 18.09.2007.

<sup>39</sup> Wüest&Partner, *Immomonitoring* 2012/1, pp. 56 sq. ([lien](#)).

<sup>40</sup> La directive européenne place la barre à 15'000 euros. La proposition de révision actuelle propose de diminuer ce niveau de moitié (7'500€). Dans les deux cas, cette somme est bien inférieure aux 100'000 francs du présent avant-projet.

opérations commerciales et immobilières. Ces devoirs de diligence s'ajouteraient à ceux qui sont applicables pour les opérations financières ; ils ne doivent pas nécessairement en être très différents (« Know your customer rules », devoirs d'annonce, devoirs spécifiques pour les transactions à risques, portant sur de gros montants ou avec des PPE, etc.).

Nous nous bornons ici à souligner cette lacune, sans faire de proposition précise sur la façon dont il conviendrait d'y remédier. A notre sens, la solution proposée en 2005 par l'administration fédérale était tout à fait valable et elle mériterait d'être discutée à nouveau. Une autre voie consisterait à développer une loi définissant des devoirs de diligence spécifiques pour combattre le blanchiment d'argent dans les opérations qui ne sont pas des opérations d'intermédiation financière à proprement parler.

## **2.6 Négoce des matières premières et blanchiment d'argent – des précisions nécessaires**

Le rapport consacré au présent avant-projet consacre deux pages à une « digression » relative à la soumission du négoce de matières premières pour compte propre à la LBA, au terme de laquelle il conclut que cette soumission n'est pas nécessaire. Ce point, et les différents arguments avancés à l'appui de cette conclusion, méritent une discussion approfondie.

Rappelons en premier lieu l'importance de la place helvétique du négoce : selon les estimations de la DB, la branche helvétique du négoce contrôlerait 20 % en chiffres ronds de la part de marché du commerce international de matières premières,<sup>41</sup> une part qui se monterait même à 1/3 dans le secteur pétrolier selon les estimations du Conseil fédéral<sup>42</sup> et à plus de 50% dans le secteur des métaux et minéraux non ferreux.<sup>43</sup> Onze des seize firmes qui dominent le négoce mondial des matières premières disposent de leur siège principal ou du siège de leurs activités de trading en Suisse.<sup>44</sup> Les recettes nettes du commerce de transit (qui découlent pour l'essentiel du secteur des matières premières) contribueraient aujourd'hui à 3.4% du PIB helvétique.<sup>45</sup> Ces recettes ont, en outre, explosé durant la dernière décennie (elles ont été multipliées par plus de quatorze). Si la Suisse est donc devenu un géant mondial du point de vue du négoce des matières premières, les sociétés actives dans ce domaine sises dans notre pays échappent à toute régulation spécifique (octroi de licence, procédures de diligence), à l'opposé de ce qui se pratique dans le secteur bancaire. Et ceci, alors que les opérations réalisées dans ce domaine portent généralement sur des montants très élevés et qu'elles peuvent souvent ne pas impliquer d'intermédiaires financiers (opérations de compensation, « barter

---

<sup>41</sup> Calculs DB avec estimation du chiffre d'affaires du négoce mondial (basé sur CNUCED, *Manuel statistique*, 2012) et chiffres d'affaires du commerce de transit (BNS).

<sup>42</sup> [«Rapport de base» de l'Administration fédérale sur les matières premières du 27 mars 2013](#), p. 12. Les chiffres du Conseil fédéral sont des estimations provenant du GTSA.

<sup>43</sup> *Financial Times*, 26.3.2013.

<sup>44</sup> *First Reserve*, 15.4.13.

<sup>45</sup> Banque Nationale Suisse, [Balance suisse des paiements 2011](#), Août 2012, pp. 34 sq.

trade », <sup>46</sup> etc.). Par ailleurs, le secteur des matières premières est particulièrement exposé au risque de corruption, ainsi, d'ailleurs que le « rapport de base sur les matières premières » de l'administration fédérale le reconnaît à juste titre. <sup>47</sup> En outre, ce n'est pas seulement l'argent sale qui peut être blanchi, mais les matières premières peuvent avoir une origine illicite et représenter dès lors des valeurs patrimoniales que leurs détenteurs cherchent à blanchir. Pour toutes ces raisons, il est justifié de se poser la question de l'assujettissement du négoce des matières premières à la LBA.

A ce sujet, il est utile de rappeler que l'article 2 al 3 c de la LBA prévoit explicitement de soumettre les négociants réalisant des opérations « pour leur propre compte ou pour compte de tiers ». Contrairement à ce qui a pu être indiqué récemment par les autorités fédérales, <sup>48</sup> cette formulation n'était pas destinée explicitement et d'emblée à ignorer les activités réalisées pour compte propre par les négociants, qui y ont d'ailleurs été soumis un temps. <sup>49</sup> Ce n'est qu'à l'issue de plusieurs atermoiements qu'il serait vain de retracer ici que s'est cristallisée la pratique actuelle de la FINMA consistant à ne soumettre à la LBA que le négoce de matières premières « effectué pour le compte de tiers ». <sup>50</sup> Dans ce cas, les négociants sont considérés comme des intermédiaires financiers au sens de la LBA, et dès lors soumis aux obligations des intermédiaires financiers tels qu'elles sont définies dans la LBA (art. 3 sq.), impliquant notamment le devoir de vérification de l'identité du cocontractant, de celle de l'ADE, l'obligation de communication, etc.

#### a) L'assujettissement à la LBA du négoce pour compte de tiers

Avant d'examiner la pertinence de la soumission des opérations de négoce des matières premières effectuées pour compte propre par les négociants, il est nécessaire de dire quelques mots sur la soumission à la LBA des opérations de négoce effectuées pour compte de tiers. Celle-ci soulève en effet un certain nombre de questions que les autorités fédérales se gardent d'évoquer dans leur rapport, en premier lieu, celle de la définition précise des opérations « pour compte propre ». Une partie importante – mais jamais définie précisément à notre connaissance par les autorités de surveillance ou l'administration fédérale – des opérations de négoce étant effectuée par le biais d'accréditifs ou de financements tiers, on peut se demander si ces opérations sont effectuées pour compte propre « véritable » au sens de la pratique de la CFB, qui n'admet comme opération pour compte propre que les opérations réalisées « en nom propre, *exclusivement avec ses propres valeurs patrimoniales* et pour son intérêt particulier,

---

<sup>46</sup> Les livraisons controversées d'alumine accomplies par les sociétés Glencore et Trafigura avec l'Iran en 2012 étaient des opérations de « Barter trade ». A ce propos, la NZZ notait, le 23.05.2013 que „Tauschgeschäfte [sind] in der Metallindustrie heute noch üblich“.

<sup>47</sup> « Divers facteurs (par ex. importance des ressources financières en jeu, activités menées essentiellement dans des Etats fragiles) exposent particulièrement le secteur des matières premières au risque de corruption » [« Rapport de base » de l'Administration fédérale sur les matières premières du 27 mars 2013](#), p. 20.

<sup>48</sup> Cf. à ce sujet la première phrase de l'avis du Conseil fédéral du 15.02.2012 à la motion [11.4161](#) d'Ursula Wyss.

<sup>49</sup> Cet élément a été source d'importantes polémiques entre 2000 et 2003. Cf. p. ex. « Die Neue übt sich sehr in Geduld » *Tages Anzeiger*, 19.01.2002 ou « Die Schweiz legt ihre Beisshemmung ab. Marc Richs Rohstoff-Geschäfte werden dem Geldwäschereigesetz unterstellt », *Cash* 28.01.2002. Sur le changement de pratique, intervenu en 2003 suite aux protestations de la branche du négoce, cf. [Jahresbericht der Kontrollstelle für Geldwäscherei 2003](#), § 2.3.10, 2004, p. 14.

<sup>50</sup> [FINMA, Circulaire 2011/1 Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA](#) (§72).

comme pour ses propres risques ». <sup>51</sup> On peut aussi se demander comment les opérations pour compte de tiers sont identifiées dans la pratique par les négociants (par exemple dans leur comptabilité ou dans leurs procédures internes) et comment elles sont distinguées de celles effectuées pour leur propre compte. En pratique, les négociants sont souvent impliqués dans des opérations bien différentes. Ils peuvent par exemple servir de caution pour réaliser les opérations de régimes corrompus. La société Gunvor reconnaît d'ailleurs à ce sujet que « les opérations de préfinancement sur des matières premières entre pays émergents manquant de liquidité et sociétés de négoce sont courantes ». <sup>52</sup> On peut se demander en outre si les obligations des intermédiaires financiers telles qu'elles sont définies dans la LBA sont appropriées au secteur du négoce des matières premières. En particulier : selon quels critères le négociant peut-il juger de l'origine licite de matières premières qu'il accepte de vendre pour le compte d'un tiers (cf. point c infra) ? On peut enfin se demander qui contrôle le respect de ces devoirs et avec quelle efficacité. Il n'est sans doute pas inutile de souligner à ce propos qu'en dépit des aspects problématiques soulignés plus haut, les secteurs du négoce des matières premières et des métaux précieux (amalgamés dans la statistique) ne communiquent qu'exceptionnellement des soupçons de blanchiment aux autorités responsables : entre 2003 et 2012, seules 13 communications de soupçons parvenues au MROS sur 5917 (0.2%) provenaient de ce secteur. <sup>53</sup>

#### **b) L'assujettissement à la LBA du négoce pour compte propre**

La pratique actuelle exempte le négoce pour compte propre de l'assujettissement à la LBA. Plusieurs arguments discutables sont proposés à l'appui de cette pratique. Un premier argument est d'ordre systémique. Il consiste à souligner que la LBA ne couvre que le blanchiment d'argent dans les opérations d'intermédiations financières. Comme les opérations de négoce pour compte propre ne sont pas à proprement parler des opérations d'intermédiation financière (le négociant effectuant des opérations pour son propre compte ne garde pas en dépôt des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers), et que la LBA, dans sa version actuelle ne prévoit pas d'obligations pour des opérations qui ne relèvent pas de l'intermédiation financière, on peut, en effet, affirmer que la LBA n'est pas le lieu de traiter le problème du négoce pour compte propre. Il existe toutefois de bons arguments que l'on peut opposer à cette façon de voir les choses. Le premier consiste à souligner qu'il serait tout à fait possible de remédier à cette lacune en introduisant, dans la LBA, des devoirs de diligence spécifique pour les opérations ne relevant pas de l'intermédiation financière. On l'a vu, une telle solution a été proposée par le passé en Suisse, et elle est pratiquée ailleurs (AML-UE, Allemagne,...). En outre, en introduisant dans le cadre du présent avant-projet aux deux premiers articles de la LBA des obligations relatives aux opérations immobilières et mobilières pour des secteurs ne relevant pas de l'intermédiation financière, l'administration propose de fait d'étendre, dans une certaine mesure au moins (et probablement de façon insuffisante), la LBA à des secteurs non financiers. Un deuxième argument consiste à rappeler que les opérations sur

---

<sup>51</sup> Cf. §219 de la [Praxis der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu Art. 2 Abs. 3 GwG, 29. Oktober 2008, Der Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im Nichtbankensektor.](#)

<sup>52</sup> *Le Monde*, 4.6.2013.

<sup>53</sup> FEDPOL, [Rapport annuel](#) du bureau de communication en matière de blanchiment d'argent pour 2012, mai 2013, p. 16.

métaux précieux sont soumises à la LBA dès l'origine également lorsqu'elles sont effectuées pour propre compte.<sup>54</sup> On ne voit pas pourquoi il serait dès lors impossible de généraliser, en principe, cette façon de faire au commerce de toutes les matières premières.

L'argument le plus convaincant contre la soumission du négoce pour compte propre à la LBA est celui de l'auto-incrimination. Comme il est lui-même partie à la transaction visant à camoufler l'origine illicite de valeurs patrimoniales échangées (blanchiment), il est difficile de concevoir qu'il soit très efficace, pour un négociant, de devoir exercer des devoirs de diligence sur lui-même, même si, de toute évidence, c'est ce que l'on attend des négociants en matières précieuses.

Une autre argumentation – déployée notamment par l'ASB<sup>55</sup> – consiste à estimer que le domaine du négoce serait couvert, en termes de due diligence, par les banques finançant les opérations de négoce (Selon le principe du « Know your customer's customer » des principes de Wolfsberg) et qu'il serait par conséquent inutile de soumettre le négoce à des obligations en terme de lutte anti-blanchiment. Cet argument n'a une portée concrète que dans les affaires où le négociant finance ses opérations par accreditif. Dans de tels cas en effet, les banques appliquant les principes de Wolfsberg devraient examiner les opérations qui sont effectuées par le négociant obtenant un crédit et s'assurer, notamment, qu'elles connaissent le client du négociant. De tels mécanismes volontaires sont toutefois insuffisants pour constituer une réelle protection contre les opérations illicites. Ainsi que les nombreuses affaires de PEP rencontrées sur la place financière suisse ces dernières années en témoignent,<sup>56</sup> les banques elles-mêmes ont déjà de la peine à appliquer les principes de Wolfsberg sur leurs propres opérations. Il leur est d'autant plus difficile de le faire sur celles de leurs clients, particulièrement lorsque le négociant est complice des agissements du vendeur de matières premières, celui-ci agissant comme écran entre l'intermédiaire financier et le détenteur des valeurs illicites. De plus, les intermédiaires financiers sont rarement dans une position qui leur permet réellement de juger de la licéité des matières premières acquises par le négociant

L'avant-projet discuté ici estime quant à lui que l'obligation de passer par un intermédiaire financier pour des opérations supérieures à 100'000 francs éliminerait, en quelque sorte, le risque de blanchiment dans le négoce. Cette disposition peut être utile pour empêcher que de l'argent illicite soit blanchi en achetant, en Suisse, des matières premières. Mais cela n'est pas suffisant lorsqu'il s'agit d'empêcher que des matières premières illicites parviennent en Suisse. L'intermédiaire financier auprès duquel les négociants verse la contrepartie financière de l'opération commerciale qu'il effectue avec son client n'est pas en mesure d'examiner la licéité de l'origine des matières premières achetées (cf. infra). Par ailleurs, les opérations de négoce de matières premières impliquent souvent des intermédiaires financiers situés dans des pays qui ne sont pas

---

<sup>54</sup> Cf. §219 de la [Praxis der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu Art. 2 Abs. 3 GwG, 29. Oktober 2008, Der Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im Nichtbankensektor.](#)

<sup>55</sup> SwissBanking, *La Suisse, place de négoce des matières premières*, mars 2013, p. 23, [http://shop.sba.ch/999930\\_f.pdf](http://shop.sba.ch/999930_f.pdf).

<sup>56</sup> Mark Herkenrath, Olivier Longchamp, „Money laundering, liability and sanctions for financial intermediaries – the issue of having the assets of politically exposed persons in Switzerland” in Gretta Fenner Zinkernagel, Charles Monteith, Pedro Gomes Pereira (eds.), *Buying a sports car or building a school? It's difficult to recover stolen assets, but worth it!*, ICAR, forthcoming.

membres du groupe Egmont et qui par conséquent ne sont pas soumis à des règles anti-blanchiment efficaces. Il n'est en outre pas inutile de rappeler une nouvelle fois que le monde du négoce est coutumier d'opérations de compensation ou de troc (« Barter trade ») qui, par définition, échappent à l'intermédiation financière et que, pour de telles opérations, le dispositif anti-blanchiment proposé resterait lacunaire.

### **c) Le problème du blanchiment de matières premières illicites est ignoré**

Un des points peut-être les plus importants de cette discussion est encore d'une autre nature : dans toutes les discussions relatives à la soumission des opérations de négoce (pour compte propre ou pour compte de tiers) à la LBA, les discussions se concentrent sur les mesures à prendre pour empêcher que de l'argent illicite soit introduit sur la place financière à travers une opération commerciale portant sur des matières premières. Mais ce faisant, on ignore le risque que des valeurs patrimoniales provenant d'un crime (au sens de l'article 305 bis CP – on peut penser à des matières premières volées, ou acquises par le biais de la corruption, ou de la gestion déloyale des intérêts publics, mais aussi de matières premières acquises en violant des droits humains, par ex. en utilisant le travail des enfants ou en dérogation du droit militaire, p. ex. pillage pratiqué dans des régions en guerre). Dans de tels cas, des matières premières illicites sont achetées depuis la Suisse, elles y sont blanchies, puis revendues. En d'autres termes, il est tout à fait possible qu'un criminel utilise un négociant en matières premières (à l'insu de celui-ci ou avec sa complicité) pour introduire des valeurs patrimoniales illicites en Suisse sous forme de matières premières, et non d'argent. Le fait que les matières premières présentent des caractéristiques monétaires (miscibles, conservables, divisibles, liquides...) et le volume financier généralement très élevé de ces transactions renforcent ce risque. Aucun devoir de diligence spécifique n'est défini lors de la réalisation d'une opération de négoce usuelle – par exemple avec la société d'une PEP commercialisant des matières premières.<sup>57</sup> **Cette lacune du dispositif anti-blanchiment doit être analysée et fermée de toute urgence.**

Il est spécieux d'argumenter, pour éviter d'avoir à s'y soumettre, qu'aucune norme internationale n'existe dans le domaine. Comme première place de marché mondiale dans le secteur du négoce des matières premières, il revient à la Suisse de dire d'abord comment elle entend adresser les risques résultant de sa position et il serait tout à fait déraisonnable d'attendre de places de négoce secondaires qu'elles fassent le premier pas pour n'agir, ensuite, que sous la contrainte et les pressions extérieures. La problématique des matières premières illicites est arrivée récemment sur l'agenda politique international, mais elle y est installée pour durer.

---

<sup>57</sup> On peut noter que le [«Rapport de base» de l'Administration fédérale sur les matières premières du 27 mars 2013](#) reconnaît ce risque, en relevant (p. 21) que «les activités de certaines entreprises de matières premières domiciliées en Suisse peuvent représenter un défi au niveau de la politique extérieure de la Confédération. Cette remarque vaut notamment pour les entreprises qui appartiennent à des personnes politiquement exposées ou à des Etats qui présentent des déficits en matière de démocratie ou de droits de l'homme ». Malheureusement, les risques qui en découlent ne sont thématiques seulement du point de vue de la politique extérieure et non du point de vue de la criminalité économique et financière.

#### d) Conclusion :

Les spécificités du négoce des matières premières (le volume financier élevé des affaires qui y sont conclues traditionnellement, la faible gouvernance des pays d'origine des matières premières, les risques élevés de corruption), le fait que l'on puisse y effectuer des opérations de type « barter trade » échappant aux intermédiaires financiers et la complexité usuelle des opérations de négoce, difficiles à déchiffrer pour des intermédiaires financiers placés en seconde ligne, font que les risques de blanchiment de valeurs patrimoniales illicites (sous forme monétaire ou sous forme de matières premières) sont importants pour ce secteur. Il serait dès lors nécessaire de définir des devoirs de diligence spécifiques, valables pour les opérations de négoce même lorsque les négociants ne sont pas intermédiaires financiers. La réforme en cours de la LBA prévoyant d'élargir son application à des secteurs qui ne sont pas des secteurs d'intermédiation financière pourrait présenter une opportunité de développer des devoirs de diligence spécifiques pour les opérations de négoce.

Une autre possibilité consisterait à développer une loi spécifique, basée, par exemple, sur l'art. 305 bis CP, qui considérerait en particulier le risque de blanchiment par échange, en Suisse, de matières premières d'origine illicite et détaillerait les devoirs de diligence spécifiques des sociétés actives dans le domaine du négoce des matières premières.

### **2.7 La modification du système de communication de soupçon proposée est sage, mais elle suppose un durcissement des sanctions pour les intermédiaires financiers qui ne s'y conforment pas.**

Le présent avant-projet propose de modifier le système de communication de soupçon actuellement en vigueur sur deux points importants. Il propose, d'une part, de supprimer le droit de communiquer fondé sur l'art. 305 ter § 2 CP. Pour des raisons historiques (la définition de l'infraction de blanchiment dans le CP préexistait, avec son droit de communication, par rapport à la LBA), cette disposition coexistait avec le devoir de communication prévu à l'art. 9 LBA. Cette coexistence critiquée par le GAFI,<sup>58</sup> était source de pratiques très différentes d'un intermédiaire financier à l'autre et source de confusion pour le MROS. D'autre part, le présent avant-projet propose de flexibiliser le blocage des avoirs lors de la communication de soupçons fondés au MROS. Ces deux mesures vont dans le sens d'une amélioration du système de lutte anti-blanchiment en ce sens qu'elles amélioreront la qualité des déclarations transmises au MROS et qu'elles assoupliront les conditions de travail de ce dernier. Elles doivent donc être soutenues.

Il est par contre indispensable, pour éviter que les banques puissent désormais se contenter d'une approche très restrictive du soupçon fondé pour ne plus communiquer que dans des conditions exceptionnelles, qu'en parallèle, les autorités de surveillance sanctionnent sans hésiter les intermédiaires financiers qui n'exerceraient pas leurs

---

<sup>58</sup> GAFI (éd.), [3ème Rapport d'évaluation mutuelle de la lutte Anti-Blanchiment de Capitaux et contre le Financement du Terrorisme](#), Suisse, novembre 2005, §652 p. 139.

devoirs de diligence avec le sérieux nécessaire. Dans un rapport publié en 2011,<sup>59</sup> le régulateur avait examiné les procédures menées par les 20 banques ayant bloqué des avoirs suite au Printemps arabe. Il annonçait avoir ouvert des procédures contraignantes à l'encontre de 4 d'entre elles (1/5<sup>ème</sup>) et soulignait que seules 22 relations PEP avaient été reconnues comme telles sur 29. Un an et demi plus tard, la FINMA insiste sur les lacunes constatées auprès de six établissements, mais se borne à souligner que pour toutes les procédures ouvertes, « les décisions rendues par la FINMA se sont limitées à constater les déficiences ».<sup>60</sup> Les autorités de régulation devraient nommer les intermédiaires financiers ne respectant pas leurs devoirs de diligence, les sanctionner de façon appropriée, et rapporter de façon plus fréquente et plus transparente sur l'application du dispositif anti-blanchiment.

---

<sup>59</sup> FINMA, [Obligations de diligence des banques suisses en relation avec les valeurs patrimoniales de PEP Examen de la FINMA](#), 10 novembre 2011.

<sup>60</sup> [FINMA, Rapport annuel 2012](#), mars 2013, p. 74.

### 3. Remarques spécifiques

#### 3.1 Renforcer les dispositions destinées à identifier les ayant droits économiques des personnes juridiques

L'avant-projet actuel prévoit d'introduire dans le code des obligations un devoir d'annonce des actionnaires pour les sociétés anonymes (art. 697 j) et les Sàrl (art 790 a) d'une société non cotée dès qu'ils disposent de plus de 25% des parts de cette société. Ce seuil est aussi introduit à l'art. 2a al. 4 LBA. Pour être en conformité avec la législation FATCA, qui prévoit que les détenteurs d'une société étrangère soient annoncés aux autorités américaines dès que leur part dans la société dépasse les 10%, le seuil doit être abaissé à cette dernière valeur.

##### Proposition

Art. 697 j et 790 a (CO), art. 2a al. 4 LBA : 10% à la place de 25%.

#### 3.2 Renforcer les dispositions relatives à la transparence des sociétés et accroître la quantité des informations disponibles auprès des registres du commerce

L'avant-projet actuel ne va pas assez loin en ce qui concerne la publicité des informations relatives aux sociétés non cotées. Les informations relatives aux actionnaires, à la structure et les données clés relatives à l'activité de ces sociétés devraient être publiques. Pour ce faire, il conviendrait d'obliger les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée et les succursales suisses de maisons dont le siège principal est à l'étranger à déposer annuellement au registre du commerce un rapport comprenant au minimum des informations sur ses directeurs, ses actionnaires, son chiffre d'affaires, ses bénéficiers, ses impôts, ses activités par pays et ses filiales. Un alinéa à ce sujet doit être ajouté dans les différents articles du CO requérant l'inscription au registre du commerce de ces différents types de sociétés. En raison de sa forme particulière, cette nécessité n'a pas besoin d'être appliquée aux sociétés coopératives.

##### Proposition

Art. 552 al. 3 (nouveau), 594 al. 4 (nouveau), 640 al. 2 (nouveau), 765 al. 4 (nouveau), 778 al. 2 (nouveau) 935 al. 3 (nouveau) (CO) : Ajouter l'alinéa suivant :

« Transparence des sociétés non cotées

a) La société est tenue de délivrer annuellement au registre du commerce du canton où elle est inscrite un rapport comprenant des indications relatives à ses directeurs, ses administrateurs, ses actionnaires, ses ayants droit économiques dès lors qu'ils contrôlent 10% de ses parts au moins, ses filiales et maisons-mères, son chiffre d'affaires, ses bénéficiers, ses impôts, et ses activités, présentées de façon détaillées par pays et par filiales et succursales. Ce rapport doit être certifié par un organe de révision indépendant au sens des articles 728 CO.

- b) Le registre du commerce tient ces informations à la disposition du public.
- c) Les nom, prénom, lieu d'origine et lieu de domicile des ayants droit économiques contrôlant 10% des parts d'une société au moins sont publiées sur les extraits correspondants du registre du commerce.
- d) La société est tenue d'annoncer au registre du commerce dans les 14 jours toute modification de la liste de ses ayants droit économiques contrôlant 10% de ses parts au moins. »

### 3.3 Identification de l'ayant droit économique (ADE) par les intermédiaires financiers

L'avant-projet actuel prévoit d'ajouter un alinéa à l'art. 4 LBA obligeant les intermédiaires financiers à identifier les ayants droit économiques (ADE) « avec la diligence requise par les circonstances ». Cette modalisation peut être interprétée comme relativisant cette nécessité, raison pour laquelle il y a lieu de la supprimer.

#### Proposition

##### Art. 4 al. 1 (LBA) :

Supprimer « avec la diligence requise par les circonstances ».

Par ailleurs, l'avant-projet devrait être complété à l'alinéa 2 par un chiffre d) indiquant les devoirs des intermédiaires financiers pour déterminer les ADE des trusts et autres patrimoines organisés qui n'ont pas d'ayant droit économique déterminé.

#### Proposition

##### Art. 4 al. 2 (LBA), ajouter le chiffre suivant :

« d) Dans le cas des groupes organisés de personnes, trusts et autres patrimoines organisés qui n'ont pas d'ayant droit économique déterminé, l'IFDS doit exiger du cocontractant une déclaration écrite confirmant cet état de fait et identifiant les personnes suivantes:

- i. le fondateur effectif;
- ii. les personnes habilitées à donner des instructions au cocontractant ou à ses organes;
- iii. le cercle des personnes, par catégorie, pouvant entrer en ligne de compte comme bénéficiaires;
- iv. les curateurs, les protecteurs et les titulaires de fonctions comparables
- v. l'ayant droit économique du ou des bénéficiaires des versements
- vi. l'ayant droit économique des fonds transférés à la disposition des trusts et autres patrimoines organisés
- vii. les personnes physique, à l'exclusion des conseillers professionnels, disposant en dernier lieu (directement ou indirectement) de la responsabilité du transfert de nouvelles valeurs patrimoniales ».

### 3.4 Les dispositions relatives aux PPE

L'avant-projet actuel prévoit de supprimer la pratique actuelle, selon laquelle des personnes morales peuvent être considérées comme proches de PPE. Cette pratique a fait preuve de son utilité par le passé et doit être conservée.

#### Proposition

Art. 2a al. 2 (LBA), reformuler en supprimant les passages barrés infra :

« Sont réputées proches de PPE les personnes ~~physiques~~ qui, ~~de manière reconnaissable,~~ sont proches des personnes au sens de l'al. 1 [...] ».

### 3.5 Nouvelles infractions fiscales pénales

Il conviendrait de définir de façon plus précise et moins restrictive le délit d'escroquerie fiscale qualifiée aux impôts directs, de façon à y inclure dans tous les cas les infractions commises de façon astucieuse. Il conviendrait en outre de préciser que l'usage de structures financières complexes ou l'assistance de tiers sont des conditions suffisantes pour définir la tromperie astucieuse. Le seuil de qualification de l'escroquerie fiscale grave doit en outre être abaissé à 150'000 francs.

#### Proposition

Art. 186, al. 1 let b. ajout, et 1bis LIFD, et abaissement de la valeur limite :

« b) en induisant astucieusement en erreur l'autorité fiscale par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou en la confortant astucieusement dans son erreur. L'usage de structures financières complexes (p. ex. la constitution d'une société de gestion de fortune extraterritoriale) ou l'intervention de tiers servant à dissimuler une identité (homme de paille) sont constitutifs de l'astuce.

<sup>1 bis</sup> Est puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui commet l'escroquerie fiscale visée à l'al. 1, si les éléments imposables non déclarés se montent à ~~600'000~~ 150'000 francs au moins »

La voie procédurale choisie ne convient pas. Il importe d'empêcher qu'une procédure ouverte pour soustraction fiscale n'alerte le contribuable coupable d'escroquerie fiscale et lui permette de détruire les indices de son infraction qui pourraient être mis au jour par l'usage de mesures de contraintes réservé aux autorités de poursuite pénale, ou de dissimuler les valeurs patrimoniales soustraites à l'impôt.

#### Proposition

Art. 188 LIFD : ajouter à l'alinéa 1 proposé le membre de phrase souligné ici :

« 1 Si, dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 183, l'administration cantonale de l'impôt fédéral direct estime qu'une escroquerie fiscale a été commise ou que des impôts à la source ont été détournés, elle transmet les actes de la procédure à l'autorité pénale compétente pour la poursuite du délit fiscal ou du crime fiscal de droit cantonal. Lorsque l'autorité cantonale a un soupçon fondé d'escroquerie fiscale ou qu'elle présume un risque de dissimulation de preuves, alors elle a la possibilité de transmettre les actes de procédures aux autorités pénales avant d'informer la personne concernée de la procédure ouverte au sens des de l'art. 183 al. 1. Celle-ci poursuit simultanément le délit ou le crime commis en matière d'impôt fédéral direct. »

ajouter un al. 5 ainsi formulé :

« lorsqu'une autorité de poursuite pénale a connaissance de faits permettant de présumer l'existence d'une escroquerie fiscale grave, elle peut, de son propre chef, ouvrir une procédure ».

Les sanctions maximales prévues en cas de grave infraction fiscale par une personne morale paraissent insuffisantes.

#### Proposition

Art. 186a LIFD : al. 1 let. b : modifier le montant maximal de l'amende en remplaçant « cinq » par « dix » :

« [...] entre deux et ~~cinq~~ dix fois le montant de l'impôt soustrait ».

### **3.6 Entraide internationale en matière pénale**

L'avant-projet propose une modification de la loi sur l'entraide internationale en matière pénale destinée à tenir compte du délit nouveau d'escroquerie fiscale qualifiée. Il est contraire à la cohérence et à l'esprit de cet avant-projet d'affirmer le principe selon lequel l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) n'est pas octroyée dans des affaires fiscales. Plutôt que de formuler des exceptions à ce principe, il est préférable de supprimer le paragraphe à ce sujet dans l'EIMP.

#### Proposition

Art. 3 al. 3 EIMP : biffer

~~« La demande est irrecevable si la procédure vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ou contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique. Toutefois, il peut être donné suite:~~

~~a. à une demande d'entraide au sens de la troisième partie de la présente loi si la procédure vise une escroquerie en matière fiscale;~~

~~b. à une demande d'entraide au sens de toutes les parties de la présente loi si la procédure vise une escroquerie fiscale qualifiée au sens de l'art. 14, al. 4, de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif ».~~



### **3.7 La soumission des opérations immobilières et mobilières à la LBA**

La solution consistant à soumettre les opérations immobilières et mobilières à la LBA sans soumettre les protagonistes de ces opérations est peu convaincante. Le Conseil fédéral est prié d'évaluer, dans la suite du processus législatif la pertinence de développer une loi définissant des devoirs de diligence spécifiques pour combattre le blanchiment d'argent dans les opérations qui ne sont pas des opérations d'intermédiation financière à proprement parler (entre autres le courtage immobilier).

### **3.8 L'application de la LBA au secteur du négoce**

L'exkursus sur les matières premières présenté dans le rapport explicatif accompagnant le présent avant-projet ne convainc pas. Dans la suite du processus législatif, le Conseil fédéral est prié de traiter les questions ouvertes relatives au régime actuel d'assujettissement des opérations de négoce pour compte de tiers, sous l'angle de leur efficacité et de leur surveillance. Il est aussi prié de décrire par quels moyens il entend lutter à l'avenir contre le blanchiment de matières premières en Suisse (« matières premières illicites ») dont des sociétés suisses font le négoce pour compte propre ou pour compte de tiers, et des propositions d'assujettissement.

### **3.9 Sanctions des intermédiaires financiers qui n'appliquent pas leurs devoirs de diligence**

La LBA doit être complétée par l'adjonction d'un article obligeant la FINMA à examiner périodiquement par les intermédiaires financiers le respect de leurs devoirs de diligence, de sanctionner leur absence et de rendre des comptes à ce sujet.

#### Proposition

Article 17 LBA : ajouter un article 17 bis ainsi formulé :

« La FINMA est tenue de réaliser périodiquement des enquêtes sur l'application et le respect des devoirs de diligence par les intermédiaires financiers agréés. Elle peut, pour ce faire, intervenir directement auprès des intermédiaires. Les résultats de ces enquêtes sont publiés. Les intermédiaires financiers ayant fait preuve de graves négligences dans le respect de leurs obligations sont sanctionnés conformément au droit administratif en vigueur et leurs noms sont publiés par la FINMA ».