

Le Bâtonnier

Département fédéral des finances
Service juridique du Secrétariat général
Bernerhof
3003 Berne

Genève, le 27 juin 2013

Concerne : Consultation relative à la stratégie concernant la place financière – obligations de diligence étendue en matière de conformité fiscale

Mesdames, Messieurs,

La présente fait suite à la mise en consultation du projet de révision de la Loi sur le blanchiment d'argent (« LBA ») du 27 février 2013.

Nous intervenons en notre qualité de représentants des membres de l'Ordre des Avocats de Genève, dont un nombre important sont des intermédiaires financiers au sens de la LBA.

Le projet de révision de la LBA (« le Projet ») institue des changements fondamentaux pour les intermédiaires financiers et appelle par conséquent les remarques suivantes :

1. Remarques générales

Le Projet visant à étendre les devoirs de diligence des intermédiaires financiers s'inscrit dans une « stratégie », certes louable sur le plan moral, mais déconnectée des enjeux économiques. Il instaure un changement de paradigme dont les conséquences pour la place financière en générale ne semblent pas avoir été anticipées.

En effet, le Projet concrétise une option stratégique propre à la Suisse qui va bien au-delà des standards internationaux et des initiatives prises par nos principaux concurrents.

En outre, cette stratégie est conceptuellement dépassée par les derniers développements internationaux en vue de l'adoption d'un échange automatique de renseignements au niveau de l'OCDE et/ou de l'UE. Elle ne saurait s'appliquer en plus d'un échange automatique d'informations, sauf à constituer un « Swiss finish » dont les principales places financières concurrentes seraient les seules heureuses bénéficiaires.

Cette voie prônée par le Conseil fédéral est désormais contredite par le rapport Brunetti du 6 juin 2013, que le Conseil fédéral a expressément commandé. Il est d'ailleurs étonnant que le Conseil fédéral se soit lancé dans une option stratégique spécifique avant même de connaître le résultat du rapport d'experts.

Le Projet pose en outre toute sorte de difficultés dans son application dont certaines sont insurmontables.

Prétendre pouvoir déterminer avec certitude que des avoirs, en particulier ceux de clients étrangers, sont ou seront déclarés est une gageure qui ne saurait incomber aux intermédiaires financiers, en particulier des avocats, notaires ou des fiduciaires, lesquels n'ont pas les moyens de s'en assurer.

En outre, la notion de « conformité fiscale » prévue dans le Projet englobe les délits fiscaux et les simples contraventions. Or, aux termes des recommandations du GAFI, seule l'infraction fiscale qualifiée est constitutive d'une infraction préalable au blanchiment. Par conséquent, on peine à comprendre pourquoi la LBA devrait s'appliquer à des délits fiscaux alors qu'elle ne s'applique pas aux délits de droit commun.

Enfin, si par impossible ce Projet devait aboutir, l'extension des devoirs de diligence ne devrait s'appliquer que dans le cadre de relations avec de nouveaux clients domiciliés dans des Etats avec lesquels la Suisse n'aura pas signé un accord d'échange automatique d'informations ou un accord de type « Rubik ». Un tel système « double » engendrerait cependant des difficultés pratiques énormes et une insécurité juridique difficilement tolérable.

2. Commentaires de détails :

A. Art. 6a P-LBA:

Le fait d'imposer, par principe, aux intermédiaires financiers de devoir « déterminer » si des valeurs patrimoniales « sont ou seront fiscalisées » est une exigence absolue quasiment impossible à apporter, à fortiori s'agissant d'une obligation future.

Le fait de conditionner l'étendue des vérifications au « risque présenté par le client quant au respect des prescriptions fiscales » revient de facto à faire peser sur chaque client le soupçon d'une infraction fiscale. L'utilisation des indices n'y change rien. Bien au contraire, le fait de qualifier certains indices de « risques accrus », respectivement de « risques moindres », ajoute encore à la confusion. Par exemple, combien faudra-t-il d'indices de risques moindres pour compenser l'existence d'un indice de risque accru ?

On s'interroge en outre sur la question de savoir ce que recouvre le terme « fiscalisé » et sur la façon dont un intermédiaire financier peut arriver à déterminer concrètement si les valeurs « sont ou seront fiscalisées ». Si ces notions sont conservées, cela nécessiterait pour l'intermédiaire financier d'assurer constamment le suivi de ces valeurs et de la situation fiscale des clients, du début à la fin de la relation d'affaires. L'intermédiaire financier devrait ainsi juger de la conformité fiscale en cas de changement de situation des clients (ex : changement de domicile, décès, etc...), ce qui semble totalement impraticable et excessif.

Par ailleurs, le champ d'application de l'article 6a est peu clair : selon le texte du Projet, il se limiterait « à l'acceptation de valeurs patrimoniales ». Or, que recouvre cette notion ? Vise-t-elle uniquement la remise ou le transfert de fonds auprès d'un intermédiaire financier, lequel seul se verrait imposer ces devoirs de diligence accrus, ou s'applique-t-elle en réalité à tous les intermédiaires financiers, y compris à un gérant de fortune ou un avocat disposant directement ou indirectement d'un pouvoir de disposition ou de gestion sur de tels avoirs ? Le Projet n'apporte aucune précision sur cet aspect fondamental.

Enfin, l'article 6a al. 2 let. d du Projet considère l'utilisation de produits exonérés d'impôt comme un indice de risque accru de non-conformité fiscale. Ceci nous paraît totalement infondé. Un client qui utilise ce type de produits, au demeurant parfaitement légaux, n'est pas forcément plus enclin qu'un autre client à violer ses propres obligations fiscales. Ce critère doit donc être supprimé.

B. Art. 7a P-LBA:

L'article 7a du Projet semble instaurer un seuil de minimis en dessous duquel ces nouveaux devoirs de diligence ne s'appliqueraient pas. Le Projet ne précise toutefois nullement ce qu'il entend par la notion de « faible valeur ». En outre, le fait d'exiger malgré tout de l'intermédiaire financier qu'il n'ait quand même pas de soupçons de « non-conformité fiscale » est en parfaite contradiction avec le but de la disposition.

Par ailleurs, comme déjà indiqué, dès lors qu'il conviendrait d'exclure une extension des obligations de diligence des intermédiaires financiers pour tous les cas qui ne seraient pas constitutifs d'infractions fiscales qualifiée, le seuil à retenir devrait être celui défini par le futur article 186 LIFD (en l'état CHF 600'000.- selon l'avant-projet du 27 février 2013).

Enfin, un lien clair entre l'article 7a et l'article 11b devrait être établi de sorte d'exclure toute application de ces nouveaux devoirs de diligence aux relations existantes (voir observations relatives à l'article 11b ci-dessous).

C. Art. 8 P-LBA :

Les mesures organisationnelles imposées aux intermédiaires financiers en matière de prévention d'acceptation de valeurs patrimoniales non-fiscalisées sont disproportionnées. Il n'est pas possible pour un intermédiaire financier suisse de connaître la fiscalité applicable à tous ses clients, qui plus est lorsque celui-ci dispose de plusieurs lieux de résidence et/ou de plusieurs nationalités. Ceci vaut pour un établissement bancaire disposant de fonds propres et de ressources en personnel importantes et vaut à fortiori aussi pour un avocat ou un notaire dont les ressources sont beaucoup plus limitées.

En outre, le Projet fait une nouvelle fois référence « à l'acceptation de valeurs patrimoniales non-fiscalisées » dont la définition est peu claire (voir observations sur l'article 6a du Projet).

D. Art. 11a P-LBA :

On s'interroge sur l'adéquation des termes « soupçons fondés » de non-conformité fiscale. Cette notion de « soupçons fondés » est propre à l'article 9 LBA qui impose à l'intermédiaire financier une obligation de communiquer. L'utilisation de ces termes ne paraît pas opportune car elle peut provoquer une confusion entre la situation de soupçons de simple non-conformité fiscale et celle de soupçons d'infraction fiscale qualifiée nécessitant une communication au MROS.

Cette exigence va au-delà des nouvelles recommandations du GAFI. Il apparaîtrait plus judicieux de fixer une définition claire des infractions fiscales qualifiées (voir observations relatives à l'Article 7a du Projet) et de refuser toute nouvelle relation d'affaires en cas de soupçon fondé de la commission d'une telle infraction uniquement. Ceci serait en outre parfaitement compatible avec les exigences de la communauté internationale. Les exigences plus strictes de certains droits nationaux étrangers envers les intermédiaires financiers suisses (par ex., le droit US) doivent être prises en considération non pas en vertu du droit suisse (sous réserve notamment de la garantie d'une activité irréprochable), mais du fait du droit étranger, pour peu qu'il soit applicable.

Cette disposition s'avérerait par ailleurs parfaitement inutile en cas de reconnaissance par la Suisse de l'échange automatique d'informations, notamment au sein de l'OCDE. Dans ce cas, il ne revient pas à l'intermédiaire financier, sous réserve toujours d'un soupçon fondé d'infraction fiscale qualifiée, de vérifier la conformité fiscale d'avoirs, alors même que des autorités fiscales étrangères disposeront de l'ensemble des informations pertinentes permettant une fiscalisation desdits avoirs. Dans l'hypothèse d'un échange automatique d'informations, il devrait être reconnu que l'intermédiaire financier est légitimé à considérer que les avoirs sont ou seront fiscalisés et qu'il peut donc les accepter. Il doit en aller de même pour tous les Etats avec lesquels la Suisse a signé un accord de type « Rubik ».

E. Art. 11b P-LBA :

Une obligation générale de clarification des relations d'affaires existantes doit être totalement rejetée. Ceci institue un caractère rétroactif à l'examen de la conformité fiscale, parfaitement contraire à la sécurité du droit. Cette exigence ne fait pas de sens, en particulier s'agissant des valeurs détenues depuis des années, parfois sur la base de structures proposées par l'intermédiaire financier lui-même. Si extension des devoirs de diligence il doit y avoir, elle doit être tournée vers l'avenir et non vers le passé.

La résiliation impérative des relations existantes en cas de constatation de non-conformité fiscale doit être rejetée puisqu'une mesure aussi drastique reviendrait à isoler la Suisse et l'exposerait à des risques importants en termes de réputation et de compétitivité.

Le projet d'article 11b comporte également une importante incertitude. En effet, il ne paraît s'appliquer que si des « valeurs patrimoniales » sont « nouvellement transférées ». Or, le texte du rapport explicatif du Conseil fédéral ne semble pas se limiter à ces nouvelles valeurs. Quelle devra être l'attitude d'un intermédiaire financier par rapport à des avoirs existants, sans nouveaux apports d'avoirs ?

* * *

Les devoirs de diligence des intermédiaires financiers ne devraient être étendus qu'en cas de soupçon fondé de blanchiment d'argent, lequel recouvrira également les infractions fiscales qualifiées, une fois les nouvelles recommandations du GAFI mises en œuvre en droit suisse. En outre, une telle extension apparaît parfaitement inutile dans le cadre de relations avec des clients domiciliés dans des pays avec lesquels la Suisse a ou aura signé un accord de type « Rubik », respectivement pour ceux avec qui la Suisse aura signé un accord d'échange automatique de renseignements. Quant aux nombreuses contradictions et incertitudes engendrées par le Projet, il conviendra de les lever.

Nous vous remercions par avance de la bonne suite que vous donnerez à la présente et vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'expression de nos sentiments les meilleurs.

François CANONICA
Bâtonnier

