

Le Bâtonnier

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

Genève, le 28 juin 2013

**Concerne : Mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière  
(GAFI), révisées en 2012**

---

Mesdames, Messieurs,

La présente fait suite à la mise en consultation, le 1er mars 2013, de la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) révisées en 2012.

Même si l'Ordre des Avocats de Genève n'était pas un destinataire direct du courrier du 1er mars 2013, de Madame la Conseillère Fédérale Eveline WIDMER-SCHLUMPF, il nous est apparu indispensable de vous faire part, spontanément, de notre détermination.

En effet, plusieurs propositions formulées, si elles étaient mises en œuvre, auraient un impact très préoccupant sur les activités bancaires et financières à Genève et en Suisse, mais également sur de nombreux membres de l'Ordre des Avocats qui pratiquent également une activité d'intermédiaire financier.

Certaines dispositions du projet, soit notamment celles relatives aux obligations imposées aux intermédiaires financiers d'analyser systématiquement, et pour chaque pays potentiellement concerné, le statut fiscal des avoirs confiés, rendraient impossible la poursuite de ces activités, pratiquées par de nombreux avocats.

Il est en effet inimaginable d'attendre d'intermédiaires financiers qu'ils connaissent la législation fiscale applicable à chacun de leurs clients, et qu'ils soient à même de pouvoir s'assurer de la conformité des avoirs déposés. Une telle obligation nécessiterait des connaissances relatives aux législations fiscales locales, ce qui est bien évidemment impossible et utopique.

Par ailleurs, l'introduction d'une telle obligation remet en cause le principe fondamental de la confiance dans les relations entre d'une part l'avocat et son client, et d'autre part, entre l'administré et l'administration.

Ces relations de confiance sont au cœur du dispositif fiscal suisse, et leur remise en cause dans le cadre d'un toilettage imposé par l'étranger constituerait une erreur fondamentale. Il n'est pas envisageable de mettre à bas l'une des caractéristiques qui fait, à juste titre, la fierté et le succès de l'administration suisse, sans un véritable débat national sur les conséquences insidieuses, voire perverses, d'une telle démarche.

A titre d'exemple, la question du traitement effectif des avoirs de clients (notamment celle d'une éventuelle remise en cash) d'intermédiaires financiers dans le cadre de la clôture d'une relation d'affaire existante du fait de soupçons d'avoirs non-déclarés (mais non-constitutifs d'un acte de blanchiment), fait défaut et laisse l'intermédiaire financier dans une situation impossible.

Cette question hante déjà les banques (même en l'état actuel du droit) du fait qu'elles ne souhaitent pas s'exposer à un risque pénal/fiscal étranger en cas de clôture d'un compte dont le client exigerait la remise des avoirs en cash.

Or, au-delà du principe même de l'extension de ces nouvelles exigences de diligence aux relations existantes, le projet du Conseil Fédéral expose les intermédiaires financiers, d'une part, aux actions judiciaires de clients désireux de se voir remettre leurs avoirs en cash (ce qu'en principe le droit suisse garantit) ou, d'autre part, à des procédures fiscales/pénales initiées par des autorités étrangères du seul fait que ces mêmes intermédiaires auraient autorisé la remise en cash au client d'avoirs non-déclarés empêchant de ce fait leur *tracing* par les autorités étrangères.

Cette situation n'est donc tolérable ni dans son principe ni dans ses effets pour les intermédiaires financiers, qui se retrouvent à devoir faire face à un conflit d'intérêts et de lois.

De plus, l'effet rétroactif visant à voir appliquées ces mesures aux clients existants renforce encore les craintes de la profession et porte une atteinte particulière à la sécurité du droit dans notre pays.

La récente habitude que semble prendre l'administration fédérale suisse d'octroyer un caractère rétroactif à diverses mesures constitue une grave atteinte à notre ordre juridique et à l'attractivité économique de notre pays, laquelle repose principalement sur la stabilité de l'environnement économique et juridique.

D'autres dispositions, notamment celles portant sur les infractions pénales fiscales nouvelles, apparaissent également problématiques. La criminalisation de la soustraction fiscale constituerait également une modification fondamentale de la législation suisse en matière fiscale, laquelle repose sur des sanctions pécuniaires à l'égard des fraudeurs. L'embastillement en Suisse de personnes s'étant livrées à la soustraction fiscale (même de sommes relativement importantes), à l'instar de ce qui se pratique dans certains autres Etats sans plus de succès en matière de lutte contre l'évasion fiscale, finirait de détruire la relation apaisée et constructive entre administration et administrés.

Imaginer imposer un tel changement de paradigme au détour d'une modification visant soi-disant à répondre à la demande internationale, et alors que le Conseil Fédéral lui-même reconnaît que cela ne correspond pas à une exigence actuelle, semble parfaitement déraisonnable et dangereux.

Pour revenir à la définition de crime en matière d'impôts directs, le message insiste sur le fait que l'inscription d'un seuil de CHF 600'000.- dans la loi a pour but de signaler clairement aux intermédiaires financiers à partir de quel moment ils doivent remplir leurs obligations de diligence accrue.

S'agissant de ce seuil, le message précise également qu'il doit s'agir d'éléments imposables déterminants soumis à des impôts étrangers similaires à ceux couverts par la LIFD et la LHID, et que n'entrent dans le calcul du seuil que les éléments imposables non déclarés, et non pas leur investissement ultérieur.

Dès lors, ce seuil apparaît comme suffisamment clair s'agissant de la LIFD, qui ne frappe que le revenu ou le bénéfice. En revanche, il doit impérativement être précisé de manière différente dans la LHID, qui vise également l'impôt sur la fortune et le capital. Dans sa formulation proposée, une fortune non déclarée de CHF 600'000.-, et quelle qu'en soit l'origine, serait susceptible de constituer un crime d'escroquerie fiscale.

Il est par conséquent impératif, si l'idée d'un seuil est retenue comme critère délimitant délit et crime, que son montant soit fixé en précisant de manière claire s'il s'agit d'un revenu/bénéfice non déclaré et pas d'une fortune/capital non déclaré. Le cas échéant, un seuil différent devrait être fixé pour la fortune et le capital.

L'autre difficulté majeure à laquelle seront confrontés un certain nombre de nos membres dans l'application du modèle proposé par le Conseil fédéral, résulte du fait que le crime est inscrit dans les lois fiscales fédérales alors que le client sera peut-être assujéti à un impôt dans un autre Etat qui connaît un système fiscal totalement différent.

Il suffit de passer en revue quelques spécificités du droit fiscal suisse pour s'en apercevoir. La première qui vient à l'esprit est naturellement l'exonération des gains en capital résultant de l'aliénation d'éléments faisant partie de la fortune privée, avec la difficulté rencontrée par tous les praticiens de la délimitation entre fortune privée et fortune commerciale, ainsi que de la détermination de l'existence d'un commerce professionnel.

On peut aussi citer ces institutions si particulières que sont la transposition et la liquidation partielle indirecte.

~~Que penser par ailleurs des flux de fonds qui deviennent imposables en fonction d'un événement futur (par exemple restructuration suivie d'une violation du délai de blocage de cinq ans, rachat par une société de ses propres actions sans que cette dernière ne les revende dans le délai de six ans ou cas de quasi-fusion suivie d'une fusion dans le délai de cinq ans) ?~~

Ces quelques exemples démontrent que, sous une apparente simplicité de la définition du crime d'escroquerie fiscale, se cachent des questions très délicates de définition de l'élément imposable qui serait non déclaré, difficultés qui se posent dans une très nette moindre mesure s'agissant des impôts relevant du DPA.

Dans la mesure où le but principal poursuivi est de créer un crime préalable à un blanchiment d'argent, le modèle proposé par le projet du Conseil fédéral expose les intermédiaires financiers à une beaucoup trop grande incertitude, qui ne peut pas être simplement résolue par une déclaration de conformité fiscale du client. Ce modèle doit être

repensé en profondeur pour supprimer ces incertitudes et définir des éléments constitutifs clairs à destination des praticiens.

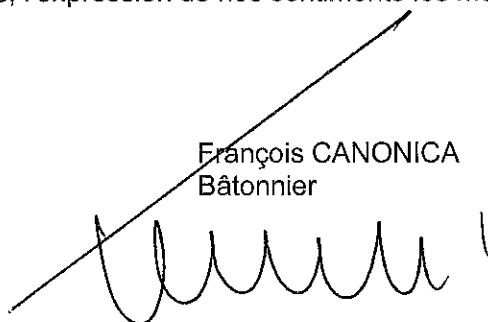
A l'heure où la Suisse envisage de pratiquer un jour l'échange automatique d'informations (voir rapport Brunetti du 6 juin 2013), l'adoption de telles mesures sans réflexion consolidée nuirait à la compétitivité de la place financière suisse sous cet angle également. En effet, elles auraient par définition un caractère redondant, et ne correspondraient pas à un standard pratiqué par nos concurrents.

Enfin, les nouvelles dispositions relatives aux actions au porteur pour les sociétés anonymes ne semblent également pas justifiées. Contrairement à ce qui existe dans certaines législations, y compris aux Etats-Unis, l'origine des fonds des sociétés est identifiée par le truchement des règles sur le blanchiment d'argent. Par conséquent, l'utilisation d'actions au porteur n'a aucun impact en matière de blanchiment. La protection de la sphère privée des porteurs d'actions et les facilités liées à la transmission de ces actions n'ont donc pas de raisons d'être abandonnées, dès lors que les objectifs poursuivis par les nouvelles dispositions sont déjà assurés dans l'ordre juridique suisse actuel.

De façon générale, il est impératif de ne pas transformer, au gré des modifications envisagées, les avocats en extensions des administrations étrangères. Le lien de confiance entre un avocat et son client, lequel constitue le fondement absolu de la relation qui se noue entre eux, serait étouffé par le poids des contraintes imposées.

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

François CANONICA  
Bâtonnier

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a final vertical stroke, positioned below the typed name and title.