

LSI

Département des Finances
Bernernhof
3003 Berne

Genève, le 6 octobre 2006
2936/X0200615/JZU/NGE/fpr

Recours

pour l'ARIF Association Romande des Intermédiaires Financiers, représentée par Cabinet Mayor, 6, rue Eynard, 1205 Genève, comparant par Me Joëlle Zumoffen Fruttero, dans l'Etude de laquelle elle fait élection de domicile.

contre la Décision du 7 septembre 2006 de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (Pièce N° 1) / 22 LBA / Ordonnance sur la taxe de surveillance et les émoluments de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent

Table des matières

EN FAIT	3
EN DROIT	7
Recevabilité.....	7
Au fond.....	7
I. La taxe de surveillance est un impôt	7
II. La taxe de surveillance des OARs / IFDS ne peut être assimilée aux taxes de surveillance prélevées par la Commission fédérale des banques (CFB) et par l'Office fédéral des assurances privées (OFAP)	8
III. Les compétences fiscales de la Confédération	11
IV. La délégation législative de l'art. 22 LBA.....	12
a) La teneur de l'article 22 LBA.....	12
b) La délégation législative	12
V. Les exigences propres au principe constitutionnel de la légalité en matière fiscale	13
a) Les principes constitutionnels.....	13
b) La taxe de surveillance des OARs et IFDS du point de vue constitutionnel.....	14
VI. L'étendue de la délégation législative / conformité de l'ordonnance à la loi / notion de « frais de surveillance ».....	15
VII. La base de calcul des frais refacturés	18
VIII. La répartition proportionnelle des coûts	18
IX. La notion de produit brut.....	18
X. L'inégalité de traitement	20
XI. La forme de la décision	21
a) Violation du droit d'être entendu et de l'obligation de motiver	22
b) Incertitude de l'affectation des frais de surveillance	23
XII. Le calcul de la taxe / Application de l'Ordonnance.....	23
RESUME	24
CONCLUSIONS	25

EN FAIT

1. La loi fédérale sur le programme d'allégement budgétaire 2003, votée le 19 décembre 2003 par l'Assemblée fédérale (RO 2004, 1633), a modifié l'art. 22 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (LBA). Cette modification a introduit la perception par l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (AdC) d'une « taxe de surveillance » auprès des organismes d'autorégulation reconnus (OARs) et des intermédiaires financiers directement soumis à l'AdC (IFDS). Aucune demande de referendum n'ayant été formée, la nouvelle réglementation est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

2. Le nouveau texte de l'article 22 LBA est le suivant :

« Emoluments et taxe de surveillance

¹ *L'autorité de contrôle perçoit des émoluments pour les décisions qu'elle prend et les prestations qu'elle fournit. Elle perçoit en outre chaque année une taxe de surveillance auprès des organismes d'autorégulation et des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis.*

² *La taxe de surveillance couvre les frais de surveillance dans la mesure où le produit des émoluments n'y suffit pas. Elle est fixée sur la base des frais encourus l'année précédente par l'autorité de contrôle.*

³ *Pour les organismes d'autorégulation, la taxe de surveillance est calculée en fonction du rendement brut et du nombre d'affiliés, et pour les intermédiaires directement soumis à l'autorité de contrôle, en fonction du rendement brut et de la taille de l'entreprise.*

⁴ *Le Conseil fédéral règle les modalités, en particulier le tarif des émoluments, les frais de surveillance à prendre en compte et la répartition de la taxe de surveillance entre les organismes d'autorégulation et les intermédiaires financiers directement soumis à l'autorité de contrôle. »*

Avant cette modification, l'art. 22 LBA ne prévoyait que la facturation d'émoluments pour les activités de surveillance effectuées par l'AdC pouvant être attribuées de manière individuelle.

3. Le Conseil fédéral a été chargé de régler les modalités de cette nouvelle taxe de surveillance, en particulier le tarif des émoluments, les frais de surveillance à prendre en compte et la répartition de la taxe entre les OARs et les IFDS. La clause de délégation est prévue à l'art. 22 al. 4 LBA.

4. L'ARIF est une association, à but non lucratif, au sens des articles 60 et suivants du Code Civil. Elle a été fondée à Genève le 15 mars 1999. Son but social est de

«promouvoir la prévention et la lutte contre le blanchiment de valeurs patrimoniales et de faire connaître et appliquer la Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier, du 10 octobre 1997, à ses membres.

L'ARIF ne poursuit aucun but lucratif. Toute rémunération résultant de son activité est exclusivement destinée aux buts qu'elle se propose d'atteindre et à la couverture des coûts des prestations qu'elle procure. » (Pièce N° 2)

5. L'ARIF a obtenu le 24 décembre 1999 de l'Autorité de Contrôle sa reconnaissance en qualité d'organisme d'autoréglementation.
6. Selon l'art. 5 de ses statuts, pour atteindre son but, l'ARIF offre à ses membres diverses prestations, notamment l'affiliation à un organisme d'autoréglementation reconnu au sens des art. 14 et 24 LBA.
7. La très grande majorité des membres de l'ARIF sont des intermédiaires financiers soumis à la LBA. Sont également membres, quelques personnes ou sociétés qui ne sont pas intermédiaires financiers soumis à la LBA, mais qui témoignent d'un intérêt pour les problèmes de prévention du blanchiment de capitaux, ainsi que les membres du Comité de l'association.
8. La cotisation annuelle des membres de l'association varie entre CHF 1'800 et CHF 8'000 (+ TVA) en fonction du nombre de personnes agissant comme intermédiaires financiers au sein de chacun des membres. En 2005, 75% des membres étaient des entreprises comptant entre 1 et 5 personnes.
9. Le 1^{er} mars 2005, un projet d'Ordonnance a été mis en consultation. L'ARIF a adressé, le 31 mai 2005, à l'Administration fédérale des finances une prise de position sur ce projet d'ordonnance (Pièce N° 3). L'ARIF y exprimait son désaccord profond avec le projet en avançant notamment les arguments suivants :
 - L'ARIF relevait que le système fédéral de lutte contre le blanchiment est une tâche étatique et que le système mis en place reporte une charge importante sur les organismes de droit privé que sont les OARs, alors qu'il appartient à la Confédération, par le biais de l'impôt ordinaire, d'assumer sa part des frais engendrés par le système de lutte contre le blanchiment de capitaux.
 - L'ARIF mentionnait que le principe général développé par le projet d'ordonnance, qui prévoyait la répartition de l'intégralité des frais de fonctionnement d'une administration (y compris notamment la participation de l'Etat à des instances internationales et la préparation de travaux législatifs) sur une catégorie seulement de contribuables, relevait plus du domaine d'un impôt sectoriel que du domaine des taxes et émoluments.
 - L'ARIF soulignait le manque de clarté du projet d'ordonnance, qui ne pouvait que nuire à la sécurité du droit. L'ARIF mentionnait à ce sujet que le projet d'ordonnance, en introduisant un calcul du produit brut de chaque OAR, ne manquerait pas de générer des problèmes d'interprétation, voire des frais de vérification importants. L'ARIF mentionnait même une différence entre la formule mathématique prévue par le projet d'ordonnance et son texte explicatif.
 - L'ARIF soulignait que, sur la base des formules proposées, l'AdC devrait faire preuve d'une rigueur exemplaire lors de ses calculs pour saisir correctement les variables des formules mathématiques, ce qui représenterait un travail important qui ne manquerait pas de générer des frais généraux supplémentaires à l'AdC et, par conséquent, de créer un effet « d'auto-allumage » des frais administratifs.
 - L'ARIF rappelait que la LBA impliquait l'assujettissement d'un grand nombre d'intermédiaires dont seule une activité résiduelle était liée à la LBA et qu'il ne pouvait être admis que la taxe de surveillance vienne poser une barrière financière à

l'exercice de plusieurs activités économiques, dont le libre exercice est constitutionnellement garanti.

10. D'autres OARs ont également remis au Département des Finances des prises de position contestant le projet d'ordonnance.
11. Sur mandat du Forum des OARs, rassemblant l'ensemble des organismes d'autoréglementation suisses, le Professeur Xavier Oberson a rendu un avis de droit relatif à ce projet d'ordonnance le 30 mai 2005. Il concluait que la taxe de surveillance devait être qualifiée « d'impôt au sens strict » et que son introduction aurait nécessité une base constitutionnelle spécifique et explicite. Bien qu'inconstitutionnel, le nouvel article 22 LBA ne pouvait pas, pour lui-même, être attaqué en vertu du principe de l'immunité des lois fédérales. Cette immunité pouvait couvrir l'Ordonnance, dans la seule mesure où ses règles auraient repris l'art. 22 LBA, ce qui paraît ne pas être le cas, pour le moins, pour les coûts de fonctionnement. Mais l'introduction de ces derniers dans la taxe de surveillance paraissait clairement dépasser la compétence déléguée au Conseil fédéral. Dès lors, (au moins) sur ce point, le Professeur Xavier Oberson concluait que l'Ordonnance était inconstitutionnelle et ne pouvait bénéficier du principe de l'immunité des lois fédérales. (Pièce N° 4)

La partie En Droit du présent recours reprendra pour partie les considérants développés par M. le Prof. Oberson dans son avis de droit.

12. Nonobstant les prises de position des OARs, l'Ordonnance sur la taxe de surveillance et les émoluments de l'AdC en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA) a été édictée le 26 octobre 2005 (RO 2005, 4735).
13. L'AdC a émis une Notice Explicative (U80755819) qui précisait notamment les bases de calcul de la taxe de surveillance.
14. L'AdC a adressé, en avril 2006, un courrier à l'ARIF, ainsi qu'un questionnaire à remplir intitulé « Formulaire à l'attention des OARs pour la saisie des données relatives à la taxe de surveillance ». Des indications sur le produit brut et le nombre d'intermédiaires financiers affiliés à l'ARIF au 31 décembre 2005 étaient demandées.
15. L'ARIF a retourné ce formulaire le 31 mai 2006 (Pièce N° 5) en indiquant un produit brut de CHF 1'317'547.11 et 457 intermédiaires financiers affiliés, tout en exprimant des réserves dans un courrier annexe (Pièce N° 6).
16. Ce courrier mentionnait tout d'abord que le total des membres de l'ARIF était de 473 membres, composés de 435 membres intermédiaires financiers actifs et soumis à surveillance, 22 membres admis à titre d'intermédiaires financiers, mais temporairement non soumis à la surveillance, un membre non intermédiaire financier et 15 membres du Comité non astreints ès qualités à surveillance. L'ARIF précisait que conformément au texte explicatif de la taxe de surveillance, elle n'avait reporté que les intermédiaires financiers assujettis à surveillance, soit 457, sur le questionnaire.
17. S'agissant du produit brut reporté sur le questionnaire, l'ARIF précisait qu'il se composait des éléments suivants :

•	Cotisations des membres	CHF	1'187'397.53
•	Finances d'inscription de nouveaux membres	CHF	81'000.00
•	Amendes et peines conventionnelles	CHF	32'500.00
•	Emoluments d'enquêtes et de diagnostics	CHF	<u>16'649.58</u>
		CHF	<u>1'317'547.11</u>

L'ARIF contestait toutefois que ces postes puissent constituer un « *chiffre d'affaires résultant de ventes et de prestations de services au sens de l'article 663 CO* », tel que défini par l'art. 10 de l'OBA.

18. S'agissant des cotisations, l'ARIF relevait qu'il s'agissait d'une obligation statutaire et sociale de ses membres, destinée au fonctionnement de l'association.
19. S'agissant des finances d'inscription, l'ARIF relevait qu'il s'agissait d'une obligation réglementaire correspondant au coût effectif de traitement des dossiers.
20. S'agissant des amendes et peines conventionnelles, l'ARIF relevait que, par nature, il ne pouvait s'agir de la contrepartie d'une prestation.
21. Enfin, s'agissant des émoluments d'enquêtes et de diagnostics préalables, l'ARIF relevait que la facturation de ces services était faite au coût effectif, sans bénéfice pour l'association.
22. L'ARIF relevait, en outre, qu'elle était constituée en association sans but lucratif et que ses ressources étaient exclusivement affectées à la couverture de ses frais de fonctionnement, ce qui la distinguait fondamentalement de l'activité économique d'une société anonyme visée par l'art. 663 CO.
23. Le 7 septembre 2006, l'AdC a émis une décision de prélèvement de la taxe de surveillance pour l'année 2006 (Pièce N° 1) mentionnant uniquement que la taxe de base était fixée à CHF 41'038 et la taxe additionnelle à CHF 123'575 et qu'ainsi un total de CHF 164'613 était réclamé à l'ARIF. Aucun autre élément n'était fourni.
24. Cette décision a été reçue par l'ARIF le 8 septembre 2006.
25. Par courrier du 18 septembre 2006 (Pièce N° 7), l'ARIF a demandé à l'AdC de lui fournir des éléments chiffrés permettant de vérifier le montant de la taxe de surveillance qui lui était réclamée.
26. Par lettre du 19 septembre 2006 (Pièce N° 8), l'AdC répond en donnant quelques informations. L'AdC n'explique pas son calcul de la taxe et signale simplement que l'ARIF doit supporter 9.12% du montant perçu au titre de la taxe additionnelle. L'AdC renvoie, en ce qui concerne le montant des coûts de surveillance, de fonctionnement général et les émoluments aux pages 478, 479, 479d à 479h du Compte d'Etat 2005 dont copie était annexée. L'AdC s'est refusée cependant à donner le montant total des produits des OARs et du nombre total de leurs affiliés pour des « *raisons inhérentes à la confidentialité des données de chaque OAR* ».
27. L'ARIF dépose le présent recours contre la décision de l'AdC du 7 septembre 2006.

EN DROIT

Recevabilité

28. La décision de l'AdC a été notifiée le 8 septembre 2006. Déposé dans le délai de 30 jours dès la date de réception de la décision de l'AdC du 7 septembre 2006, auprès de l'autorité indiquée dans la décision, le présent recours est recevable à la forme.
29. Destinataire de la décision attaquée, l'ARIF est directement touchée dans ses intérêts. Elle dispose par conséquent de la qualité pour agir.

Au fond

I. La taxe de surveillance est un impôt

30. Le droit suisse connaît trois catégories de contributions publiques : les impôts, les taxes causales et les taxes d'orientation.
31. L'impôt est une contribution versée par un particulier à une collectivité publique pour participer aux dépenses résultant des tâches générales dévolues à cette dernière en vue de réaliser le bien commun. Il n'est pas perçu en contrepartie d'une prestation de l'Etat ou d'un avantage particulier, mais en fonction d'une certaine situation économique réalisée en la personne de l'assujetti¹.
32. Les taxes causales sont, pour leur part, la contrepartie d'une contreprestation spéciale ou d'un avantage particulier², appréciable économiquement, accordé par l'Etat à un citoyen déterminé. Les taxes causales se divisent en charges de préférence, émoluments et taxes de remplacement. Les taxes de préférence représentent la participation aux frais d'installations, d'institutions ou de services déterminés. La taxe de préférence est calculée en fonction de la dépense à couvrir et est mise à la charge de celui qui profite des installations, institutions ou services concernés dans une proportion correspondant à l'importance des avantages économiques particuliers qu'il en retire (équivalence individuelle / « Individualäquivalenz »)³.
33. Les charges de préférence se distinguent toutefois des *impôts d'affectation destinés à couvrir certaines dépenses déterminées* (« Kostenanlastungssteuern »). On est en présence de tels impôts lorsque le cercle des contribuables comprend les personnes à la charge desquelles la collectivité publique peut, pour des motifs objectifs et raisonnables, mettre en priorité les dépenses en cause plutôt que de les imposer à l'ensemble des contribuables, mais que cet impôt est dû – contrairement aux charges de préférence – indépendamment de l'usage ou de l'avantage effectif obtenu individuellement par le contribuable ou de la dépense que celui-ci a provoquée. Le lien entre les dépenses en cause et les personnes assujetties est abstrait et plus lâche que dans le cas d'une charge de préférence. De ce fait, la jurisprudence et la

¹ ATF 99 Ia 598; ATF 122 I 309

² RDAF 1993, 348; ATF 99 Ia 598

³ ATF 122 I 309; ATF 99 Ia 598

doctrine rattachent l'impôt d'affectation destiné à couvrir certaines dépenses déterminées à la catégorie des impôts au sens strict⁴.

34. Le Message du Conseil fédéral concernant le programme d'allégement 2003 du budget de la Confédération indique clairement que l'introduction du nouvel art. 22 LBA a pour but de reporter sur les OARs et IFDS, sous la forme d'une « taxe de surveillance forfaitaire », non seulement le coût des activités de surveillance individuellement imputables à l'assujetti, mais aussi le coût des activités de surveillance qui ne peuvent faire l'objet d'une attribution individuelle⁵. La taxe de surveillance a ainsi clairement été instaurée pour mettre à la charge de chacun des OARs et IFDS, en plus des émoluments liés aux procédures individuelles, l'ensemble des autres frais de surveillance de l'AdC. Ces frais ne reposent pas sur un rapport d'équivalence individuelle entre l'Etat et chacun des OARs concernés, comme le reconnaît du reste l'AdC elle-même en qualifiant ce rapport non pas de « Individualäquivalenz », mais de « Gruppenäquivalenz »)⁶.
35. Or, comme exposé plus haut, la doctrine et la jurisprudence retiennent qu'un des critères permettant de départager les impôts au sens strict des taxes causales, en particulier des taxes de préférence, est l'absence, pour les impôts, de rapport d'équivalence individuelle, c'est-à-dire l'absence de relation directe entre la contribution publique et l'avantage particulier effectivement retiré par un contribuable déterminé.
36. La taxe de surveillance couvre des coûts qui ne peuvent être attribués individuellement aux OARs et aux IFDS. Dès lors, elle ne peut être qualifiée de taxe causale, mais il s'agit d'un impôt au sens strict, qu'il convient de rattacher aux impôts d'affectation destinés à couvrir certaines dépenses déterminées (« Kostenanlastungssteuern »).
37. Cette nature particulière de la « taxe de surveillance » implique le respect de normes strictes en matière de délégation législative (cf. ch. III. à VI. ci-dessous).

II. La taxe de surveillance des OARs / IFDS ne peut être assimilée aux taxes de surveillance prélevées par la Commission fédérale des banques (CFB) et par l'Office fédéral des assurances privées (OFAP)

38. L'Office fédéral de la Justice a été appelé à se prononcer sur la constitutionnalité et la conformité avec le principe de la légalité des taxes de surveillance prélevées par la CFB et l'OFAP, ainsi que de la contribution financière à la prévention des accidents⁷. Dans cet avis, l'Office a retenu que, même si elles n'atteignent pas le degré d'une équivalence individuelle, on ne peut exclure d'emblée qu'il existe pour certains types de contributions une congruence suffisante entre le cercle des assujettis et le but auquel le produit de la contribution est affecté, qui permette de fonder leur prélèvement non pas sur une base constitutionnelle explicite et spécifique, mais sur la compétence matérielle octroyée à la Confédération dans le domaine d'activité particulier qu'entend financer la contribution. Selon l'Office fédéral de la Justice, les taxes examinées présenteraient précisément cette particularité, ce qui lui a permis de

⁴ ATF 124 I 2929; Blumenstein/Locher, System des Schweizerischen Steuerrechts, Zurich 2002, p. 11

⁵ FF 2003, 5226, 5227, 5255

⁶ Erläuterungen zur Verordnung über die Aufsichtsabgabe und die Gebühren der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Stand 1. März 2005), p. 7

⁷ Gutachten des Bundesrates für Justiz von 15. Juli 1999 in JAAC 64 (2000) N° 25, p. 339 ss

considérer comme « soutenable » (« vertretbar »)⁸ que ces taxes puissent trouver leur fondement dans la compétence matérielle laissée à la Confédération en matière bancaire, d'assurances privées et de circulation routière.

39. Il est important de noter que l'Office fédéral n'exclut pas que ces contributions puissent être rattachées à la catégorie des impôts au sens strict⁹ et que les taxes de surveillance puissent être qualifiées d'impôt d'affectation destiné à couvrir certaines dépenses déterminées (« Kostenanlastungssteuer »).
40. Le contexte dans lequel cet avis a été rendu mérite, en outre, quelques considérations. En effet, l'Office fédéral de la Justice était amené à se prononcer sur la conformité constitutionnelle et légale de taxes perçues, pour certaines d'entre elles, déjà depuis longtemps. Cette situation plaçait sans doute les auteurs de l'avis dans une situation délicate. D'ailleurs, s'agissant de la justification constitutionnelle des taxes visées, l'Office fédéral n'a trouvé soutien qu'auprès d'un seul auteur isolé¹⁰, dont la thèse est au demeurant formellement contestée¹¹. En substance, si l'avis de l'Office fédéral de la Justice peut parfaitement se comprendre au regard des circonstances particulières dans lesquelles il a été rendu, il ne saurait servir de justification suffisante à la qualification, en tant que taxe causale, de la taxe de surveillance des OARs et IFDS.
41. De plus, une transposition sur la taxe de surveillance des OARs et IFDS des considérants utilisés dans le cadre de la CFB et de l'OFAP méconnaîtrait le fait que les OARs sont des organismes privés, qui assument eux-mêmes une part importante des tâches de surveillance (générant des dépenses de fonctionnement importantes et contribuant d'une manière décisive au fonctionnement de la LBA), comme le reconnaît régulièrement l'AdC dans ses rapports annuels, notamment dans son rapport concernant le bilan de l'autorégulation du 31 mai 2005¹², dont on extrait ci-dessous les 5 citations suivantes :
- « *En Suisse, l'autorégulation est l'agent principal de la mise en œuvre des mesures de prévention du blanchiment d'argent dans le secteur non bancaire* » (p. 2) ;
 - « *Les OAR assument leurs tâches de surveillance dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent avec diligence et garantissent une surveillance de qualité équivalent à celle d'une autorité publique de surveillance* » (p. 2) ;
 - « *Les OAR ont accepté la plupart des affiliations dans les années 2000 et 2001, tandis que l'Autorité de contrôle a approuvé les premières demandes de soumission directe en 2002. Grâce au traitement rapide des procédures d'affiliation par les OAR, la majorité des intermédiaires financiers du secteur non bancaire a pu être soumise très tôt à une surveillance en matière de prévention du blanchiment d'argent. L'avance prise par les OAR en matière de procédure d'affiliation leur a permis de commencer avant l'Autorité de contrôle à contrôler le respect des obligations de diligence par les intermédiaires financiers. En conséquence, les OAR ont aussi été les premiers à ordonner les mesures nécessaires au rétablissement de la légalité dans les cas de violation de ces obligations. Il est donc possible d'affirmer que la*

⁸ JAAC 64, 359

⁹ JAAC 64, 365

¹⁰ Res Auer, Sonderabgaben, Berne 1980

¹¹ Peter Böckli, Innovation und Mimikry im Abgaberecht, ASA 58, 177, spec. 194 ss; Xavier Oberson, Les taxes d'orientation - Nature juridique et constitutionnalité, Bâle 1991, p. 24 ss et 59 ss

¹² Rapport concernant le bilan de l'autorégulation du 31 mai 2005

création en Suisse, d'une surveillance en matière de lutte contre le blanchiment d'argent couvrant l'ensemble des secteurs concernés aurait pris beaucoup plus de temps sans l'autorégulation et qu'elle ne serait peut-être pas achevée à ce jour » (p. 2) ;

- *« A la mi-2004, les 12 OAR assuraient la surveillance de 96 pour cent des intermédiaires financiers du secteur non bancaire. S'il revenait à l'Etat d'exercer seul la fonction de surveillance, les ressources en personnel et les moyens financiers actuellement à la disposition de l'Autorité de contrôle ne lui permettraient pas d'assumer cette tâche. On peut donc supposer que la Confédération a réalisé des économies majeures, dans la mesure où ce sont avant tout les OAR qui se sont chargés de la mise en application de la loi sur le blanchiment d'argent et de la surveillance en la matière dans le secteur non bancaire » (p. 3-4) ;*
- *« En résumé, on peut dire que l'application de la loi sur le blanchiment d'argent a réussi grâce au système de l'autorégulation. Grâce aux OAR, les intermédiaires financiers du secteur non bancaire ont été soumis dans un délai très bref à une surveillance intégrale. Les OAR ont mené à bien les tâches qui leur étaient confiées plus rapidement et plus efficacement que ne l'aurait fait une autorité étatique et ont très vite été acceptés comme organes de surveillance par les parties concernées. Cela a notamment conduit à ce que les mesures suisses de prévention du blanchiment d'argent et leur mise en pratique se révèlent plus rigoureuses et contraignantes que les mesures allemandes, françaises ou britanniques. Bien que le système de l'autorégulation dispose encore d'un potentiel d'améliorations pour ce qui est de la mise en œuvre de la loi sur le blanchiment d'argent, les OAR ont prouvé qu'ils sont en mesure de surmonter rapidement les difficultés et qu'ils travaillent avec beaucoup de conviction au perfectionnement de l'autorégulation »*

42. Il est notoire que la contribution de l'autorégulation est infiniment plus importante dans le secteur des intermédiaires financiers non-bancaires qu'elle ne l'est dans le secteur bancaire ou des assurances. Les OARs, plus que l'AdC elle-même, sont délégués de l'Etat pour l'essentiel de la mise en œuvre de la prévention du blanchiment dans le secteur privé non bancaire.

En résumé, les OARs exercent eux-mêmes les tâches de surveillance assumées par l'autorité dans le cadre de la CFB et de l'OFAP.

43. Signalons dans ce cadre que, malgré le fait que ce soient les OARs qui effectuent les tâches de surveillance LBA, le système de la taxe mise en place par l'OBA permet à l'AdC d'encourir, sans restriction, n'importe quels coûts qui seront, de toute manière, automatiquement mis à la charge des OARs et les IFDS.

Ce système n'incite en aucune manière l'AdC à faire des économies budgétaires, ni même à maintenir ses coûts à un niveau raisonnable.

44. Enfin, si l'intégration à la catégorie des taxes causales de contributions publiques pour lesquelles seule une équivalence de groupe (« Gruppenäquivalenz ») était admise, un danger sérieux existerait au regard de la protection des droits constitutionnels du citoyen. En effet, si les contributions ne démontrant pas de rapport d'équivalence individuelle devaient ne plus être qualifiées d'impôts au sens strict et, partant, pouvaient échapper à l'exigence d'une base constitutionnelle explicite et spécifique, on peut se demander de quelle garantie disposerait le citoyen pour s'assurer que les divers services de l'Administration n'opéreraient pas une

ventilation de l'ensemble de leurs coûts entre les diverses catégories prédéterminées de leurs administrés, au mépris de l'article 8 de la Constitution fédérale.

45. En tout état de cause, dans la mesure où elle vise à couvrir des coûts ne pouvant être attribués individuellement aux OARs et IFDS et au vu des spécificités des tâches conduites par les OARs, la taxe de surveillance est un impôt au sens strict et non une taxe causale, qui se distingue clairement des taxes de surveillance prélevées par la CFB et l'OFAP. Par conséquent, les arguments développés par l'Office fédéral de la Justice en la matière ne peuvent s'appliquer à la taxe de surveillance des OARs et IFDS.

III. Les compétences fiscales de la Confédération

46. Le régime des finances est profondément influencé par la structure fédéraliste qui, à teneur de l'article 3 Cst., caractérise la Suisse. En matière de contributions publiques, la Confédération ne peut en conséquence percevoir que les impôts dont la source se trouve énoncée dans la Constitution fédérale. Celle-ci comprend en particulier, en ses articles 126 à 135, un chapitre spécifiquement consacré au régime des finances, qui énumère les impôts que la Confédération peut lever¹³. Ce système suppose une base constitutionnelle explicite pour fonder la perception d'un impôt, une compétence implicite n'entrant nullement en considération. Le législateur ne peut pas se fonder sur une disposition constitutionnelle imprécise pour en déduire la compétence implicite de prélever un impôt nouveau.
47. Eu égard à sa nature, à ses éléments constitutifs et à son importance, la taxe sur les OARs et IFDS se présente comme un impôt, ainsi que démontré ci-dessus. L'institution de cette contribution, de même que la compétence de la percevoir supposent, en application des principes qui précèdent, un fondement de nature constitutionnelle, et non simplement de rang législatif ou réglementaire. Or, la compétence de percevoir un impôt tel que la taxe de surveillance des OARs et IFDS ne figure nulle part dans la liste des contributions que la Confédération peut percevoir, soit de manière exclusive, soit parallèlement aux contributions levées par les cantons¹⁴.
48. Il s'ensuit que la perception de cet impôt, faute de reposer sur une norme de rang constitutionnel, ne saurait être instituée ni par voie législative, ni, *a fortiori*, par voie d'ordonnance. L'art. 22 LBA est, de ce point de vue, contraire à la Constitution.

¹³ Jean-François AUBERT/Pascal MAHON, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Zurich 2003, p. 998 : «Les règles sur le partage des compétences fiscales entre la Confédération et les cantons suivent le principe de l'art. 3 Cst. en renforçant même la portée : la Confédération n'a que les compétences que lui attribue la Constitution et nous pouvons même ajouter qu'elle ne peut percevoir d'impôt qu'autant qu'elle se fonde sur une attribution *expresse* ; il n'y a pas de place, ici, pour des compétences implicites (...). Cette interprétation stricte s'explique par la charge que les impôts entraînent normalement pour les particuliers et par la pression politique que les impôts fédéraux exercent inévitablement sur la capacité fiscale des cantons.»

¹⁴ Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, L'Etat, 2^{ème} éd., Berne 2006, p. 404.

IV. La délégation législative de l'art. 22 LBA

a) La teneur de l'art. 22 LBA

49. L'article 22 LBA opère une distinction entre les *émoluments* liés aux décisions que rend l'autorité de contrôle, d'une part, et la *taxe de surveillance* prélevée auprès des OARs et IFDS directement soumis à l'autorité de contrôle, d'autre part. Cette distinction permet de souligner la différence de nature qui existe entre ces deux types de contributions et confirme que la taxe sur les OARs et IFDS ne saurait être assimilée à un simple émoulement. Le quatrième alinéa de la disposition ménage une clause de délégation au profit du Conseil fédéral.
50. La validité de cette clause est toutefois soumise au respect de deux types d'exigences de nature constitutionnelle : les principes qui entourent le respect du principe de la séparation des pouvoirs d'une part et les exigences, spécifiques, qui gouvernent le respect du principe de la légalité dans le domaine du droit fiscal d'autre part.

b) La délégation législative

51. La délégation législative prévue à l'article 22 alinéa 4 LBA habilite le Conseil fédéral à se substituer au législateur pour prescrire l'ensemble des modalités liées à la perception des deux contributions énoncées dans les trois premiers alinéas de la disposition.
52. Largement conçue, la clause de délégation ménage un pouvoir considérable en faveur du Conseil fédéral, qui est alors habilité à fixer tous les principes nécessaires au prélèvement de la taxe. Pour ce faire, de simples dispositions d'exécution, qui viendraient détailler un mandat déjà contenu dans la loi formelle, seraient assurément insuffisantes, dès lors que l'article 22 LBA n'énonce qu'un programme très embryonnaire. Le Conseil fédéral est, bien plus, habilité à créer lui-même des normes originales, qui vont au-delà des quelques éléments énoncés, de manière ponctuelle, à l'article 22 LBA.
53. Sous l'angle de sa qualification juridique, l'ordonnance fondée sur l'article 22 alinéa 4 LBA se présente comme une *ordonnance dépendante de substitution*, dans laquelle des normes primaires, non prévues par la norme de rang législatif, sont créées par le pouvoir exécutif. Or, pour être valables sous l'angle du principe de la séparation des pouvoirs, les ordonnances de ce genre doivent respecter un certain nombre de principes de rang constitutionnel.
54. En premier lieu, la délégation législative est d'emblée exclue lorsque la Constitution fédérale l'interdit, comme le rappelle l'article 164 alinéa 2 Cst. Ensuite, pour être possible, la délégation législative doit voir la loi qui l'institue se limiter à une matière déterminée et énoncer, de surcroît, les lignes fondamentales de la réglementation déléguée. Il serait en effet inadmissible que le législateur confère, fût-ce dans un domaine déterminé, carte blanche au gouvernement pour que celui-ci adopte la réglementation qu'il veut, en marge de tout cadre de rang législatif. Pour éviter pareil blanc-seing, le législateur doit indiquer au moins le but, l'objet et l'étendue des pouvoirs qu'il délègue¹⁵ comme l'ont souligné la doctrine et la jurisprudence.

¹⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 14), p. 547s. Le Tribunal fédéral a par exemple jugé que l'obligation d'interconnexion du raccordement d'abonné à une ligne téléphonique est une disposition importante au sens de l'article 164 alinéa 1 Cst qui doit, partant, donner lieu à un débat démocratique. Son institution ne

55. Aucun des principes susmentionnés n'est respecté en l'espèce. La délégation législative n'est en principe admise, dans le domaine du droit fiscal, que pour édicter des normes secondaires, détaillant des principes déjà contenus dans la loi. Or, les principes entourant la perception de la taxe de surveillance des OARs et IFDS ne sont pas énoncés de manière claire à l'article 22 LBA. Le cadre légal fixé par l'article 22 LBA est en effet largement insuffisant pour fonder une compétence aussi étendue que celle exercée par le Conseil fédéral dans son ordonnance du 26 octobre 2005. De surcroît, les exigences particulièrement strictes qui entourent le principe de la légalité en matière fiscale ne sont pas non plus respectées.

V. Les exigences propres au principe constitutionnel de la légalité en matière fiscale

a) Les principes constitutionnels

56. Indépendamment des exigences qui entourent le principe de la délégation législative, le principe de la légalité occupe une place particulière dans le domaine des contributions publiques.

57. Dans un arrêt du 4 juillet 2003¹⁶, le Tribunal fédéral a ainsi rappelé qu'en matière de contributions publiques, le principe de la légalité est un droit constitutionnel indépendant, dont la violation peut faire l'objet d'un recours¹⁷. Ce principe est concrétisé par l'article 127 alinéa 1 Cst., qui prévoit que la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul doivent être définis par la loi. La disposition, qui reprend les principes développés sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, vaut pour toutes les contributions publiques, aussi bien fédérales que cantonales¹⁸. À titre d'exemple, même la perception de cotisations destinées à alimenter un régime cantonal d'allocations familiales n'échappe nullement à son empire, ainsi que le Tribunal fédéral l'a rappelé dans l'arrêt précité. En particulier, l'exigence d'une loi formelle, c'est-à-dire d'un acte normatif émanant, sur le plan fédéral aussi bien que cantonal, du législateur ordinaire, représente un aspect central propre au principe de la légalité dans le domaine fiscal¹⁹.

58. Selon la conception classique, le principe de la légalité recouvre deux aspects. La suprématie de la loi impose en premier lieu aux organes de l'Etat de se soumettre à l'ordre juridique et de n'exercer leur activité que dans le cadre tracé par le législateur. Cette exigence implique également que les normes d'un degré inférieur doivent être conformes à celles du degré supérieur. La réserve de la loi postule, en second lieu, que toute atteinte à la liberté ou à la propriété doit être fondée sur la loi. En droit fiscal, ce postulat trouve notamment sa traduction dans l'exigence d'une base légale formelle affichant une certaine densité (densité normative ou *Normdichte*), conformément à l'article 127 alinéa 1 Cst.²⁰.

saurait reposer uniquement sur une ordonnance du Conseil fédéral, elle-même basée sur une norme imprécise de l'Assemblée fédérale (ATF 131 II 13 Swisscom Fixnet AG).

¹⁶ PJA 2004, p. 97 Fédération des Syndicats Patronaux de Genève.

¹⁷ Voir également RDAF 2003 II 173, 176 A.X. et B.X.

¹⁸ AUBERT/MAHON (note 13), p. 1010.

¹⁹ PJA 2004, p. 97, 98 Fédération des Syndicats Patronaux de Genève ; ATF 129 I 346, 353 Résid'EMS.

²⁰ ATF 131 II 562, 565 X. S.A.

59. Sur le plan fédéral, l'importance que revêt le principe de la légalité en matière de contributions publiques est corroborée par les articles 163 et 164 Cst. À teneur de l'article 163 alinéa 1 Cst., l'Assemblée fédérale édicte les dispositions fixant des règles de droit sous la forme d'une loi fédérale ou d'une ordonnance. Conformément à l'article 164 alinéa 1 Cst., toutes les dispositions qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Appartiennent en particulier à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives, d'une part, à la restriction des droits constitutionnels, d'autre part aux droits et aux obligations des personnes et, enfin, à la qualité de contribuable, à l'objet des impôts et au calcul du montant des impôts (art. 163 al. 1 let. b, c et d Cst.). La combinaison des articles 127, 163 et 164 Cst. implique que les éléments les plus importants de l'impôt, ses traits fondamentaux et ses grandes lignes doivent figurer dans une loi formelle²¹ : **l'objet de l'impôt, les bases de calcul, le tarif fiscal, le taux d'imposition ainsi que la période fiscale**²².
60. Le Tribunal fédéral a également souligné que le principe de la légalité en matière fiscale vise à protéger l'administré contre tout comportement arbitraire de l'Etat. C'est pourquoi ce principe s'applique à l'ensemble des contributions publiques. Si des principes tels que la couverture des frais et de l'équivalence permettent, dans une certaine mesure, de contrôler le montant d'une contribution, ils ne sauraient cependant remplacer l'exigence d'une base légale formelle²³.

b) La taxe de surveillance des OARs et IFDS du point de vue constitutionnel

61. L'application des principes qui précèdent au cas d'espèce conduit aux résultats suivants. L'article 22 LBA pose, en son alinéa premier, le principe de la perception, par l'AdC, d'émoluments, d'une part, et d'une taxe de surveillance, d'autre part. Selon l'article 22 alinéa 2 LBA, la taxe de surveillance couvre les frais de surveillance dans la mesure où le produit des émoluments n'y suffit pas. Elle est fixée sur la base des frais encourus l'année précédente par l'autorité de contrôle. Pour les organismes d'autoréglementation, la taxe de surveillance est calculée « en fonction du rendement brut et du nombre d'affiliés », et pour les intermédiaires directement soumis à l'autorité de contrôle, « en fonction du rendement brut et de la taille de l'entreprise » (art. 22 al. 3 LBA).
62. Ainsi, conformément à ce qui précède, les critères posés à l'article 22 alinéa 3 LBA sont manifestement insuffisants pour satisfaire aux exigences découlant du principe de la légalité au sens des articles 127 alinéa 1 et 164 alinéa 1, lettres b, c et d, Cst. L'objet de la contribution prélevée est, en premier lieu, décrit d'une manière vague, dans la mesure où le rapport entre le rendement brut et le nombre d'affiliés ne permet aucunement de déterminer, même de façon imprécise, le plancher et le plafond de la contribution. En deuxième lieu, aucune indication ni aucun critère ne permet de déterminer, fût-ce de façon sommaire, le calcul de la taxe. De même, le montant de l'impôt n'est, en troisième lieu, mentionné nulle part.
63. Il découle de ce qui précède que **l'article 22 LBA ne constitue pas une base légale valable**, au sens des articles 127 alinéa 1 et 164 alinéa 1, lettres b, c et d, Cst., **pour prélever la taxe de surveillance** sur les activités des organismes d'autoréglementation.

²¹ AUBERT/MAHON (note 13), p. 1011.

²² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 14), p. 400 et 522.

²³ ATF 128 II 112, 117 Grande Dixence S.A.

64. Dans son arrêt précité du 4 juillet 2003, le Tribunal fédéral a confirmé qu'une clause de délégation permettant au pouvoir exécutif d'édicter lui-même la quotité d'une contribution (en l'occurrence, des cotisations à des caisses d'allocations familiales) contrevenait gravement au principe constitutionnel de la légalité. Le même raisonnement s'applique au cas d'espèce, dès lors que les modalités entourant la perception de la taxe de surveillance ne sont prévues que par l'ordonnance du Conseil fédéral du 26 octobre 2005, sans aucun fondement de rang législatif. Ce résultat s'impose indépendamment du fait que, conformément à la règle de l'article 191 Cst. et à la jurisprudence, le Tribunal fédéral refuse d'examiner la conformité des lois fédérales à la Constitution²⁴. En tout état, force est de constater que l'ordonnance du Conseil fédéral du 26 octobre 2005 contient des éléments de nature fiscale, au regard de l'article 127 alinéa 1 Cst., qui ne sont pas prévus par l'article 22 LBA. Elle est donc elle-même inconstitutionnelle, indépendamment des problèmes que pose l'article 22 LBA, considéré isolément.

Il s'ensuit que les décisions fondées sur cette ordonnance ne sont pas valables.

VI. L'étendue de la délégation législative / conformité de l'ordonnance à la loi / notion de « frais de surveillance »

65. A teneur de l'article 22 LBA, l'AdC perçoit, en plus d'émoluments, une taxe de surveillance dans la mesure où le produit des émoluments n'y suffit pas.
66. L'article 1 al. 2 OBA dicte, lui, que la taxe additionnelle est perçue sur la base non seulement des coûts occasionnés par la surveillance des OARs et IFDS, mais aussi de tous les coûts de fonctionnement général selon la définition qu'en donne l'article 4 OBA, à savoir tous les coûts engagés dans le cadre des activités de l'AdC qui peuvent être imputés conjointement au groupe des OARs et au groupe des IFDS mais qui ne sont pas couverts par les émoluments.
67. La directive U 80755819 émise par l'AdC va encore plus loin, puisqu'elle précise que les coûts de fonctionnement général englobent tous les frais engagés par l'autorité dans le cadre de ses activités, précisant qu'il s'agit notamment des coûts découlant de la surveillance du marché, des tâches d'état-major comme de l'interprétation de la loi ou le traitement des questions relevant de la protection des données, de la participation aux travaux législatifs ou encore à des affaires internationales. L'ensemble des tâches administratives ou de direction qui ne peuvent être assignées à un secteur particulier sont aussi visées.
68. Il s'agit donc d'établir le sens que donnait la LBA à « frais de surveillance » afin de vérifier si l'OBA et la décision attaquée respectent l'étendue de l'assiette de calcul de la taxe de surveillance telle que fixée par la loi.
69. D'un point de vue systématique, l'OBA étend la base de calcul de la taxe de surveillance au delà des « frais de surveillance » selon la loi pour y inclure tant les coûts de surveillance que les coûts de fonctionnement.
70. Il est impensable que le rédacteur de l'ordonnance ait utilisé les termes « frais de surveillance » dans un sens différent de celui utilisé dans la loi. S'il avait présumé que les « frais de surveillance », au sens de la loi, étaient censés englober des frais

²⁴ ATF 131 II 697, 702 Kantonaes Steueramt St. Gallen ; 131 II 562, 566 X. S.A.

autres que ceux de surveillance proprement dits, notamment de fonctionnement général, il aurait inévitablement désigné spécifiquement, dans l'ordonnance, les frais de surveillance proprement dits.

71. Il serait aussi malvenu de prétendre qu'il a voulu faire la distinction entre d'une part les frais de surveillance des OARs ou des IFDS et d'autre part les autres frais de surveillance, inclus dans les « coûts de fonctionnement », sans que cela soit jamais mentionné expressément. Ce n'est d'ailleurs pas la systématique choisie à l'article 3 OBA, qui distingue clairement entre coûts de surveillance des OARs et des IFDS et les coûts de fonctionnement.
72. Ainsi, la structure même de l'ordonnance démontre sa non conformité à la loi même puisqu'elle fait la distinction entre les frais de surveillance, utilisant ainsi les mêmes termes que l'article 22 LBA, et les coûts de fonctionnement, que la loi n'autorise pas à couvrir par le biais d'une taxe.
73. De plus, si les frais de surveillance devaient correspondre à l'ensemble des frais encourus par l'AdC dans la poursuite de son activité, il eût suffi de préciser que la taxe couvrirait l'ensemble de ces coûts et l'on voit mal la raison pour laquelle l'article 22 LBA aurait délégué au Conseil fédéral le soin de fixer les frais à prendre en compte dans la base de calcul de la taxe de surveillance.
74. D'un point de vue téléologique, le but de l'article 22 LBA paraît clairement ressortir du texte. Celui-ci rappelle que les émoluments doivent servir à couvrir, en tout ou partie, les frais de surveillance et que la taxe de surveillance n'est conçue qu'afin d'assurer un complément de recettes dans le but unique de couvrir ces frais, si les émoluments n'y suffisent pas.
75. Cette limitation de l'étendue de la base de calcul de la taxe de surveillance découle de l'application du principe de causalité des taxes que le Conseil fédéral avait, dans son Message à l'appui de la modification de l'article 22 LBA²⁵, clairement confirmé vouloir appliquer en soulignant que « *l'introduction d'une taxe permettra de couvrir les coûts de l'activité de surveillance de l'Autorité de contrôle selon le principe de la causalité* ».
76. Si la taxe de surveillance n'était pas un impôt mais bien une taxe causale, elle se distinguerait par le fait qu'elle constituerait alors une « *contrepartie d'une prestation spéciale ou d'un avantage particulier appréciable économiquement accordé par l'Etat à un citoyen déterminé* »²⁶.
77. Il n'est pas envisageable que le législateur, qui n'ignore pas cette définition, n'ait pas voulu restreindre la base de calcul de la taxe au moins aux frais qui sont, même de manière plutôt lâche, liés aux activités des OARs et IFDS. Le législateur n'a pas pu vouloir faire absorber, par le biais d'une taxe, la totalité des frais de fonctionnement de l'AdC pour le surplus par des organismes qui ne tirent pas d'avantage particulier du rôle qui leur est attribué, puisqu'ils exercent eux-mêmes par délégation une tâche étatique, contrairement aux administrés auxquels peut être imposée une taxe.
78. Pour le surplus, une grande partie des activités de type général exercées par l'AdC, telles par exemple la participation à des conférences internationales, les discussions

²⁵ FF 2003 p. 5226s

²⁶ Xavier OBERSON, Droit fiscal suisse, 2^e édition, 2002, p.4, § 1, no 6

concernant la modification de la loi ou le service d'information aux administrés en général, servent à l'application de la politique générale de la Suisse en matière de blanchiment. On voit mal comment elles pourraient être considérées comme bénéficiant aux OARs ou aux IFDS, individuellement ou même « en groupe ».

79. Dans ce même contexte, les termes « frais de surveillance » au sens de l'article 22 LBA doivent être interprétés de manière conforme à la Constitution, soit comme excluant à tout le moins la couverture des coûts de fonctionnement général.
80. Il faut ajouter que les compétences octroyées par la LBA à l'AdC sont énumérées à l'article 18 LBA. D'autres peuvent être implicitement déduites des articles 19 et 24 à 28 LBA.
81. Selon la LBA, l'AdC n'assume qu'une fonction de surveillance des OARs et des IFDS. La LBA ne confie en particulier aucune tâche de surveillance générale à l'AdC, par exemple celles consistant à rechercher des intermédiaires financiers qui agissent sans être affiliés ou enregistrés, la collaboration en matière internationale et la législation pourtant visées dans la directive U80755819.
82. L'article 22 LBA fait expressément référence aux tâches de surveillance. On voit mal qu'il faille comprendre que la taxe de surveillance puisse servir à reporter sur les OARs et les IFDS l'ensemble des coûts encourus par l'AdC, y compris ceux qui ne correspondent à aucune activité de surveillance.
83. Ainsi, seuls les coûts de surveillance - au sens le plus strict de l'expression - des OARs et des IFDS peuvent être pris en considération dans le cadre d'une taxe.
84. Pourtant l'OBA étend la base de calcul non plus seulement aux frais de surveillance mais aussi aux coûts de fonctionnement, à savoir, aux termes de l'article 4 OBA, tous les coûts engagés dans le cadre des activités de l'AdC qui ne peuvent être imputés conjointement au groupe des OARs et au groupe des IFDS et qui ne sont pas couverts par les émoluments. Cette extension de la taxation n'est pas conforme à l'art. 22 LBA.
85. La directive U 80755819 précise que par coûts de fonctionnement, il faut entendre notamment les coûts découlant de la surveillance du marché, des tâches d'état-major comme de l'interprétation de la loi ou le traitement des questions relevant de la protection des données, de la participation aux travaux législatifs ou à des affaires internationales ainsi que l'ensemble des tâches administratives ou de direction qui ne peuvent être assignées à un secteur particulier.
86. Il s'agit de tâches qui, peut-être, incombent à l'AdC, mais nullement de tâches de surveillance au sens de la LBA. On ne saurait dès lors les imputer à la surveillance des OARs et IFDS, faute de base légale et d'attribution constitutionnelle permettant à la Confédération de percevoir ce type d'impôts.
87. L'ordonnance d'exécution de l'article 22 LBA a donc étendu sans droit le champ d'application de la loi sur laquelle elle repose. La décision querellée, prise en application de cette ordonnance, est contraire à la loi, en plus d'être inconstitutionnelle.

VII. Base de calcul des frais refacturés

88. Il apparaît selon le courrier l'AdC du 19 septembre 2006, envoyé suite à la demande d'explications de l'ARIF, que l'AdC s'est basée sur le Compte d'Etat 2005 pour faire le calcul des frais généraux qu'elle entend imputer aux OARs et aux IFDS.
89. Or il ressort de cette comptabilité que l'AdC a fait une répartition de ses coûts faisant clairement apparaître les postes « OA » et « IFDS ». Or, sur un total de coûts de CHF 3,607 millions, la part afférente réellement à la surveillance des OARs et IFDS se monte à respectivement CHF 682'000 et CHF 948'000 (avant déduction du montant des produits des émoluments facturés, montant qui s'élève, selon les informations du Compte d'Etat, pour les OARs, à CHF 205'000).
90. A teneur de ces chiffres, les frais de surveillance non déjà facturés aux OARs semblent s'élever à CHF 477'000. Cependant, les coûts inclus dans ce montant ne ressortent pas des éléments fournis par l'AdC, de sorte qu'il n'est pas démontré que ce montant concerne effectivement la surveillance.
91. Sachant que l'article 22 LBA ne permet que la prise en charge des coûts de surveillance, aucun autre montant que ceux figurant ci-dessus (après déduction des émoluments facturés) ne pourrait être mis à la charge des OARs et des IFDS.
92. Enfin il semblerait, bien que la décision prise ne permette pas d'en être totalement certain, que l'AdC a réparti, dans le montant des coûts, CHF 533'000 correspondant à des « coûts par place de travail ». Ce montant ne figurait pas dans le Compte d'Etat 2004, élément qui confirme que le système mis en place permet à l'AdC, « à loisir » ou en fonction de changements comptables, d'ajouter des frais de fonctionnement qui seront répartis, sans contestation ni vérification possibles, entre les OARs et IFDS. Cette manière de procéder est totalement étrangère au cadre légal de la LBA et au système constitutionnel entourant la perception d'impôt par les autorités fédérales.

VIII. Répartition proportionnelle des coûts

93. A teneur de l'article 22 al. 3 LBA, « *pour les organismes d'autorégulation, la taxe de surveillance est calculée en fonction du rendement brut et du nombre d'affiliés* ».
94. Il ressort clairement du texte de loi que la répartition des frais entre les OARs doit se faire sur une base proportionnelle, la loi précisant « rendement brut » et « nombre d'affiliés », mais sans préciser aucun coefficient.
95. L'article 22 LBA ne fait aucune distinction entre taxe de base et taxe additionnelle.
96. L'OBA, en revanche, a introduit une composante de la taxe de surveillance, à savoir la « taxe de base », fixée « par tête », chaque OARs versant le même montant. Cela n'est pas conforme au texte clair de la loi.

IX. Notion de produit brut

97. L'art. 22 LBA précise que la taxe de surveillance est calculée pour les OARs en fonction du rendement brut et du nombre d'affiliés, respectivement pour les IFDS en fonction du rendement brut et de la taille de l'entreprise.

98. L'art. 10 OBA stipule que le produit brut comprend le chiffre d'affaires résultant des ventes et des prestations de services tel qu'il est défini à l'art. 663 de Code des obligations, déduction faite des revenus provenant des cours de formation proposés par les OAR et des révisions confiées à des tiers et refacturées. L'OBA précise aussi que pour les organismes qui ne conduisent pas de comptabilité séparée pour leurs tâches d'autoréglementation, il sera tenu compte des dépenses brutes en lieu et place du produit brut pour le calcul de la taxe de surveillance.
99. L'art. 663 CO traite du contenu minimum du compte de pertes et profits que doivent établir les membres du conseil d'administration des sociétés anonymes. Il précise que, dans ce compte, figurent les produits et les charges d'exploitation, hors exploitation et exceptionnels et que les produits comprennent le chiffre d'affaires résultant des ventes et des prestations de services, les produits financiers et les bénéfices provenant de l'aliénation d'actifs immobilisés, présentés séparément.
100. En comptabilité, la notion de rendement brut d'une entreprise n'équivaut pas à son chiffre d'affaires, mais au résultat brut de son activité, à savoir son chiffre d'affaires après déduction du prix de revient des marchandises ou services vendus.
101. Or, l'AdC semble considérer que le rendement brut des OAR se compose du chiffre d'affaires total (déduction faite des revenus provenant des cours de formation, ainsi que des révisions confiées et refacturées), mais incluant cotisations sociales, amendes et tout autre revenu. Cette interprétation de l'expression « produit brut » excède le cadre de l'art. 22 LBA.
102. L'OAR est organisé sous la forme juridique d'une association. Les membres des associations s'acquittent généralement de cotisations, qui doivent être arrêtées statutairement (art. 71, al. 1 CC). Ces dernières sont enregistrées au compte de produits et comprennent les cotisations statutaires et les cotisations d'entrée. Le versement des cotisations ne peut être assimilé à une donation faute d'*animus donandi*. Les cotisations se distinguent également des apports puisque les membres ne reçoivent pas de parts sur la fortune de l'association en contrepartie de leur mise de fonds. En s'acquittant de leurs cotisations, les membres d'une association bénéficient en général d'avantages liés à la qualité de sociétaires²⁷.
103. En matière d'impôts directs, les cotisations versées par les membres d'une association n'entrent pas dans son bénéfice imposable. Cette exonération des cotisations se justifie par le fait que les membres apportent, par leurs cotisations, les moyens nécessaires à l'activité de l'association, sans que cet accroissement de fortune ne soit le fruit de l'activité de l'association elle-même²⁸.
104. Et ce constat est d'autant plus vrai pour un OAR, délégataire d'une tâche publique, qui n'a pas pour objectif de réaliser des profits. Il perçoit annuellement des cotisations, ainsi que des cotisations d'entrée qui lui permettent d'assumer ses frais de fonctionnement.
105. Dans la logique de l'art. 10 OBA, si les frais d'inscription pour les cours de formation et les frais de révision confiés à des tiers et refacturés n'entrent pas dans la base de

²⁷ Pierre-Marie Glauser, L'imposition des apports et autres contributions de tiers, 2005, p. 356 ss

²⁸ Agner/Jung/Steinmann, Kommentar direkte Bundessteuer, 1995, art. 66 No 1

calcul de la taxe de surveillance, il doit en être de même des cotisations destinées à couvrir les charges de fonctionnement des OARs.

106. De même, les amendes et peines conventionnelles prononcées à l'encontre de certains membres des OARs ne peuvent être considérées comme le produit d'une exploitation ou la contrepartie d'un service et ne sauraient entrer dans la base de calcul de la taxe de surveillance.

X. Inégalité de traitement

107. A teneur de l'article 22 LBA, la taxe de surveillance des OARs est calculée en fonction du rendement brut et du nombre des affiliés.
108. Selon la formule figurant à l'article 11 OBA, la proportion du nombre des affiliés de chaque OAR par rapport à la totalité des OARs compte pour trois quarts dans la répartition de la taxe additionnelle globale, alors que la proportion du rendement brut particulier ne compte que pour un quart.
109. Cela entraîne une différence de traitement injustifiable entre les différents OARs. Ceux des OARs qui ne font état que d'un petit nombre d'affiliés, à l'exemple de l'OAR de La Poste, même si leur produit brut est plus important, bénéficient d'un avantage conséquent par rapport aux OARs ayant un grand nombre d'affiliés.
110. Cette différence de traitement n'est pas justifiée.
111. Le travail de surveillance proprement dit d'un OAR ayant peu d'affiliés entraîne, peut-être, des coûts de surveillance pour l'AdC légèrement inférieurs à ceux engendrés par la surveillance d'un OAR ayant un plus grand nombre d'affiliés.
112. Cela n'est toutefois pas démontré, car la différence dans les coûts de surveillance proprement dits n'est certainement pas proportionnelle au nombre d'affiliés. En effet, ce n'est pas l'AdC, mais précisément les OARs qui effectuent la surveillance de leurs affiliés, l'AdC se contentant, elle, d'une activité de contrôle sur le fonctionnement des OARs. Le fait que l'OAR contrôlé ait un petit ou un grand nombre d'affiliés ne change pas le travail de l'AdC, essentiellement limité à l'examen des règlements, statuts et rapports annuels des OARs, ainsi qu'à leur révision annuelle, facturée spécifiquement à ces derniers.
113. Mais, plus important encore, les tâches de fonctionnement général de l'AdC, sont sans rapport aucun avec le nombre d'affiliés de chacun des OARs.
114. L'AdC exécute, selon son propre rapport annuel et le Compte d'Etat, des activités de « direction et d'état-major », de « surveillance du marché », d'administration, de « révision », de « collaboration internationale » et de « législation », qui ne sont déjà pas des activités de surveillance des OARs et IFDS et qui, de plus, ne dépendent pas du nombre d'affiliés des OARs.
115. L'OBA inclut pourtant ces frais de fonctionnement général dans la base de calcul de la taxe de surveillance, dont la plus grande part est répartie, en fin de compte, sur les OARs ayant un plus grand nombre d'affiliés.

116. De surcroît, il y a inégalité de traitement injustifiable entre les différents OARs liée à la pondération effectuée en fonction des produits bruts, qui n'intervient qu'à hauteur du coefficient d'un quart.
117. Cette inégalité de traitement ressort aussi clairement de la répartition de la taxe de surveillance, par le biais des OARs, à leurs affiliés. En effet, étant donné que la taxe de base est équivalente pour tous les OARs, la taxe par affilié est nettement plus importante pour les OARs avec un petit nombre d'affiliés. Cette disparité entraîne aussi une distorsion concurrentielle importante (de l'ordre de plusieurs centaines de francs par affilié) entre les OARs.
118. Tel que garanti par l'art. 8, al. 1 Cst, le principe d'égalité de traitement interdit à l'autorité de créer des distinctions qui ne sont justifiées par aucun motif objectif²⁹. Dans le domaine du droit fiscal, l'égalité de traitement implique que les personnes qui se trouvent dans des situations semblables soient taxées de façon semblable, seules des différences de situation justifiées d'un point de vue objectif pouvant conduire à une charge fiscale différente.
119. Lié à l'égalité de traitement, le principe de la capacité contributive exige que chaque contribuable participe à la couverture des dépenses publiques compte tenu de sa situation personnelle et en proportion de ses moyens³⁰. Le principe de l'égalité joue un rôle d'autant plus important dans le domaine fiscal que l'autorité ne bénéficie, en principe, d'aucune marge de manœuvre, la charge fiscale devant ainsi s'avérer proportionnellement égale pour tous les contribuables.
120. Les principes qui précèdent ne sont pas respectés en l'espèce. La taxe de base est identique pour tous les organismes assujettis et représente une charge proportionnellement importante dans certains cas. En outre, la taxe additionnelle présente des différences considérables d'un OAR à l'autre, sans que le rapport entre le produit brut annoncé et le nombre de membres ne permette d'expliquer cette situation. La répartition du total des montants réclamés au titre de la surveillance entraîne, par voie de conséquence, des fluctuations très marquées dans la capacité contributive des organismes assujettis, au mépris de l'égalité de traitement.

XI. Forme de la décision

121. On peut aussi faire divers reproches d'ordre formel à la décision attaquée : elle n'est pas motivée ; le montant de la taxe ne peut, malgré la demande de renseignements complémentaires et la réponse donnée par l'AdC, pas être vérifié.
122. Pour le surplus, le montant de la taxe additionnelle fixée pour chacun dépend par essence de celle des autres OARs. Le moindre changement dans les composantes de calcul indiquées par l'un d'entre eux entraîne *ipso facto* la non conformité des taxes additionnelles facturées aux autres. Ainsi, si l'on imagine qu'après notification de la taxe de surveillance aux OARs, une erreur dans l'établissement de la déclaration ou de la taxation d'un seul OAR venait à être annoncée ou admise, l'ensemble des taxes notifiées aux autres OARs ne seraient plus conformes, alors même que les bordereaux adressés à ces derniers OARs seraient devenus définitifs,

²⁹ Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, 2^{ème} éd., Berne 2006, p. 498

³⁰ Xavier OBERSON(note 26) p. 28

ce qui ne manquerait pas de poser de sérieuses difficultés pour pouvoir procéder à un redressement de ces bordereaux.

a) Violation du droit d'être entendu et de l'obligation de motiver

123. Toute décision administrative doit pouvoir être comprise par les administrés, à savoir être suffisamment motivée pour permettre aux administrés d'en vérifier le bien-fondé.
124. Tel qu'il est protégé par les articles 29, al. 2 Cst. et 29 PA, le droit d'être entendu fait en particulier obligation à l'autorité de motiver ses décisions. Cette garantie tend à permettre au justiciable d'une part de comprendre le bien-fondé d'une décision rendue à son égard et à l'autorité de recours, d'autre part, de pouvoir assurer un contrôle efficace sur les décisions que rend l'autorité inférieure.³¹
125. Le droit d'être entendu revêt une portée particulière dans le domaine du droit fiscal, compte tenu de la nécessité, pour le contribuable, de connaître précisément les éléments sur lesquels l'autorité se fonde pour procéder à la taxation et permettre ainsi de protéger au mieux les intérêts en jeu, tout en assurant l'égalité de traitement.
126. En matière de taxe, l'administré doit avoir accès aux éléments nécessaires à faire le calcul. L'obligation de motiver est un critère déterminant afin que le destinataire d'une décision de taxation puisse la comprendre, en apprécier correctement la portée, l'attaquer utilement s'il y a lieu³².
127. Aucun de ces principes n'est respecté en l'espèce. Le bordereau litigieux n'énonce de manière claire et précise ni les éléments de la taxation, ni le barème pratiqué, ni même le calcul détaillé de l'impôt. La somme de CHF 164'613 est ainsi réclamée, au reste sèchement, à l'OAR, sans aucune espèce d'explication.
128. C'est la raison pour laquelle l'ARIF a sollicité, conformément à la garantie du droit d'être entendu, des explications au sujet du montant précité. La demande de renseignements portait sur des éléments précis, destinés à permettre à l'ARIF de comprendre comment la somme réclamée avait été calculée, notamment aux fins de s'assurer que le montant en cause couvrait uniquement les frais liés à la surveillance au sens de l'art. 22 LBA, à l'exclusion de toute prise en charge de dépenses rattachées au fonctionnement général de l'AdC.
129. Les éléments chiffrés de la base imposable n'ont pas été fournis et sont toujours inconnus, l'AdC ayant refusé de donner les informations nécessaires à seulement appliquer la formule figurant à l'article 11 de l'OBA, à savoir en particulier le nombre total d'affiliés et le total des produits bruts.
130. Pour toute information, l'AdC se contente de renvoyer au Compte d'Etat sans préciser quels chiffres de ce compte ont été utilisés pour établir le montant des frais de fonctionnement, les frais de surveillance et les émoluments. Chaque OAR doit, à cet égard, faire des suppositions. Malgré diverses tentatives de calcul, la recourante n'est pas parvenue à retrouver les chiffres exacts qui ont servi au calcul de la taxe concrètement mise à sa charge.

³¹ Auer/Malinverni/Hottelier, vol. II, p. 611 et les références citées

³² ATF 129 I, 232; ATF 126 I, 97

131. De plus, l'AdC refuse de donner les chiffres permettant la répartition de la taxe de surveillance entre les OARs, à savoir le nombre total d'affiliés et le produit brut total sous prétexte de confidentialité.
132. On ne voit pas sur quel motif justificatif l'AdC pourrait fonder son refus de fournir des chiffres généraux, dès lors que cette information est indispensable pour pouvoir vérifier la taxe et qu'elle peut être fournie sans divulguer d'éléments spécifiques à chaque OAR.
133. La réponse, pour le moins laconique, adressée le 19 septembre 2006 par l'AdC à l'OAR suite à la demande de renseignements complémentaire de ce dernier n'est guère convaincante et contrevient, elle aussi, aux articles 29, al. 2 et 5 PA. Dans la réponse, l'AdC fait en premier lieu référence à un « calcul détaillé de la taxe » qui serait contenu dans son bordereau du 7 septembre 2006. Or, il saute aux yeux que ce bordereau, hormis le montant réclamé, ne comprend strictement aucun élément détaillé relatif à la taxation proprement dite. Pour toute explication, la réponse de l'AdC fait référence à des extraits de la comptabilité concernant l'année 2005. De ces chiffres, ainsi présentés pêle-mêle, et sans aucune explication, il est rigoureusement impossible pour l'OAR de comprendre comment se décomposent les divers postes de la taxe de surveillance qui lui est réclamée. De même, aucune explication ne permet de s'assurer que ce montant ne comprend aucun frais général n'entrant pas dans l'activité de surveillance au sens de la LBA.
134. Le droit d'être entendu de l'OAR, tel que prévu à l'article 29 al. 2 Cst. et des articles 29 et 35 PA est en conséquence violé. La violation du droit de la recourante d'être entendue est d'autant plus grave que la somme en jeu est élevée. La décision attaquée devra ainsi être annulée, pour ce motif aussi.

b) Incertitude de l'affectation des frais de surveillance.

135. Le système mis en place par l'OBA entraîne une incertitude constante pour les OARs et IFDS qui y ont sont soumis et des problèmes d'application insolubles pour l'AdC.
136. En effet, comme la formule de calcul de la taxe additionnelle dépend d'informations données par les OARs (produit brut total, nombre d'affiliés) la moindre variation d'un des chiffres fournis par l'un des OARs entraîne *ipso facto* la fausseté de la taxe additionnelle imposée à chacun des autres OARs.

XII. Calcul de la taxe / Application de l'ordonnance

137. La taxe facturée à l'ARIF est incorrecte.
138. En refaisant le calcul sur la base de la formule figurant à l'article 11 OBA, la taxe additionnelle doit être calculée sur la base des éléments qui suivent.
139. La taxe additionnelle est égale à la somme des trois quarts du montant correspondant au rapport entre le nombre d'affiliés de l'OAR recourant et le nombre total des affiliés des OARs et du quart du rapport entre le produit brut de l'OAR recourant et le total des produits bruts de tous les OARs.

140. Comme nous l'avons relevé ci-dessus, l'AdC n'a pas fourni, malgré la demande qui lui a été faite, toutes les informations permettant d'appliquer cette formule, en particulier le montant total des produits bruts des OARs et le nombre total d'affiliés.
141. Néanmoins, quoi qu'il en soit, le rapport entre le nombre d'affiliés de l'OAR recourant et le nombre total des affiliés des OARs ne peut être qu'inférieur à trois quarts de CHF 1. Il en est de même du rapport entre le produit brut de l'OAR recourant et le total des produits bruts de tous les OARs.
142. L'AdC a fixé le montant de la taxe additionnelle à CHF 123'575. Ce montant ne correspond pas à celui auquel aboutit le calcul fait selon l'article 11 OBA.
143. Ainsi, non seulement la taxe de base est illégale pour le motifs exposés plus haut, mais, en application stricte de cette formule, la taxe additionnelle doit donc être réduite d'au moins CHF 123'574 à moins de CHF 1.

RESUME

144. La décision entreprise viole les articles 3 et 127 al. 1 de la Constitution car elle est prise en application d'une ordonnance inconstitutionnelle, adoptée en vertu d'une loi instaurant un impôt, en l'absence de base constitutionnelle explicite.
145. La décision est en outre inconstitutionnelle car elle applique une ordonnance adoptée en exécution d'une loi irrespectueuse des principes de la séparation des pouvoirs et de la légalité, en particulier consacrés à l'article 127 al. 1 de la Constitution.
146. La décision doit être réformée en ce qu'elle applique une ordonnance qui ne respecte pas le champ d'application de la loi, qui ne prévoit que la couverture des frais de surveillance, impose une répartition proportionnelle, non linéaire (taxe de base) et dicte que le calcul de la taxe doit se faire sur la base des rendements bruts des OARs et non pas de leurs chiffres d'affaires. A cet égard, seuls les frais attribués aux OARs, à savoir, selon ce qui semble ressortir du Compte d'Etat 2005, CHF 682'000 moins les émoluments de CHF 205'000, pourraient au plus servir de calcul de la taxe.
147. Elle doit aussi être annulée car elle consacre une inégalité de traitement flagrante entre les OARs puisque le nombre d'affiliés influe de manière disproportionnée sur le montant de la taxe.
148. La décision doit être annulée car elle ne respecte pas le droit d'être entendu, en particulier les exigences de motivation.
149. Enfin, le montant de la taxe facturée ne correspond pas à celui déterminé par l'article 11 OBA.

CONCLUSIONS

Par ces motifs,

L'ARIF conclut à ce qu'il

PLAISE AU DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES

A la forme

Déclarer recevable le présent recours dirigé contre la Décision de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 7 septembre 2006.

Au fond

Principalement

- I. Annuler la décision de taxation de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 7 septembre 2006 imposant à l'ARIF une taxe de base de CHF 41'038 et une taxe additionnelle de CHF 123'575.

Subsidiairement

- II. Annuler la décision de taxation de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 7 septembre 2006 dans la mesure où elle impose une taxe calculée sur la base des coûts de fonctionnement général et fixer le montant de la taxe sur la base des seuls coûts de surveillance, sous déduction des émoluments encaissés par l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

Plus subsidiairement encore

- III. Réduire le montant de la taxe de surveillance facturé à l'ARIF par décision de taxation de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 7 septembre 2006 comprenant une taxe de base de CHF 41'038 et une taxe additionnelle de CHF 123'575, à CHF 41'039, soit le montant de la taxe de base plus CHF 1.

Joëlle Zumoffen Fruttero, avocate