

GESTION D'AVOIRS NON DÉCLARÉS

Quel est le risque d'infraction pénale?

La prochaine réglementation en matière de blanchiment d'argent pourrait imposer un devoir de diligence accru aux gérants indépendants.



JEAN-LUC BOCHATAY
Avocat, FBT Avocats, Genève

L'arsenal répressif de certains États voisins ou plus lointains à l'encontre de leurs contribuables non diligents, en particulier ceux qui se rendent coupables de «soustraction fiscale» (contravention punissable d'une amende en droit suisse), peut avoir, comme on le sait, des incidences sur les gestionnaires de fortune indépendants établis en Suisse.

CERTAINES juridictions érigent en effet toute participation à une «soustraction fiscale» au rang de complicité d'un acte délictueux voire criminel avec, comme conséquence logique, une solidarité par rapport au paiement de l'impôt éludé. La participation à la commission d'une telle infraction peut revêtir de nombreuses formes, telles que l'établissement de structures interposées, la mise en place de mécanismes renforçant l'anonymat, ou encore le transfert de fonds vers d'autres entités ou d'autres juridictions. Le même comportement des participants tenus pour complices ou co-auteurs peut par ailleurs être qualifié d'acte constitutif de l'infraction de blanchiment d'argent, également sanctionnée par des dispositions pénales.

Alors que la poursuite des complices ou co-auteurs de «soustraction fiscale» n'était pas jusqu'alors une priorité pour ces États, elle le devient soit pour des motifs politiques, soit, plus prosaïquement, pour réduire des dettes publiques colossales et combler par tous les moyens des déficits budgétaires béants. Le gérant de fortune indépendant devra faire face non seulement à cette problématique délicate, puisqu'il peut être incriminé dès qu'il pénètre dans le territoire des États au bénéfice d'un tel arsenal législatif (ou dans ceux des États qui accordent l'assistance internationale en matière pénale également pour les infractions fiscales), mais aussi à des modifications législatives importantes en Suisse dans le domaine du blanchiment d'argent, sous l'impulsion du GAFI.

Aujourd'hui, l'infraction pénale de blanchiment d'argent au sens du droit suisse suppose la commission d'un crime à titre d'infraction préalable, soit une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans. En matière fiscale, seule l'escroquerie qualifiée (l'auteur doit notamment avoir agi «en bande») concernant les impôts indirects est un crime; en matière d'impôts directs, l'infraction la plus grave est un délit (peine d'emprisonnement n'excédant pas trois ans).

DEMAIN, la «soustraction fiscale» et a fortiori la «fraude fiscale» (qui implique l'usage d'un faux, mais qui ne constitue qu'un délit en droit suisse), risquent d'être érigées au rang d'infractions préalables au blanchiment d'argent. La mécanique de ce dispositif n'est pas encore connue. La fraude et la soustraction fiscales deviendront-elles un crime au sens du droit pénal ou, plus vraisemblablement, ces infractions deviendront-elles constitutives, en tant que telles, d'actes préalables au blanchiment d'argent lorsqu'elles impliqueront des montants conséquents? Quoi qu'il en soit, il

LA SOUSTRACTION FISCALE SERA SANS DOUTE CONSIDÉRÉE COMME UNE INFRACTION PRÉALABLE AU BLANCHIMENT D'ARGENT.

semble probable que la «soustraction fiscale», pour autant qu'elle résulte d'un état de fait qualifié ou qu'elle soit d'une certaine gravité, sera considérée comme une infraction préalable au blanchiment d'argent, avec pour conséquence l'obligation à charge des intermédiaires financiers – dont les gérants de fortune indépendants – de clarification au sens de l'art. 6 de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) et de communication au sens de l'art. 9 LBA. La LBA sanctionne la violation de ces dispositions par une simple amende; cependant, le Tribunal fédéral a jugé en 2010 que les manquements par les intermédiaires financiers à leurs obligations prévues par la LBA peuvent constituer un délit de blanchiment d'argent par omission. La nouvelle réglementation en matière de blanchiment d'argent pourrait donc bien imposer au gérant de fortune indépendant, en sa qualité d'intermédiaire financier, un devoir de diligence accru lorsqu'il sait ou aurait dû savoir que les avoirs qu'il gère ne sont pas déclarés. En cas de défaillance, il risquerait de commettre le délit de blanchiment d'argent par omission avec les conséquences pénales qu'entraîne un tel comportement.

LA MISE EN ŒUVRE de cette obligation de diligence entraînera pour les gérants de fortune indépendants la nécessité de repenser, avec les moyens limités dont ils disposent, l'entrée en relation d'affaires et la poursuite de ces relations avec les clients dont les actifs ne sont pas déclarés. Ces nouvelles exigences, ajoutées aux problématiques cross-border auxquelles ils font déjà face, au resserrement de leurs obligations en matière de rétrocessions et au projet de les assujettir à une loi sur les services financiers, sont autant de nouvelles contraintes qui concourront certainement à une consolidation du secteur de la gestion de fortune indépendante. ■