

investnews

HORS SÉRIE OCTOBRE 2012

invest**12** LE SALON DES GÉRANTS

10 et 11 octobre 2012 au BFM à Genève

DE PATRIMOINES

ANSWER SA BCV BCGE Banque Cramer & Cie SA Banque Sarasin & Cie SA Barclays Bank (Suisse) SA
CACEIS (Switzerland) SA CMB Compagnie Monégasque de Banque Cornèrcard Credit Suisse SA
E-MERGING ETF Securities (UK) Limited FBT Avocats SA Fundana SA GFIA IAM SA
Interiman Banque & Finance J.P. Morgan Asset Management KeeSystem KPMG SA Lombard Odier
M&G Investments Man Investments AG MIG Bank Mirabaud & Cie Banquiers Privés Natixis
NGAM Switzerland Piguet Galland & Cie SA Plates-formes sodi SA S.A.G.E SA Saxo Bank (Switzerland) SA
Strateo Swiss Genealogy Agency SA TeamWork Management SA Tocqueville Finance TMF Group ZKB

hors série invest'12 Le salon des Gérants de Patrimoines CHF 15.00



Gestion d'avoirs non déclarés et risque pénal: réalité ou fiction ?

Le gérant de fortunes indépendant (GFI) peut-il continuer à exercer son activité en faveur de clients dont il sait – ou devrait savoir – qu'ils ne respectent pas leurs obligations déclaratives relatives aux avoirs dont il assume la gestion ?

PAR JEAN-LUC BOCHATAY

AVOCAT ASSOCIÉ,
FBT AVOCATS SA

Aujourd'hui, nombre d'Etats disposent d'un arsenal législatif très répressif à l'égard de leurs contribuables qui dissimulent des actifs en principe imposables; qualifiée en Suisse de soustraction fiscale (contravention punissable d'une amende), la non-déclaration (volontaire) d'éléments de fortune ou de revenus imposables relève, en France notamment, de la fraude fiscale, infraction passible – indépendamment des sanctions fiscales applicables – d'une peine d'emprisonnement de cinq ans au plus.

Dans des juridictions autres que la Suisse, la qualification pénale de la soustraction fiscale repose la plupart du temps sur des normes existantes mais qui n'ont pas toujours été appliquées, du moins pour les cas de simples « omissions déclaratives ». Les exigences budgétaires des Etats exsangues et la guerre économique à laquelle ils se livrent contre la Suisse favorisent certainement la poursuite de comportements qu'il ne semblait jusqu'alors pas impérieux de combattre à l'échelle des infractions pénales en général.

Par la mécanique bien rodée des principes généraux du droit pénal sont visés non seulement les contribuables indécents, mais également les tiers qui « participent » à la

réalisation de l'infraction. Ainsi, le GFI qui apporte son aide à un client français en vue de dissimuler des éléments imposables risque une peine d'emprisonnement, en France par exemple, équivalente à celle de l'auteur principal. Cette assistance peut prendre la forme de conseil et/ou de mise en œuvre des solutions préconisées, comme par exemple l'établissement de structures interposées, la souscription de contrats d'assurance, le transfert de fonds dans d'autres juridictions, etc.

Si la complicité de la soustraction fiscale semble présupposer une activité du GFI qui ne se limite pas à la gestion de fortunes stricto sensu, il en est autrement de l'infraction de blanchiment d'argent. Nombreux sont les Etats – la Suisse comprise – qui sanctionnent pénalement (en vertu de dispositions semblables à l'article 305 bis CPS) « les actes propres à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou encore la confiscation de valeurs patrimoniales dont l'auteur savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime. »

Dans bien des juridictions (notamment mais pas exclusivement au sein de l'Union européenne), l'activité qui consiste à gérer les avoirs d'un client dont l'intermédiaire financier

« Ainsi, le GFI qui apporte son aide à un client français en vue de dissimuler des éléments imposables risque une peine d'emprisonnement, en France par exemple, équivalente à celle de l'auteur principal. Cette assistance peut prendre la forme de conseil et/ou de mise en œuvre des solutions préconisées. »



“ Avec un tel développement, le GFI pourra être poursuivi pour blanchiment d’argent, du seul fait de son activité de gestion, dans l’hypothèse où il savait ou aurait dû savoir que son client lui a confié des actifs qui ont été soustraits au paiement de l’impôt. ”

■ ■ ■ sait ou devait présumer qu’il ne les a pas déclarés fait partie des comportements incriminés par le dispositif anti-blanchiment d’argent. En France, le fait de « blanchir » dans un contexte professionnel constitue un facteur aggravant: ce délit est passible d’une peine privative de liberté de dix ans au plus (et non de cinq ans comme dans le cas ordinaire) lorsque l’auteur a « utilisé les facilités que procurent l’exercice d’une activité professionnelle ».

Il est probable que dans la plupart des Etats dont le dispositif pénal qualifie de blanchiment les actes en relation avec des actifs provenant de fraude (ou de soustraction) fiscale, l’activité consistant à gérer les avoirs financiers d’un client dont on sait ou devrait présumer qu’il ne les a pas déclarés peut faire partie des comportements incriminés. Le droit pénal français stipule à cet égard ce qui suit: « constitue également un acte de blanchiment le fait d’apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d’un crime ou d’un délit ».

Tout comme dans le cas de la fraude fiscale, le fait que le GFI n’a pas réalisé les actes de blanchiment dans l’Etat lésé par le contribuable ne suffit pas à prémunir le GFI contre le risque de se voir attrait dans une procédure pénale diligentée par cet Etat lésé; un chef d’accusation possible est celui de la complicité de blanchiment d’argent (l’auteur principal étant le contribuable et le GFI, son complice).

Qu’en est-il du risque pénal en Suisse pour le GFI ?

En l’état actuel du droit, le GFI ne peut être poursuivi en Suisse pour complicité de soustraction fiscale (commise au détriment d’un fisc étranger en matière d’impôt direct) ni pour blanchiment de soustraction fiscale. La raison en est double: d’une part, le droit pénal suisse ne sanctionne pas la soustraction fiscale commise à l’encontre d’un fisc étranger et, d’autre part, cette infraction – lorsqu’elle vise le fisc suisse – n’est punissable que d’une peine d’amende, ce qui rend le délit de blanchiment de soustraction fiscale impossible; en effet, en droit suisse, le blanchiment d’argent présuppose que l’infraction initiale soit passible d’une peine privative de liberté de plus de trois ans.

Cela étant, sous « l’impulsion bienveillante » du GAFI, la Suisse va selon toute vraisemblance réviser sous peu les dispositions sur le blanchiment d’argent de manière à ce que certaines nouvelles infractions fiscales – y compris lorsqu’elles visent les impôts directs – constituent, suivant les circonstances, des infractions préalables au blanchiment d’argent. Il nous semble improbable – au vu des discussions actuelles et des pressions exercées – que la Suisse limite cette révision aux seuls cas d’escroquerie fiscale (en matière d’impôts directs, cette infraction n’est à ce jour punissable que d’une peine privative de liberté d’au maximum trois ans; ainsi, même l’escroquerie en matière fiscale ne peut constituer en droit suisse une infraction préalable au blanchiment d’argent). Il nous semble bien plus probable que la mise en conformité de notre dispositif de lutte contre la fraude fiscale avec les exigences du GAFI, implique de reconsidérer le concept d’infraction préalable au blanchiment, autrement qu’en fonction de la sanction associée à cette infraction (ce qui est le cas aujourd’hui), avec pour conséquence d’y intégrer la soustraction fiscale, à tout le moins lorsque celle-ci est significative (c’est-à-dire lorsque des montants importants ont été soustraits à l’impôt).

Partant du principe que la soustraction fiscale (pour des montants importants) pourra constituer une infraction préalable au blanchiment, quel sera alors le risque encouru en Suisse par le GFI pour la gestion d’avoirs non déclarés ? Avec un tel développement, le GFI pourra être poursuivi pour blanchiment d’argent, du seul fait de son activité de gestion, dans l’hypothèse où il savait ou aurait dû savoir que son client lui a confié des actifs qui ont été soustraits au paiement de l’impôt. Les conséquences pour le GFI seront non seulement réglementaires (amende selon les dispositions pénales de LBA) mais encore pénales au sens strict. On rappellera en effet à cet égard qu’en 2010, le Tribunal fédéral a jugé que le non-respect par un intermédiaire financier de ses obligations de clarification (article 6 LBA) et de communication au MROS (Money Laundering Reporting Office Switzerland) (article 9 LBA) peut constituer une violation (par omission) de l’infraction de blanchiment (cf. ATF 136 IV 188).