



## Fiscalité et gestion de fortune

FRÉDÉRIQUE BÉNSAHEL, AVOCATE ASSOCIÉE ET PIERRE-OLIVIER ETIQUE, AVOCAT ASSOCIÉ, FBT AVOCAT SA

*Entre l'échange automatique de renseignements et la lutte contre l'évasion fiscale, la place du gérant de fortune indépendant est inconfortable.*

**L**e 18 décembre 2015, la Suisse a adopté la loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR) qui vise à mettre en œuvre la norme internationale d'échange automatique de renseignements. Cette loi entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017. Elle prévoit que les «institutions financières» suisses (IF) devront collecter les premières données de clients à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017. Dès lors, les données relatives à tout compte existant en 2017 et faisant l'objet d'une obligation de déclaration seront nécessairement collectées par l'IF qui les communiquera à l'Administration fédérale des contributions (AFC). Cette dernière transférera à son tour les données aux autorités fiscales du pays de résidence du client, la LEAR prévoyant que la première communication des données par l'AFC aura lieu le 30 septembre 2018 au plus tard. A ce jour, la Suisse s'est engagée à échanger des informations fiscales de manière automatique avec les 28 Etats membres de l'Union Européenne ainsi qu'avec l'Australie, le Canada, la Corée du Sud, Guernesey, l'Île de Man, l'Islande, le Japon, Jersey et la Norvège. Aucune donnée ne pourra être transmise sur la base de la LEAR à des pays avec lesquels la Suisse n'a pas (encore) conclu d'accord sur l'échange automatique de renseignements (EAR).

Les GFI ne sont en principe pas considérés comme des IF soumises à l'obligation de communication à l'AFC. Cette obligation d'information incombe généralement à la banque dépositaire. Les GFI peuvent néanmoins y être soumis dans certains cas particuliers, par exemple lorsqu'ils déploient, sous couvert de structures spécifiques, des activités connexes à la gestion de fortune, telles que celles de «corporate trustee» d'un trust ou encore de «corporate director» d'une structure offshore dont la direction effective est en Suisse. Dans l'immense majorité des cas toutefois, le GFI n'est tenu à aucune obligation découlant de la LEAR.

**LE GFI ET L'EAR** La question se pose dès lors de savoir si le GFI est concerné par l'EAR. La réponse à cette question est sans aucun doute affirmative. Le GFI, mieux que la banque dépositaire, connaît les statuts personnel, professionnel et fiscal de son client. Le GFI est donc le mieux à même d'exposer à son client les conséquences de l'EAR, soit la transmission de données aux autorités fiscales de son Etat de résidence et/ou d'autres Etats, et les conséquences d'une telle communication sur sa situation personnelle, voire sur celle d'autres personnes, proches du client, susceptibles d'être concernées par la divulgation de ces données.

*[ Le GFI connaît les statuts personnel, professionnel et fiscal de son client et il est donc le mieux placé pour exposer à son client les conséquences de l'EAR ]*

La situation du client en indécatesse fiscale est aisée à comprendre: toute communication des données du client relatives à des avoirs non déclarés au fisc de son pays de résidence est généralement synonyme de rappels d'impôts, d'amendes fiscales et, suivant les cas et les juridictions, de sanctions pénales, y compris de peines privatives de liberté. Mais le client n'est pas le seul concerné: certains Etats, dont la France, considèrent que le seul fait de gérer des actifs qui proviennent d'une fraude fiscale peut être qualifié d'acte de blanchiment. Ainsi, lorsque le GFI gère les actifs d'un client provenant – en tout ou en partie – d'une infraction fiscale étrangère, il pourra dans certains cas être lui-même recherché pour blanchiment de fraude fiscale. Ce risque s'amplifie avec l'EAR. En effet, les informations communiquées «automatiquement» à l'Etat de résidence du client peuvent déclencher des demandes d'entraide administrative en matière fiscale de ce même Etat en vue d'obtenir toutes les données relatives au compte du contribuable visé, notamment le nom des personnes au bénéfice d'un pouvoir de gestion. L'étendue des informations transmises peut exposer le GFI à des poursuites pénales pour blanchiment de fraude fiscale dans le pays de résidence du client.

**UNE DILIGENCE ACCRUE EST NÉCESSAIRE** La gravité des conséquences de l'EAR en cas d'avoirs non déclarés doit amener le GFI à orienter le client vers une régularisation de sa situation fiscale. Si le client s'y refuse, le GFI devra s'interroger sur l'opportunité de maintenir ou au contraire de résilier son mandat avec le client, observation faite que la résiliation du mandat ne suffira pas toujours à exclure le risque de poursuites dans le pays de résidence du client.

*[ La difficulté pour le GFI réside dans l'obligation qui lui est faite de détecter les relations et les transactions à risque sous l'angle du délit fiscal qualifié et de les dénoncer au MROS en cas de soupçon fondé ]*

Relevons par ailleurs que, même dans les cas où la situation du client est fiscalement conforme, du moins en 2017, il existe des situations complexes qui favorisent les risques de

communication à des autorités fiscale non «compétentes» ou qui ne sont plus «compétentes». En effet, la détermination de l'Etat de résidence fiscale du client dans le cadre de l'EAR est fondée sur un ensemble de critères et d'indices qui peuvent, selon les cas, conduire à la détermination d'une juridiction qui n'est pas, ou qui n'est plus (notamment dans les cas de délocalisation récente), celle où le client doit payer ses impôts, voire à la détermination de plusieurs juridictions «concurrentes» avec pour conséquence l'envoi de renseignements aux autorités fiscales d'une juridiction dont le client ne serait, ou ne devrait pas être, contribuable.

La LEAR fait obligation aux IF d'informer les clients de l'Etat de résidence retenu dans le cadre de l'EAR. Cette information doit être communiquée aux clients le 31 janvier 2018 au plus tard pour un envoi obligatoire des informations par les IF à l'AFC le 30 juin 2018 au plus tard. Les clients bénéficient donc de cinq mois au moins, mais parfois au plus, pour exercer les droits qui leur sont conférés aux termes de la LEAR et convaincre l'IF de ce que la résidence fiscale retenue n'est pas correcte et l'amener à modifier les données le concernant ou saisir les tribunaux du siège de l'IF sur la base de la loi fédérale sur la protection des données en vue de faire rectifier les données inexacts. Le GFI se devra d'être diligent pour aider son client dans les situations problématiques.

**L'EAR ET LE DÉLIT FISCAL QUALIFIÉ** Les GFI se posent avec raison la question de savoir si la mise en œuvre de l'EAR les libérera des nouvelles obligations qui sont les leurs, du fait de l'introduction dans le Code pénal suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2016 du délit fiscal qualifié en tant qu'infraction préalable au blanchiment d'argent et des obligations de diligence qui en découlent en vertu de la loi sur la lutte contre le blanchiment d'argent («LBA»).

La difficulté pour le GFI réside dans l'obligation qui lui est faite de détecter désormais les relations à risque (know your customer) et les transactions à risque (know your transactions) sous l'angle du délit fiscal qualifié et de les dénoncer au MROS en cas de soupçon fondé. Cette surveillance n'est pas aisée et la LBA ne contient que peu d'indications. Il est important de préciser que la simple auto-déclaration du client par laquelle celui-ci confirme s'être conformé à ses obligations fiscales ne paraît pas suffisante pour éviter au GFI de se poser des questions.

*[ La simple transmission aux autorités fiscales de résidence du client d'informations sur les actifs non déclarés de ce dernier peut avoir pour conséquence de mettre en lumière le rôle du GFI dont le comportement pourrait être qualifié de blanchiment de fraude fiscale ]*

Les obligations du GFI selon la LBA sont absolues et portent sur toute la clientèle, qu'elle soit suisse (rappelons que les clients suisses ne sont pas concernés par l'application de l'EAR par la Suisse) ou étrangère, que ses clients résident ou non dans un pays qui a signé un accord sur l'EAR avec la Suisse. Ainsi, le GFI est tenu de manière stricte à ses nouvelles obligations liées au délit fiscal qualifié, en dépit de l'application des normes sur l'EAR. Ces dernières pourront certes diminuer le risque du GFI relatif aux avoirs des clients résidant dans les pays co-contractants de la Suisse. De ce fait, la mesure de la diligence du GFI en relation avec ces clients-là pourra être adaptée pour tenir compte du fait que les données de ces clients sont transmises aux autorités fiscales de leur résidence, sans toutefois renoncer à toute surveillance les concernant.

**LE TEMPS PRESSE** En résumé, alors que l'EAR peut être perçu comme un soulagement pour le GFI dans le contexte de son obligation de clarification relative aux fonds qui pourraient provenir d'un délit fiscal qualifié, l'EAR peut toutefois constituer une source de danger, de manière évidente pour le client, et de manière moins apparente, mais néanmoins réelle, pour le GFI. En effet, la simple transmission aux autorités fiscales de résidence du client d'informations sur les actifs non déclarés de ce dernier peut avoir pour conséquence de mettre en lumière le rôle du GFI dont le comportement pourrait être qualifié de blanchiment de fraude fiscale. Le temps presse. La perspective de l'échange d'informations fiscales par le biais de l'échange sur demande, l'échange spontané et l'EAR a déjà incité de nombreux clients à régulariser leur situation fiscale. D'autres ont préféré se délocaliser. Dans de nombreux Etats, la régularisation des actifs non déclarés, avec l'avantage d'encourir des peines moins lourdes que celles de droit commun, est toujours possible. Le devoir de diligence du GFI, en sa qualité de mandataire de confiance du client, est de lui expliquer la mise en œuvre de l'EAR. En effet, sauf engagement contractuel particulier du GFI, il est douteux que le client puisse le rechercher pour défaut d'information relatif à l'EAR. Commercialement toutefois, le GFI aura peine à s'expliquer auprès d'un client qui serait pris dans le filet du système dès le 1<sup>er</sup> janvier 2017 sans avoir pu en anticiper les conséquences.