

Les invités

Pris en étau entre les lois suisses et françaises

David Lutran*
et Alexandre de Senarclens**

Longtemps, le banquier suisse ne s'est préoccupé que du respect des lois suisses. La simple évocation fiscale que pouvait commettre un client étranger en lui confiant de l'argent ne concernait pas la banque suisse et ses employés. Ceci reposait sur la noble idée que chaque citoyen est responsable de déclarer sa fortune ainsi que ses revenus à ses autorités fiscales et que les banques n'ont pas à prêter assistance au fisc, a fortiori si celui-ci est étranger.

Cette conception a encore cours en Suisse, certains États étrangers tentent de poursuivre pénalmente des banques ou des employés de banques suisses pour avoir sciemment accepté et géré de l'argent non fiscalisé. Cette problématique est connue pour les États-Unis et a été déjà largement discutée. Elle l'est moins pour la France. Pourtant, il apparaît que des juges d'instruction français tentent de mettre en cause pénalmente des personnes physiques ou des institutions suisses pour des actes commis exclusivement sur le territoire de la Confédération.

Voyons ici ce qui peut être reproché en droit français aux banquiers suisses ayant eu à traiter ou traiter de la clientèle française non fiscalisée ainsi que la problématique du conflit de lois entre le droit suisse et le droit français en la matière. Le risque de poursuite pénale en France va dépendre évidemment de l'état de fait. Pour la clientèle française, le gestionnaire suisse a, en général, reçu des avoirs, reçu des ordres de transfert, remis des sommes d'argent et, peut-être, aidé le client à structurer son patrimoine.

Après avoir exhorté les contribuables français à régulariser leurs comptes non déclarés à l'étranger via la circulaire Cazeneuve, le gouvernement français est résolu à mieux poursuivre et réprimer la «défiance financière», ce dont témoigne la récente création d'un poste de procureur financier chargé de superviser les affaires les plus sensibles en la matière.

Deux infractions revêtent dans ce cadre une importance particulière, à savoir la fraude fiscale et le blanchiment. La fraude fiscale, entendue comme la soustraction ou la tentative



* Avocat
au barreau
de Paris,
Rive Droite
Avocats



** Avocat,
Oher & Associés,
Genève

de soustraction frauduleuse d'impôts (y compris ce qui serait qualifié en droit suisse de simple «évasion fiscale»), peut impliquer le banquier, en tant que complice, dès lors que celui-ci fournit sciemment son aide ou son assistance en vue d'une telle dissimulation. La loi du 6 décembre 2013 faisant de la détention d'un compte à l'étranger une circonstance aggravante de la fraude, le banquier étranger qui a accepté d'ouvrir un compte pour l'un de ses clients français – en sachant que ce dernier souhaitait échapper à l'impôt – est susceptible d'être reconnu complice de fraude aggravée. A noter également que cette même loi crée un délit de fraude fiscale commise en bande organisée – motif d'aggravation de l'infraction – dès lors que sont démontrés le caractère prémédité du délit ainsi qu'une entente entre le contribuable français et son banquier en vue de la commission de celui-ci.

Le blanchiment, infraction consistant pour une personne tierce à faciliter la justification mensongère de l'origine de sommes soustraites à l'impôt ou encore à participer en toute connaissance de cause au placement, à la dissimulation ou à la conversion de telles sommes, est susceptible de concerner le banquier dès lors que celui-ci n'a pas averti les autorités compétentes alors même qu'il avait des raisons légitimes de soupçonner une fraude fiscale. Une autre hypothèse concernerait son refus de délivrer des informations couvertes par le secret bancaire dans le cadre d'une procédure pénale en cours.

La qualification de blanchiment aggravé pourrait également être retenue dans l'hypothèse où le banquier aurait utilisé les facilités procurées par son activité professionnelle pour la commission des faits délictueux.

Encourant une peine d'amende et/ou d'emprisonnement pour ces infractions, le banquier risque également une condamnation à des peines complémentaires, et notamment le prononcé d'une interdiction d'exercer. A noter que la durée de cette interdiction – qui peut même être définitive dans le cas du délit de blanchiment – a été augmentée par la loi précitée, sa durée maximale étant désormais de quinze ans.

Le juge français dispose d'un arsenal juridique relativement diversifié pour lui permettre

de connaître des faits délictueux commis par des étrangers en dehors du territoire français, mais intéressants la France. Par exemple, la loi française s'applique à «tout crime ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction» (article 113-7 du Code pénal) ou encore lorsque les faits en cause constituent «des crimes et délits qualifiés d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation» et «des éléments essentiels de son potentiel [...] économique» (articles 113-10 et 410-1 du même code), étant précisé que l'application de cette loi emporte la compétence des tribunaux français.

La qualification de blanchiment aggravé pourrait être retenue dans l'hypothèse où le banquier aurait utilisé les facilités procurées par son activité

Le banquier suisse ayant accepté d'ouvrir des comptes pour ses clients français court donc le risque d'être pris en étau entre les législations helvétique et française, en particulier d'être impliqué dans le cadre d'une procédure pénale en France, pour avoir permis la réalisation de l'une des infractions visées plus haut, quand bien même son comportement ne serait pas répréhensible en droit suisse. A l'inverse, et de manière tout aussi embarrassante, il pourrait se trouver en infraction avec le droit suisse pour avoir respecté la loi française.

Un tel cas de figure pourrait être illustré de la façon suivante: Interrogé par les autorités françaises enquêtant sur un cas de fraude fiscale supposée, le banquier suisse qui répondrait aux autorités françaises en ignorant les dispositions suisses en matière de secret bancaire se verrait reconnu coupable de violation dudit secret en application de l'article 47 de la loi fédérale sur les banques protégeant le secret professionnel (délit passible d'une peine d'emprisonnement ou d'une amende). Inversement, s'il refusait de déférer aux demandes des autorités françaises, il pourrait être reconnu coupable

de blanchiment de fraude fiscale par celles-ci (délit passible d'une peine maximum d'emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 375 000 euros).

Il apparaît donc que le banquier suisse – désormais contraint de s'intéresser à la législation nationale de son client – se trouve aujourd'hui dans une situation génératrice d'une très grande insécurité juridique. Le dit banquier, s'il venait à être impliqué malgré lui dans une procédure pénale, se verrait ainsi obligé d'assurer sa défense en démontrant, par exemple, qu'il n'a pas sciemment commis les faits qui lui sont reprochés, avec cette circonstance que la connaissance de leur caractère illicite découle souvent, en France, de la qualité de professionnel du prévenu. Il ne faudrait donc pas, en poussant la logique à son paroxysme, que sa qualité de professionnel suisse de la banque ne crée une présomption de mauvaise foi à son détriment.

A noter enfin que le juge français ne pourra demander l'aide d'un homologe suisse pour instruire son dossier, dès lors que l'entraide pénale n'est accordée en Suisse que si les actes commis à l'étranger sont également poursuivis en vertu du droit suisse (principe de double incrimination), ce qui n'est pas le cas pour la simple évocation fiscale.

Ainsi, il apparaît qu'il y a un clair conflit de loi et de politique pénale entre deux pays voisins avec, d'un côté, la France, qui est d'avis qu'un banquier doit s'assurer que l'argent qui lui est confié est bien fiscalisé et, de l'autre, la Suisse, qui considère que seul le citoyen est responsable de déclarer ses revenus et sa fortune à ses autorités fiscales. Le monde change et la vision française semble être le nouveau paradigme. Pour éviter que la situation ne s'envenime, il devient urgent de trouver un cadre politique et une solution entre États pour régler le passé.

>> Sur Internet

Retrouvez sur notre site de nouvelles contributions d'invités extérieurs, ainsi que l'ensemble des articles écrits dans cette page par des invités
www.letemps.ch/forum_eco

Périscope

«Chez UBS, nous sommes loin d'être parfaits»

Les temps sont durs pour Sergio Ermotti. Le numéro un d'UBS s'est confié à deux reporters du *Wall Street Journal* en visite au Forum économique de Davos. «Je pense que ces critiques constantes sur l'éthique et l'intégrité de la part de plusieurs actionnaires représentent la partie la plus frustrante de l'équation», s'est plaint Sergio Ermotti. La première banque suisse a été sous le feu des critiques ces dernières années: qu'il s'agisse de son rôle dans la crise financière, dans le scandale lié à la manipulation du taux Libor, ou encore à cause des bonus

payés à ses cadres. «Nous sommes loin d'être parfaits», a reconnu Sergio Ermotti. «Mais ça n'aide pas d'être constamment critiqués. [...] Quand je regarde autour de moi, je ne pense pas qu'il y a beaucoup de banques qui pourraient incarner l'exemple à suivre», conclut-il.

WALL STREET JOURNAL

payés à ses cadres. «Nous sommes loin d'être parfaits», a reconnu Sergio Ermotti. «Mais ça n'aide pas d'être constamment critiqués. [...] Quand je regarde autour de moi, je ne pense pas qu'il y a beaucoup de banques qui pourraient incarner l'exemple à suivre», conclut-il.

Puma évince Nike à Arsenal

Puma chasse son rival Nike de l'Emirates Stadium du club de foot londonien Arsenal, son partenaire depuis vingt ans. Aucun détail n'a été dévoilé sur ce contrat qui, entre en vigueur à partir du 1er juillet. Des chiffres de la presse anglaise non démentis évoquent un montant de 30 millions de livres par an, pendant cinq ans. Cette annonce intervient à un moment difficile pour Puma, constate *Le Figaro*. En crise depuis plusieurs années, la filiale du groupe Kering a vu, pour la première fois, ses ventes reculer sur les neuf premiers mois de l'année dernière. Son nouveau patron, Björn Gulden, un ancien footballeur professionnel (s) norvégien, a lancé une vaste restructuration et entrepris de remettre le sport au cœur de la stratégie. LT

Analyse

Les reproches abondent contre la Finma, son style de gestion et de communication



Emmanuel Garessus

Signe des temps. La presse de boulevard se passionne pour la succession de Patrick Raaflaub à la tête de la Finma. La crise de la police des banques et des assurances dépasse de loin les aspects personnels. Elle exprime d'abord la perte d'un atout autrefois très réussi, l'ouverture au dialogue. Aujourd'hui, un esprit de méfiance règne entre les institutions censées garantir un environnement, «des relations avec la BNS comme avec les banques et les assurances sont très tendues, surtout en raison de la soif de savoir de la Finma», selon un expert proche de l'établissement. Il met le doigt sur un risque majeur pour la place financière suisse. «Au plus fort de la crise d'UBS, la coopération a bien fonctionné entre les responsables de la BNS (Jean-Pierre Roth, Philipp Hildbrand), l'administration des finances (Peter Sigenthaler) et la CFB (Eugen Haliner). Aujourd'hui, une solution élaborée dans un esprit de confiance mutuelle le week-end lors d'une réunion de crise? J'ai peine à l'imaginer», regrette-t-il. De son côté, la Finma reconnaît des divergences avec la BNS mais estime que le dialogue reste constructif

La démission de Patrick Raaflaub de la direction de la Finma est l'occasion d'un bilan après cinq ans. Les critiques abondent tant sur sa stratégie que sur son excès de zèle, sa quête de pouvoir ou sa politique de communication. Sur la forme, le moment du départ du directeur a surpris les patrons de banques. L'ancien cadre de Swiss Re avait promis dès 2009 que son mandat se finirait à cinq ans. Mais l'abandon du navire en pleine tempête américaine n'est pas du goût de tout le monde.

La tâche est ingrate. La Finma joue un rôle d'équilibriste en tant que surveillant. Le meilleur ennemi des banques et des assurances a, par son propre comportement, érigé un mur d'incompréhension par son style de communication autant que par ses décisions sur des sujets aussi sensibles que les rétrocessions, le conflit fiscal et l'affaire du Libor. Entre l'hiver 2009 et aujourd'hui, la Finma s'est mise à dos banques et assurances parfaitement conscients de la nature délicate des tâches du régulateur, et rates sont ceux qui déplorent le départ du directeur.

De nombreux financiers ont souligné les compétences de Patrick Raaflaub et ont accepté le renforcement de la réglementation après la crise. «Mieux vaut un régulateur sévère mais autorisé qu'un gironette ou un incapable», nous confie un directeur général de banque. Mais à l'égard de Patrick Raaflaub, les louanges s'arrêtent là. Les reproches sont si nombreux qu'il n'est pas abs de les

hiérarchiser. «L'ère Raaflaub a été marquée par un grand chambardement, selon un banquier. Aucune pierre n'est restée en place, comme si rien de positif n'existait auparavant. Cette stratégie de rupture expliquerait le départ de plusieurs experts de haut rang au sein de la Finma. Un style de management excessivement autoritaire est également mentionné. Le résultat est indiscutable: un savoir-faire crucial s'est envolé dans la tourmente, malgré l'augmentation des effectifs de 320 à plus de 500 employés. Le conseil d'administra-

Aucune pierre n'est restée en place, comme si rien de positif n'existait à l'époque de la CFB

tion n'a pas davantage été épargné par un fort taux de fluctuation, même si chaque départ a sa propre histoire, ainsi que l'a expliqué Anne Héritier Lachat. Cette dernière est d'ailleurs souvent restée en retrait face aux reproches exprimés à l'égard de Patrick Raaflaub, s'étonne la NZZ. Le journal souligne aussi un esprit de dialogue insuffisant dans l'organisation et un fort taux de rotation. Les changements ont été bien plus nombreux dans un département tel que les «marchés» (autorisation de fonds de placement par exemple), avec un taux de rotation de 20 à 25%, que

dans la surveillance des assurances. Cela dit, les assurances sont souvent peu tendues à l'égard de la Finma, notamment par son refus de prolonger les allègements «temporaires» du test de solvabilité (SST).

Le style de gestion de l'autorité est également critiqué à l'égard d'autres autorités de la place financière. L'indépendance avant tout. Mais devrait-elle empêcher le dialogue? Qu'il s'agisse des rétrocessions ou de la gestion de l'affaire du Libor, les critiques pleuvent.

Il est indéniable que l'explosion des interventions passe mal dans une branche où un tiers des banques lutteraient pour leur survie. La multiplication des charges administratives et des réglementations détériore une rentabilité déjà très insuffisante. De plus, la Finma semble interpréter son mandat de façon extrêmement large. Car, non contente de surveiller, elle a pris d'innombrables initiatives qui appartiennent de facto au Conseil fédéral, lui reproche-t-on. En tant que producteur de normes, elle omet de trop considérer le rapport coût/bénéfice de son interventionnisme.

Une faute majeure lui est également reprochée. Bien qu'au cœur des informations sur le conflit fiscal entre UBS et les États-Unis, elle n'est pas intervenue pour avertir les banques du danger que ces dernières encouraient en accueillant les clients américains issus d'UBS.

La forme de communication a aussi paru peu compréhensible.

Est-ce un signe de confiance envers les banques de s'adresser à elles à travers un article de presse pour les exhorter à participer au programme américain?

Les nouvelles et nombreuses règles s'ajoutent par des voies aussi diverses que compliquées. «La régulation se fait non seulement par des nouvelles lois, mais aussi par les circulaires, des documents de discussion, voire les questions & réponses (Q&A) publiés sur son site», souligne Maurice Pedergnana, directeur de la Swiss Private Equity & Corporate Finance Association (SECA).

La Finma a sans cesse refusé de contribuer à la compétitivité de la place financière davantage que par une surveillance cohérente ainsi qu'une réglementation prévisible. Une interprétation étroite de la loi sur les banques qui n'est pas partagée par les acteurs de la place. D'autres régulateurs vont nettement plus loin dans la défense de la place financière sans déléguer leur tâche de surveillance. La longueur des délais d'autorisation de nouveaux produits n'est sans doute pas un atout pour la compétitivité de la place suisse.

La Finma a mis en œuvre une politique structurelle, critique Maurice Pedergnana dans une chronique publiée par *Finews*. Dans une diatribe fort remarquée, il conclut: «En France, la Suisse est un pays d'émigration et non plus d'immigration. Tel est le véritable résultat des activités de la Finma.» Cruel, mais on peine à le contredire.