



Nous maîtrisons les terrains les plus divers

mai 2015

Mise en Oeuvre des nouvelles Recommandations du GAFI en Suisse

Le délit fiscal qualifié : nouvelle infraction préalable / Conséquences pour les intermédiaires financiers

Historique et Recommandations du GAFI

En février 2012, le Groupe d'Action Financière (**GAFI**) a révisé et modifié ses standards internationaux en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. La Suisse, membre du GAFI, a adopté les 40 Recommandations révisées et entamé leur introduction dans le système juridique suisse. Dans la foulée, le Parlement suisse a adopté, le 12 décembre 2014, la Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI.

Ce nouveau texte juridique apporte des modifications essentielles à différentes lois existantes (par exemple le Code des Obligations, le Code Pénal (**CPS**) et la réglementation sur le blanchiment d'argent), notamment :

1. Transparence des personnes morales : ainsi l'ayant droit économique d'une personne morale ne pourra être qu'une personne physique (et non pas une autre personne morale), et si cette dernière détient des actions au porteur, elle devra être clairement identifiée et inscrite dans un registre idoine tenu par la société ou par un intermédiaire financier;
2. Identification précise de l'ayant droit économique (approche fondée sur le risque que représente le client, documentation étendue);
3. Introduction du délit fiscal qualifié qui devient une infraction préalable au blanchiment d'argent (voir ci-après) ;
4. Extension du terme "PPE" (personnes politiquement exposées) aux PPE suisses et à celles qui sont membres d'une organisation internationale;

5. Les ventes immobilières et mobilières impliquant un paiement en espèces supérieur à CHF 100'000.- doivent être exécutées auprès d'un intermédiaire financier et/ou être soumises aux obligations de diligence particulières de la Loi sur le blanchiment d'argent (notamment documentation complète sur l'ayant droit économique);
6. Le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (**MROS**) aura des pouvoirs accrus lors d'une communication de soupçons (droit de partager les informations reçues avec les homologues étrangers, de demander des informations à d'autres autorités suisses ou intermédiaires financiers, le blocage des avoirs intervenant uniquement sur décision du MROS, et non plus automatiquement au moment de la communication du soupçon) ;
7. Amélioration et durcissement des sanctions relatives au financement du terrorisme et de ses acteurs.

Ces changements législatifs n'affecteront pas uniquement les intermédiaires financiers mais notamment aussi les sociétés émettant des actions au porteur, les ayants droit économiques détenant au moins 25% des actions - qu'elles soient nominatives ou au porteur - d'une société ainsi que les destinataires de paiements en espèces. Nous pouvons ainsi conclure que la mise en œuvre des Recommandations du GAFI aura très certainement un impact assez vaste.

Nous nous arrêterons plus spécifiquement dans cette présentation sur les modifications apportées aux articles 305^{bis} para 1 bis et 305^{ter} du Code Pénal Suisse notamment sur le délit fiscal qualifié qui devient une infraction préalable au blanchiment d'argent ainsi que sur l'échange automatique des informations qui touchent particulièrement les intermédiaires financiers.

Modifications du CPS : délit fiscal qualifié et infraction préalable au blanchiment d'argent

La recommandation Nr. 3 du GAFI stipule que les pays membres devraient inclure dans l'infraction de blanchiment d'argent toutes les infractions graves afin d'obtenir la palette la plus large d'infractions préalables. Nous pouvons en déduire que le délit fiscal qualifié entre également dans cette qualification d'infraction préalable. Le GAFI ne définit pas pour autant ce qu'est un délit qualifié, voire une infraction fiscale qualifiée, mais laisse aux pays membres le soin de le spécifier et de l'introduire dans leur propre législation en se référant, (i) à l'ensemble des infractions existantes, (ii) à un seuil relié à une catégorie d'infractions graves, (iii) à la peine privative de liberté applicable à l'infraction préalable, ou (iv) à une liste d'infractions préalables ou encore une combinaison de toutes ces approches. La Recommandation Nr. 3 précise que, quelle que soit l'approche adoptée, chaque pays devrait au moins prévoir une gamme d'infractions au sein de chacune des catégories désignées d'infraction. Le délit de blanchiment d'argent doit s'étendre à tous types de biens, indépendamment de leur valeur, qui représentent directement ou indirectement le résultat d'un crime. En outre, les infractions préalables au blanchiment d'argent devraient également inclure les crimes commis à l'étranger, qui répondent aux mêmes critères. Il suffirait simplement que l'autre pays les considère comme une infraction préalable au blanchiment d'argent.

Le droit pénal suisse, à l'article 10 §2 CPS, définit les infractions graves comme des "crimes" ("crimini", "crimes" or "Verbrechen") et les différencie des « délits » ("reati", "offenses" or "Vergehen") par la peine qui leur est associée. Ainsi, les crimes sont passibles d'une peine privative de liberté de plus de 3 ans et les délits de l'emprisonnement pour moins de 3 ans ou d'une amende. Jusqu'ici, les infractions fiscales n'étaient pas considérées comme des crimes en droit Suisse. En effet, la fraude fiscale est définie à l'article 186 de la Loi

fédérale sur l'Impôt Fédéral Direct (LIFD) et 59 §1 de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) et classifiée comme « délit ». En effet, la peine maximale applicable en cas de fraude fiscale n'excède pas 3 ans et ce délit ne peut donc être considéré comme un délit fiscal qualifié. En application des articles 186 LIFD et 59 § 1 LHID, toute personne qui utilise des titres faux ou falsifiés dans le but de tromper les autorités fiscales et commettre une soustraction fiscale sera punie d'une peine d'emprisonnement ou d'une amende ne dépassant pas CHF 30'000.-. Le recours à ce type de falsification est considéré comme un délit comportemental.

Afin de respecter les Recommandations du GAFI, le législateur suisse a introduit un nouvel article 305^{bis} CPS (voir ci-dessous) par lequel la fraude fiscale telle que définie aux articles 186 LIFD et 59 §1 LHID pourra constituer un délit fiscal qualifié et par conséquent une infraction préalable au blanchiment d'argent.

Voici le nouveau texte de l'article 305^{bis} CPS (les changements sont **en gras**) :

„Art. 305^{bis}

1. *Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime ou **d'un délit fiscal qualifié**, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.*

- 1^{bis}. Sont considérées comme un délit fiscal qualifié, les infractions mentionnées à l'art. 186 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct et à l'art. 59, al. 1, 1^{er} paragraphe, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, lorsque les impôts soustraits par période fiscale se montent à plus de 300 000 francs.***

2. *Dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire de 500 jours-amende au plus est également prononcée.*

Le cas est grave, notamment lorsque le délinquant:
 - a. *agit comme membre d'une organisation criminelle;*
 - b. *agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchiment d'argent;*
 - c. *réalise un chiffre d'affaires ou un gain importants en faisant métier de blanchir de l'argent.*

3. *Le délinquant est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise.*

La combinaison du délit comportemental des articles 186 LIFD et 59 § 1 LHID (“toute personne qui utilise des titres faux ou falsifiés dans le but de tromper les autorités fiscales et commettre une soustraction fiscale”) et des nouveaux éléments introduits à l'article 305^{bis} § 1 and 1^{bis} CPS (“impôts soustraits par période fiscale supérieurs à 300 000 francs”) constituera le délit fiscal qualifié du droit suisse.

Modifications de la LBA et échange automatique de renseignements: conséquences de la nouvelle loi

L'introduction du délit fiscal qualifié comme infraction préalable au blanchiment d'argent, a provoqué, comme nous l'avons vu, des changements dans divers textes législatifs suisses mais elle apportera également des modifications dans la place financière en particulier pour les intermédiaires financiers dans le cadre de la Loi sur le Blanchiment d'Argent (LBA). Plus globalement, l'impact atteindra d'autres acteurs du secteur financier suite à la volonté systématique du Conseil fédéral de parvenir à l'échange automatique de renseignements et à l'assistance administrative au niveau international.

1. Intermédiaires Financiers

La décision du Conseil fédéral de modifier la LBA dans la foulée de l'adoption des Recommandations du GAFI aura d'importantes conséquences pour les intermédiaires financiers. Cette initiative est un exemple supplémentaire de ce que l'on appelle le "Swiss finish", soit la volonté des autorités fédérales d'aller toujours un peu plus loin que ce qui était attendu. Dès lors, les intermédiaires financiers devront s'impliquer dans la vérification de la conformité fiscale de leurs clients. En plus du devoir déjà existant d'identification du cocontractant et de l'ayant droit économique d'une personne morale, l'intermédiaire financier devra désormais comprendre la justification de (i) la transaction financière, (ii) l'ouverture et l'utilisation du compte en Suisse, (iii) la constitution d'une structure de sociétés et sa réalité économique, afin de s'assurer que l'origine des fonds n'est pas le résultat d'une infraction préalable au blanchiment d'argent.

L'introduction de nouvelles dispositions, dans la LBA et le CPS, obligera l'intermédiaire financier à examiner les fonds déposés chez lui ou gérés par lui sous l'angle fiscal et à déterminer si le seuil annuel de CHF 300'000.- de soustraction fiscale pourrait être atteint. La déclaration du client ne suffira pas. Afin de respecter ces exigences, une connaissance approfondie de la situation fiscale de chaque client et de la réglementation fiscale de son pays de résidence fiscale sera nécessaire. Les vérifications de l'intermédiaire financier se feront selon une analyse des risques et par l'intermédiaire d'un catalogue d'indices et de signes, tels que les transferts en espèces, les investissements dans des produits exonérés d'impôts, le refus de recevoir toute correspondance ou des extraits de compte en provenance de l'intermédiaire financier, le fait que le client soit une PPE (Personne Politiquement Exposée) et ainsi de suite. Au moindre doute, l'intermédiaire financier doit demander des éclaircissements au client et être totalement convaincu ; si ce n'est pas le cas il peut (art. 305ter, para 2 CPS) ou doit (art. 9 LBA) communiquer un rapport au MROS, ce qui le libèrera de toute responsabilité civile et pénale.

Les obligations décrites ci-dessus seront applicables très largement parmi les intermédiaires financiers, qu'il s'agisse de banques, de gérants de fortune indépendants, de gestionnaires de fonds ou d'avocats agissant comme intermédiaires financiers, et dépasseront largement ce qui sera demandé dans d'autres pays européens. Les intermédiaires financiers deviendront de ce fait une extension des autorités fédérales et cantonales de lutte contre le blanchiment d'argent et devront investir dans la création de départements de vérification de la conformité, quelle que soit la taille de leur structure. Par ailleurs, ces changements affecteront également les clients, par l'augmentation des coûts assumés par les intermédiaires financiers et la disparition presque totale du secret bancaire. Finalement, nous pourrions nous attendre à une augmentation substantielle des dénonciations au MROS.

2. Echange Automatique de Renseignements

Les changements législatifs susmentionnés sont le résultat d'un effort continu entrepris par les autorités suisses depuis 2008 dans le but de faire disparaître l'étiquette de "paradis fiscal" imposée à la Suisse au niveau international. Les premiers changements majeurs ont été introduits suite à l'intense bataille juridique entre la Suisse et les Etats-Unis lors de l'affaire UBS. Le terme « tax fraud and the like », fraude fiscale ou délit semblable, qui apparut dans les premières décisions judiciaires concernant UBS, fut le premier pas qui mena les autorités suisses à remettre en question l'étendue du secret bancaire et la poursuite des crimes et délits fiscaux. Ensuite, ce fut la révision de la Loi sur l'assistance administrative fiscale qui autorisa les « demandes groupées » en application du standard international. La volonté de la Suisse de contribuer activement à la prévention de l'évasion fiscale dans le monde entier s'est encore accentuée par l'application de la réglementation FATCA et la récente ratification d'un accord avec l'Union Européenne sur l'introduction de l'échange automatique de renseignements.

Les modifications apportées aux articles 305^{bis} et 305ter du CPS restent conformes à la politique du Conseil fédéral d'assurer un échange fluide d'informations entre diverses autorités et, même si l'évasion fiscale n'est toujours pas considérée comme un crime en droit suisse, il est maintenant certain qu'il n'est plus possible de maintenir des avoirs non déclarés dans les banques suisses. Les banques vont d'elles-mêmes refuser les biens soustraits au fisc comme elles l'ont déjà fait pour ceux des citoyens français et américains.

Période de transition

En ce qui concerne le calendrier de ces différentes modifications, le Conseil fédéral a prévu l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI en deux phases :

- Dès le **1er juillet 2015**, pour les changements au Code des obligations, à la Loi sur les placements collectifs ainsi qu'à celle sur les titres intermédiés ;
- Dès le **1er janvier 2016**, pour les modifications apportées au Code civil, au Code pénal ainsi qu'à la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite et la Loi anti blanchiment.

Sachant que les modifications au CPS et à la LBA, décrites ci-dessus, entreront en vigueur le 1er janvier 2016, les travaux préparatoires pour leur mise en œuvre devront être finalisés avant cette date. En ce qui concerne le CPS, des dispositions transitoires ont été prévues. En effet, le nouvel article 305^{bis} par. 1^{bis} CPS ne s'appliquera pas au délit fiscal qualifié qui aurait été commis avant le 1er janvier 2016. Ainsi seul le délit fiscal qualifié commis après l'entrée en vigueur sera reconnu comme une infraction préalable au blanchiment d'argent.

Résumé

La nouvelle loi requiert la collaboration de nombreuses personnes et institutions qui devront adapter leurs structures et procédures afin de respecter les nouvelles dispositions. A titre d'exemple : les sociétés suisses devront établir des registres pour les actions au porteur et la documentation concernant la lutte contre le blanchiment devra être améliorée. Les intermédiaires financiers, en particulier, devront minutieusement revoir la situation fiscale de leurs clients. Avec l'introduction du délit fiscal qualifié, les dénonciations au MROS augmenteront certainement, de même que les enquêtes. Les individus et les personnes morales soumis à la nouvelle loi doivent d'ores et déjà prendre les mesures nécessaires pour être en conformité avec ce nouvel environnement législatif.

Contact

Cette newsletter est communiquée à titre informatif et ne peut être assimilée à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès d'ALTENBURGER LTD legal + tax ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions.

Bureau Genève



Cyril Troyanov
Partner, Genève
troyanov@altenburger.ch
Rue Toepffer 11 bis
1206 Genève



Lillian Chavan-van Campen
Juriste, Genève
chavan@altenburger.ch
Rue Toepffer 11 bis
1206 Genève

Bureau Lugano



Denise Pagani Zambelli
Avocate, Lugano
pagani@altenburger.ch
Piazza Rezzonico 6
6900 Lugano

Bureau Zurich



Melissa Gautschi
Partner, Zurich
gautschi@altenburger.ch
Seestrasse 39
8700 Küsnacht-Zurich



Sophie Winkler
Avocate, Zurich
winkler@altenburger.ch
Seestrasse 39
8700 Küsnacht-Zurich