

Loi GAFI: Délit fiscal qualifié, infraction préalable au blanchiment, obligation de dénonciation et transparence accrue

■ Stéphanie HODARA EL BEZ, avocate (LL.M.) et associée de l'Etude ALTENBURGER LTD legal + tax, Genève



Stéphanie Hodara El Bez est avocate aux barreaux de Genève et de New York. Titulaire d'un LL.M. de Boston University, elle est associée de l'Etude ALTENBURGER Ltd legal + tax et responsable du Team Banking & Finance du bureau genevois de cette Etude. Elle conseille des banques, des négociants en valeurs mobilières, des gestionnaires de placements collectifs et des gérants indépendants dans les domaines contractuels et réglementaires. Elle les assiste également dans le cadre de procédures nationales et internationales.

Introduction

Le 12 décembre 2014, l'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI (ci-après la «**loi GAFI**»).

Cette loi permet à la Suisse d'adapter son système de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme avec les recommandations émises en 2012 par le Groupe d'Action Financière («**GAFI**»).

La nouveauté la plus remarquable de cette loi est l'introduction de nouvelles infractions fiscales graves qui seront des infractions préalables au blanchiment.

L'entrée en vigueur de la loi GAFI va ainsi drastiquement

modifier le cadre réglementaire des banques, des gérants de fortune indépendants («**GFI**») et des autres intermédiaires financiers qui devront revoir la mise en œuvre de leurs devoirs d'identification et de clarification de leurs relations d'affaires et des transactions entreprises pour leurs clients.

Les changements prévus par cette loi sont en substance les suivants:

1. *Nouvelles infractions fiscales graves*: introduction de nouvelles infractions fiscales graves (dont un délit fiscal qualifié en matière d'impôt direct) qui deviennent des infractions préalables au blanchiment d'argent.
2. *Identification et définition de l'ayant droit économique*: devoir général d'identification de l'ayant droit

économique et identification systématique de l'ayant droit économique de sociétés opérationnelles.

3. *PPE extension de la définition des personnes politiquement exposées* (ci-après «**PPE**») aux PPE suisses et à certains membres d'organisations internationales.
4. *Système de communication au MROS*: modification du système de communication au MROS.
5. *Transparence des personnes morales*: annonce des détenteurs d'actions au porteur, de même que des ayants droit économiques d'actions au porteur et nominatives.
6. *Enregistrement des fondations de famille et ecclésiastique*: inscription obligatoire de ces entités au registre du commerce.
7. *Prescriptions sur le paiement en espèces de plus de CHF 100'000.- lors d'opérations de ventes immobilières ou mobilières*: soumission des négociants de biens immobiliers ou mobiliers à des obligations de diligence selon la loi sur le blanchiment ou exécution de la transaction par un intermédiaire financier.
8. *Listes établies au sens de la résolution du Conseil de sécurité 1373*: introduction d'une base légale formelle pour le traitement de ces listes par les autorités fédérales et obligation de blocage et de dénonciation au MROS.

La Loi GAFI entrera en vigueur en deux temps:

- Les dispositions relatives à la transparence des personnes morales (points 5. et 6. ci-dessus) sont entrées en vigueur très récemment, le **1^{er} juillet 2015**
- Les autres modifications (points 1. à 4., 7. et 8.), soit notamment l'introduction de nouvelles infractions fiscales graves préala-

bles au blanchiment, entreront en vigueur le **1^{er} janvier 2016**.

Je traiterai ici des points 1. à 5. ci-dessus qui concernent plus particulièrement les établissements bancaires, les GFI et les autres intermédiaires financiers.

1. Délit fiscal qualifié

Selon la législation actuelle, seul un crime peut constituer une infraction préalable au blanchiment d'argent.

Ainsi, jusqu'à ce jour, en matière fiscale, seule l'escroquerie fiscale qualifiée en matière de trafic transfrontière était qualifiée de crime et constituait une infraction préalable au blanchiment.

Avec l'entrée en vigueur de la loi GAFI, l'infraction d'escroquerie fiscale qualifiée sera étendue à la TVA sur les opérations internes et les services ainsi qu'à l'impôt anticipé. Le grand changement toutefois concerne la fiscalité directe. Ainsi, la loi GAFI introduit le délit fiscal qualifié, qui sans pour autant faire partie de la catégorie des crimes, constituera une infraction préalable au blanchiment.

Constitue un délit fiscal qualifié la soustraction d'impôt (selon la loi sur l'impôt fédéral direct) ou la fraude fiscale (au sens la loi sur l'harmonisation des impôts directs) avec usage de faux lorsque les impôts soustraits se montent à plus de CHF 300'000.- par période fiscale.

Partant, le produit d'un délit fiscal qualifié sera dorénavant susceptible d'être blanchi et par conséquent d'être confisqué. En outre, si un intermédiaire financier sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans une relation d'affaires proviennent d'un délit fis-

cal qualifié, il aura le devoir de communiquer un rapport au MROS, que l'infraction fiscale ait été commise au détriment du fisc suisse ou étranger.

Ainsi, la loi GAFI impliquera pour les intermédiaires financiers un devoir accru de diligence dont il est difficile aujourd'hui de déterminer l'étendue.

S'il est certain qu'ils auront l'obligation de clarifier des relations d'affaires ou des transactions si des indices laissent supposer que les avoirs concernés proviennent d'un délit fiscal qualifié, de nombreuses questions pratiques restent ouvertes à ce jour.

Il est en effet particulièrement ardu d'avoir une connaissance approfondie de la situation fiscale de chaque client et de la (des) réglementation(s) fiscale(s) qui lui est (sont) applicable(s).

S'agissant du seuil des CHF 300'000, il sera extrêmement compliqué à déterminer, ce d'autant que l'intermédiaire financier n'a souvent qu'une vision partielle des avoirs de son client.

Le travail de vérification de la conformité fiscale représentera par conséquent un exercice particulièrement complexe.

On pouvait espérer que la révision de l'OBA-FINMA esquisse déjà un certain nombre de pistes à ce sujet, ce qu'elle ne fait pas, y compris dans sa liste des indices de blanchiment.

Il faut enfin relever que le Conseil fédéral vient de transmettre au Parlement, le 5 juin 2015, un nouveau projet de révision de la LBA ayant pour but d'étendre les obligations de diligence des intermédiaires financiers aux questions de conformité fiscale. A noter que selon ce projet, l'intermédiaire financier pourra renoncer à contrôler le respect des obligations fiscales du client si ce dernier est soumis à l'échange automatique de renseignements en matière fiscale.

2. Identification et définition de l'ayant droit économique

La loi GAFI, complétée par l'OBA-FINMA, prévoit par ailleurs que les intermédiaires financiers doivent requérir une déclaration écrite indiquant l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales lorsque le cocontractant n'est pas l'ayant droit économique ou lorsqu'il y a un doute à ce sujet.



Ce qui est nouveau c'est que s'il ne fait aucun doute que le cocontractant personne physique est également l'ayant droit économique, l'intermédiaire financier devra le documenter. Dans le cas contraire, il obtiendra une déclaration écrite du cocontractant indiquant l'identité de l'ayant droit économique (Formulaire A).

La loi GAFI prévoit par ailleurs un changement important en matière d'identification de l'ayant droit économique de sociétés opérationnelles. En effet, jusqu'à présent, une société opérationnelle était en principe l'ayant droit économique de ses avoirs. La loi GAFI introduit maintenant le principe que seule une personne physique peut dorénavant être l'ayant droit économique d'une société opérationnelle.

L'intermédiaire financier devra ainsi systématiquement identifier l'ayant droit économique des avoirs détenus par des sociétés opérationnelles et modifier en conséquence ses formulaires A.

L'OBA-FINMA définit l'ayant droit économique d'une société opérationnelle comme étant en général le «détenteur de contrôle». L'identité du détenteur de contrôle se détermine selon les principes suivants:

- Dans un premier temps, il faut identifier les personnes physiques qui détiennent au moins 25% des droits de vote ou du capital de la société;
- En l'absence de droits de vote ou du capital déterminants, les personnes physiques exerçant d'une quelconque autre manière identifiable le contrôle de la personne morale doivent être identifiées.
- A défaut et dans un troisième temps, la personne assumant la direction de la société doit être identifiée (ex: CEO d'une société).

3. Extension de la définition des personnes politiquement exposées («PPE»)

Dans les changements prévus par la loi GAFI figure également l'obligation d'identification des PPE nationales et des personnes exerçant ou ayant exercé une fonction importante au sein d'une organisation internationale.

Les obligations de diligence particulières applicables aux PPE doivent s'étendre aux personnes proches des PPE, pour des raisons familiales, personnelles ou professionnelles.

Par ailleurs, la LBA révisée prévoit que les relations d'affaires avec des PPE étrangères comportent dans tous les cas des risques accrus, alors que pour les relations d'affaires avec des PPE suisses, le risque accru ne se matérialisera qu'en présence d'un autre critère de risque.

4. Système de communication au MROS

Un des amendements notables apportés par la loi GAFI est la modification du système de communication au MROS.

Auparavant, l'intermédiaire financier qui communiquait un rapport de soupçons fondés au MROS devait bloquer les avoirs objets de la relation d'affaires pendant un délai de 5 jours en attendant la décision du MROS, respectivement des autorités pénales.

A l'avenir, à réception d'une communication, le MROS aura 20 jours pour transmettre le dossier aux autorités pénales. En cas de transmission, l'intermédiaire financier sera informé et devra dès cet instant bloquer les avoirs pendant 5 jours au plus, dans l'attente d'une éventuelle décision de séquestre des autorités pénales.

Pendant le délai de 20 jours, l'intermédiaire financier pourra exécuter les transactions sur les avoirs pour autant que le *paper trail* soit garanti.

Ce système peut être schématisé comme ci-dessous:

5. Transparence des personnes morales

Enfin, la loi GAFI introduit le principe de la transparence accrue des personnes morales pour renforcer l'efficacité du dispositif suisse en matière de lutte contre le blanchiment.

A. Principe

L'objectif des nouvelles dispositions est d'accroître la transparence des sociétés suisses non cotées afin de permettre l'identification de leurs actionnaires et ayants droit économiques.

B. Qui doit s'annoncer?

A partir du 1^{er} juillet 2015, les détenteurs d'actions au porteur d'une société anonyme devront s'annoncer. Aucune valeur seuil n'étant fixée par la loi, l'acquisition d'une seule action entraîne le devoir d'annonce.

En outre, les acquéreurs d'actions au porteur ou nominatives d'une société anonyme, dont la participation, seule ou de concert avec des tiers, s'élève ou dépasse 25% du capital-actions ou des voix, devront annoncer l'identité des personnes physiques qui sont les ayants droit économiques desdites actions. Aucune obligation d'annonce n'existe en dessous de cette valeur seuil de 25%.

Le message du Conseil fédéral relatif à la loi GAFI précise, s'agissant de la notion d'ayant droit économique, que l'«actionnaire devra annoncer qui est la personne qui est au bout de la chaîne de contrôle». L'ayant droit économique peut ainsi être l'actionnaire direct lui-même ou un tiers. Par exemple, si l'actionnaire agit pour le compte d'une personne morale, il devra identifier les ayants droit économiques («ultimate beneficial owner») de cette dernière. Toutefois, l'obligation d'annonce appartient toujours à l'actionnaire direct de la société, soit celui qui est inscrit en tant que tel dans le registre des actions.

Il faut relever que l'obligation d'annonce de l'identité de l'ayant droit économique appartient également

aux associés d'une société à responsabilité limitée.

C. A qui l'annonce doit-elle être adressée?

Les annonces doivent être effectuées auprès de la société elle-même. Toutefois, s'agissant de l'annonce des détenteurs d'actions au porteur d'une société anonyme, la loi donne la possibilité à l'assemblée générale de ladite société de nommer en lieu et place un intermédiaire financier comme bénéficiaire de l'annonce, ce notamment afin de garantir une certaine confidentialité de l'identité des actionnaires au porteur vis-à-vis de la société.

D. Quelles sont les informations collectées?

S'agissant des détenteurs d'actions au porteur, les informations collectées par la société sont leur nom, prénom, adresse, nationalité et leur date de naissance. La société devra à cet effet obtenir une copie d'une pièce d'identité, respectivement s'agissant d'une personne morale, un extrait du registre du commerce.

Concernant les ayants droit économiques, seul leur nom, prénom et adresse devront être communiqués à la société.

E. Quels sont les devoirs de la société?

Les sociétés anonymes devront désormais tenir une liste des détenteurs d'actions au porteur. En outre, les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée devront établir une liste des ayants droit économiques.

F. Délais d'annonce et conséquences à défaut

Les annonces susvisées doivent s'effectuer dans un délai d'un mois suivant l'acquisition d'une action/part.

En cas de non-respect des obligations d'annonce susvisées dans le délai prescrit, les droits sociaux et patrimoniaux de l'actionnaire défaillant seront suspendus tant qu'il ne se sera pas conformé à ses obligations.

A cet égard, il est important de noter qu'à teneur de la loi GAFI, l'actionnaire qui n'est plus autorisé à exercer ses droits patrimoniaux ne pourra les faire valoir qu'à partir du moment où il aura annoncé sa participation. Ainsi, si son omission est réparée, il ne pourra faire valoir ses droits patrimoniaux qu'à partir de la date de cette réparation, ce qui signifie par exemple qu'il sera privé du versement des dividendes attribués antérieurement.

G. Droit transitoire

Les détenteurs d'actions au porteur doivent s'annoncer dans un délai de six mois suivant l'entrée en vigueur de la loi, soit d'ici au 31 décembre 2015. Ils devront également indiquer au plus tard à cette date l'identité de l'ayant droit économique en cas de dépassement de la valeur seuil de 25%.

S'agissant de l'identité de l'ayant droit économique d'actions nominatives ou de parts de Sàrl, elle ne devra être annoncée qu'en cas d'acquisition ultérieure s'élevant ou dépassant la valeur seuil de 25%.

Conclusions

Même si la loi GAFI devrait permettre à la Suisse de démontrer au GAFI et au Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales que sa législation est conforme aux normes internationales, cette loi entraîne de nombreux changements pour les intermédiaires financiers suisses. L'introduction de nouvelles infractions fiscales comme infractions préalables au blanchiment implique des obligations de diligence en matière fiscale dont la mise en œuvre sera complexe. Les intermédiaires financiers devront analyser avec minutie la situation fiscale de leurs clients et dénoncer, le cas échéant au MROS, les cas dans lesquels ils ont des soupçons fondés que les valeurs patrimoniales en cause proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié. Il faut souligner que si, dans ce cas de figure, la communication au MROS n'est pas effectuée, l'intermédiaire financier peut s'exposer à une responsabilité pénale pour blanchiment.

