

JUIN 2015

Newsletter

Auteurs:

Peter Burckhardt

Andreas Hösli

SWISS LAW FIRM
OF THE YEAR 2015
Who's Who Legal

WHITE-COLLAR CRIME AND COMPLIANCE

La mise en œuvre des recommandations du GAFI entraîne de nouveaux risques pénaux

Avec l'entrée en vigueur progressive de la loi fédérale portant sur la mise en œuvre des nouvelles recommandations du GAFI le 1er juillet 2015 respectivement le 1er janvier 2016, la législation suisse contre le blanchiment d'argent sera renforcée et étendue bien au-delà du domaine financier. Il en résulte de nouveaux risques pénaux pour les intermédiaires financiers et les négociants.

1 INTRODUCTION

La mise en œuvre des recommandations 2012 du *Groupe d'action financière (GAFI)* entraîne de nombreux changements d'actes fédéraux, en particulier la loi sur le blanchiment d'argent (**LBA**), le code pénal (**CP**) tout comme le code des obligations (**CO**). Cette Newsletter a pour but d'offrir un aperçu des principales innovations **en matière de blanchiment d'argent**, de démontrer quelques aspects pratiques du plan de la mise en œuvre et d'indiquer les risques pénaux les plus importants.

2 LES RECOMMANDATIONS DU GAFI

2.1 CONTEXTE

Le **GAFI** est un organisme intergouvernemental créé en 1989 par les pays membres du G7 et ayant son siège auprès de l'OCDE à Paris. Outre la Suisse qui en est un membre fondateur, le GAFI se compose de 33 autres pays – dont les principales places financières – ainsi que de deux organisations régionales.

Les objectifs du GAFI sont de défendre l'intégrité du système financier et de contribuer à l'uniformisation des

règles qui présentent une disparité au niveau mondial. A cette fin, le GAFI a adopté **40 recommandations** en 1990, considérées aujourd'hui comme la norme internationale reconnue en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Suite à de nombreuses modifications les recommandations ont été révisées en dernier lieu en 2012.

2.2 MISE EN ŒUVRE PAR LA SUISSE

Dans le cadre d'examen nationaux le GAFI examine périodiquement la mise en œuvre de ses recommandations par les Etats membres. Le dernier examen de la Suisse ayant eu lieu en 2005, la Suisse sera examinée à nouveau en printemps 2016. La Suisse, en tant que place financière active sur la scène internationale, est amenée à adapter sa législation aux recommandations du GAFI. Le 12 décembre 2014, après un long et laborieux processus politique, l'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI, révisées en 2012.

Les modifications portent sur les **sept thèmes** suivants: (1) l'amélioration de la transparence des personnes morales, en

particulier en matière des actions au porteur, (2) le renforcement des devoirs des intermédiaires financiers lors de l'identification des ayants droits économiques des personnes morales, (3) l'extension du concept des personnes politiquement exposées (PPE) aux PPE nationales et aux PPE d'organisations intergouvernementales, (4) la qualification de délits fiscaux graves comme actes préalables au blanchiment d'argent, (5) les devoirs de diligence relatifs aux paiements en espèces dans le cadre d'opérations de négoce, (6) le renforcement de l'efficacité du système d'annonce de soupçons pour blanchiment d'argent (MROS) tout comme (7) la mise en œuvre des recommandations du GAFI sur les sanctions en matière de financement du terrorisme.

Le Conseil fédéral a décidé que **l'entrée en vigueur se fera de façon progressive**. Les modifications relatives au CO, à la loi sur les placements collectifs (LPCC) et à la loi sur les titres intermédiés (LTI) s'appliqueront déjà à partir du **1^{er} juillet 2015**. Les autres modifications, en particulier relatives au blanchiment dans le CP tout comme celles portant sur la LBA entreront en vigueur dans une deuxième étape le **1^{er} janvier 2016**. Il est probable que l'ordonnance révisée de la FINMA sur le blanchiment d'argent (**OBA-FINMA**) tout comme la Convention révisée relative à l'obligation de diligence des banques (**CDB**) entreront en vigueur à la même date.

3 RENFORCEMENT DES DEVOIRS DE DÉCLARATION POUR LES INTERMÉDIAIRES FINANCIERS

3.1 NOUVELLE RÉGLEMENTATION

Désormais, l'ayant droit économique ne doit pas seulement être identifié en cas de doute s'il est le cocontractant, il existe aussi un devoir général de l'intermédiaire financier **d'identifier l'ayant droit économique** (art. 4 LBA).

Le terme d'**intermédiaire financier** est extrêmement large et couvre, entre autres, les banques, les fiduciaires, les conseillers en placements et les gérants de fortune (cf. art. 2 al. 2 et 3 LBA).

Le devoir d'identifier l'ayant droit économique également en cas de **sociétés exerçant une activité opérationnelle** (art. 4 al. 2 let. b LBA) constitue un nouveau cas d'application important. Selon la loi révisée sont réputées ayants droit économiques d'une personne morale exerçant une activité opérationnelle les personnes physiques qui, en dernier lieu, contrôlent la personne morale, du fait qu'elles détiennent directement ou indirectement, seules ou de concert avec un tiers, une participation d'au moins **25 pour cent** du capital ou des voix ou qu'elles contrôlent d'une autre manière (le soi-disant "détenteur du contrôle"; art. 2a al. 3 LBA). Dès le 1^{er} juillet 2015, il incombera à **la société** de préparer une liste des ayants droits économiques annoncés à la société (art. 619l CO).

L'obligation d'identifier l'ayant droit économique ne s'applique pas si le cocontractant est une **société cotée en bourse** ou une filiale détenue majoritairement par une telle société (art. 4 al. 1 LBA).

3.2 MISE EN ŒUVRE PRATIQUE

Selon le message, les intermédiaires peuvent en principe utiliser le **formulaire A** pour toutes leurs relations commerciales. Toutefois, cela n'est pas obligatoire en vertu des modifications. Si l'intermédiaire financier n'a aucun doute que le cocontractant est l'ayant droit économique il

peut se contenter de la **documentation** de cette identification telle que les documents d'ouverture de compte (art. 4 al. 2 let. a, 7 LBA).

"L'ayant droit économique d'une société exerçant une activité opérationnelle doit désormais être identifié."

4 LES DÉLITS FISCAUX GRAVES EN TANT QU'ACTES PRÉALABLES AU BLANCHIMENT D'ARGENT

4.1 NOUVEAU CONCEPT DU LÉGISLATEUR

Lors de la révision de leurs recommandations 2012 le GAFI a nouvellement qualifié les **délits fiscaux** graves en matière d'impôts directs et indirects d'actes préalables au blanchiment d'argent. Ainsi, à partir du 1^{er} Janvier 2016, non seulement les crimes, comme dans le passé, mais également les **"délits fiscaux qualifiés"** sont désormais considérés en Suisse comme des actes préalables au blanchiment d'argent (art. 305^{bis} ch. 1 CP).

Dans le domaine des impôts directs sont couverts la **fraude fiscale**, aussi bien en matière des impôts fédéraux selon l'art. 186 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) qu'en matière des impôts cantonaux et communaux selon l'art. 59 al. 1 1^{er} de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) pour autant que les impôts soustraits par période fiscale se montent à plus de **CHF 300'000** (art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP). D'un point de vue matériel sont couverts en particulier les crimes en matière d'impôts sur le revenu et la fortune des personnes physiques, ainsi que sur le bénéfice et le capital des personnes morales, tout comme sur les gains immobiliers. Toutefois, les impôts cantonaux sur les successions et les donations ne sont pas couverts.

Celui qui, dans le but de commettre une soustraction d'impôt, fait usage de **titres** faux, falsifiés ou inexacts ayant une valeur probatoire élevée (tels que des livres comptables, des bilans ou des certificats de salaire) dans le dessein de tromper l'autorité fiscale, commet une fraude fiscale (art. 186 al. 1 LIFD, art. 59 al. 1 LHID).

Concernant les **impôts indirects** (tels que la TVA, l'impôt sur le tabac, ou les droits de douane) l'escroquerie en matière fiscale (art. 14 al. 4 DPA) considérée depuis le 1^{er} février 2009 comme un crime et par conséquent comme un acte préalable au blanchiment d'argent ne fait l'objet que de modifications légères. Ainsi, l'escroquerie en matière fiscale ne se limite plus à la fraude douanière.

4.2 PUNISSABILITÉ EN CAS D'ÉVASION FISCALE À L'ÉTRANGER

L'auteur est également punissable lorsque le délit fiscal qualifié a été commis à **l'étranger** et le délit est aussi punissable dans l'Etat où il a été commis selon le principe de la double incrimination (art. 305^{bis} al. 3 CP).

Cela signifie en particulier que les délits fiscaux à l'encontre des **autorités fiscales étrangères** sont également punissables pour autant que le montant soustrait par période fiscale se monte à plus de CHF 300'000 et que

l'acte est aussi punissable dans l'Etat où il a été commis. Les conditions du principe de la double incrimination sont remplies dès lors qu'une fraude fiscale (ce qui toutefois ne doit pas être interprétée de façon trop restrictive) a été commise du point de vue suisse et que la "simple" soustraction d'impôt est punissable à l'étranger.

4.3 MISE EN ŒUVRE PRATIQUE

Dans le cadre de l'activité de compliance exécutée par l'intermédiaire financier, il convient désormais d'examiner attentivement la conformité fiscale de la fortune gérée en plus de respecter les devoirs de clarification existants imposés par la LBA. A cette fin, il est nécessaire de procéder à **une analyse basée sur les risques** au moyen d'indices pertinents.

"Un délit fiscal grave commis à l'étranger peut également constituer un acte préalable au blanchiment d'argent."

L'absence de l'identité du titulaire du compte et de l'ayant droit sans raisons plausibles, tout comme l'utilisation incompréhensible de structures offshore complexes, plaident en faveur d'un **risque accru**. Une déclaration de la part du client ou le fait qu'un accord sur l'échange d'information à des fins fiscales existe entre le pays de résidence ou siège du client et la Suisse sont, entre autres, des éléments qui permettent de conclure à un risque réduit. Lorsqu'il existe des indices d'absence de conformité fiscale, il convient de procéder à des **examens plus approfondis**.

Selon le message, le blanchiment d'argent ne contamine pas l'ensemble de la fortune du contribuable mais seulement **le montant de l'impôt concrètement évité**. Dès lors que ce montant ne présente qu'un profit illicite abstrait, lequel ne peut pas être attribué à un compte déterminé du client en raison de l'absence de *paper trail*, la question qui surviendra dans la pratique sera celle de déterminer quels biens doivent être annoncés au MROS et le cas échéant bloqués. Dans un tel cas l'existence d'une certaine **connexité** entre l'économie fiscale et le bien contaminé devrait être requis.

4.4 ABSENCE D'EFFET RETROACTIF

Selon la disposition transitoire pertinente la nouvelle réglementation n'a **aucun effet rétroactif**. Par conséquent les délits fiscaux qualifiés commis avant le 1^{er} janvier 2016 ne constituent pas des actes préalables au blanchiment d'argent.

Indépendamment de cela, un acte commis à l'étranger avant le 1^{er} janvier 2016 peut néanmoins être punissable, en particulier pour assistance en matière de délits fiscaux selon le droit étranger.

5 PAIEMENTS EN ESPÈCE SUPÉRIEUR À CHF 100'000

Lors des délibérations parlementaires la question des paiements en espèce fût un **point hautement controversé** si bien qu'un accord ne pût être trouvé qu'après plusieurs séries de débats et une conférence de conciliation. Ce

débat trouve son origine dans une tendance actuelle à considérer les paiements en espèce comme inhabituels dans le cadre d'opérations de négoce et comme potentiellement suspects au regard du blanchiment d'argent.

Le parlement a refusé une première proposition tendant à une interdiction totale des paiements en espèces supérieur à CHF 100'000. En revanche, il incombe désormais aux **négociants** de satisfaire à des obligations de diligence accrues s'ils reçoivent plus de CHF 100'000 en espèces dans le cadre d'une opération de négoce. Ces obligations de diligence englobent un devoir d'identifier la contrepartie ainsi que l'ayant droit économique et d'élaborer une documentation appropriée y relative (art. 8a al. 1 LBA). De plus, il revient aux négociants de clarifier l'arrière-plan et le but de l'opération si celle-ci paraît inhabituelle ou si des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié ou qu'une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales (art. 8a al. 2 LBA).

Cette nouvelle réglementation n'assujettit pas explicitement des secteurs économiques au dispositif anti-blanchiment, mais se contente de lier directement son application à l'acte juridique. La loi définit comme négociants les personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent des espèces en paiement (art. 2 al. 1 let. b LBA). En adoptant cette disposition, le législateur songeait en particulier aux **agents immobiliers**, aux **joailliers**, ainsi qu'aux **négociants d'art et de voitures de luxe**.

"Les procédés internes de compliance doivent être revus afin de minimiser tout risque de responsabilité pénale."

Toutefois, les négociants peuvent se libérer de ces obligations de diligence en effectuant les paiements dépassant CHF 100'000 par le biais d'un **intermédiaire financier** (art. 8a al. 4 LBA).

6 LES RISQUES PÉNAUX

Si l'intermédiaire financier (par exemple l'employé de banque responsable, ou, en cas de manque d'organisation selon l'art. 102 al. 2 CP, la banque elle-même) ou le négociant ont des soupçons fondés que les valeurs patrimoniales ou moyens de paiement en espèces proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, ils doivent en **informer** immédiatement le MROS (art. 9 LBA). En cas de manquement, l'intermédiaire financier ou le négociant s'expose suivant les circonstances à une responsabilité pénale selon l'art. 305^{bis} CP, en sus de l'amende prévue à l'art. 37 LBA.

Selon le dispositif anti-blanchiment révisé, il n'incombe **pas** à l'intermédiaire financier (ou au négociant) de bloquer dans tous les cas **immédiatement** les valeurs patrimoniales liées à la transaction communiquée au MROS. Au contraire, selon la nouvelle réglementation, il ne doit être procédé au blocage qu'après notification du MROS qu'il a transmis ces informations à une autorité de poursuite pénale (art. 10 LBA).

Les intermédiaires financiers et négociants ne respectant pas leurs nouvelles obligations de diligence selon la LBA risquent une sanction pénale selon l'art. 305^{bis} CP, et s'exposent en sus à une confiscation des valeurs patrimoniales contaminées (art. 70 CP).

En outre, les intermédiaires financiers risquent non seulement des sanctions réglementaires mais également une poursuite pénale pour manque de diligence en matière d'opérations financières selon l'art. 305^{ter} CP (ce dernier s'applique probablement aussi aux négociants).

7 CONCLUSION

Les **négociants** auront à s'adapter à leur nouvel assujettissement (partiel) à la LBA. Dès lors qu'ils ne veulent pas renoncer aux transactions en espèces de plus de

CHF 100'000, ils devront à l'avenir respecter certaines exigences réservées auparavant aux intermédiaires financiers. Même les **intermédiaires financiers traditionnels** devront revoir leurs procédés de compliance internes afin de se conformer aux nouvelles obligations plus strictes de diligence s'ils ne veulent pas engager leur responsabilité pénale. L'introduction des délits fiscaux graves comme crimes préalables au blanchiment d'argent implique un véritable changement de paradigme. Le défi posé par la mise en œuvre des devoirs de diligence renforcés consiste dans le fait que leurs contours dans les domaines clés restent encore flous et donnent matière à controverse. Par conséquent, en cas de doute, les intermédiaires financiers ont tout intérêt de procéder avec prudence tant que ces questions n'ont pas été tranchées par les tribunaux.

Contacts

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:

A Genève:



Paul Gully-Hart

Partner
paul.gully-hart@swlegal.ch

A Zurich:



Peter Burckhardt

Partner
peter.burckhardt@swlegal.ch



Benjamin Borsodi

Partner
benjamin.borsodi@swlegal.ch



Andreas Hösli

Rechtsanwalt
andreas.hoesli@swlegal.ch

SCHELLENBERG WITTMER SA / Avocats

ZÜRICH / Löwenstrasse 19 / Case postale 1876 / 8021 Zurich / Suisse / T+41 44 215 5252

GENÈVE / 15bis, rue des Alpes / Case postale 2088 / 1211 Genève 1 / Suisse / T+41 22 707 8000

SINGAPOUR / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapour 049909 / www.swlegal.sg

www.swlegal.ch

Cette Newsletter est disponible en français, anglais et allemand sur notre site internet www.swlegal.ch.