

À l'attention de tous les intermédiaires financiers affiliés
à l'OAR FSA/FSN

Bulletin d'information 1/2016

juillet 2016

-
- 1 **Ayant droit économique et détenteur du contrôle (modification au 1^{er} janvier 2016)**
 - 2 **Délits fiscaux qualifiés en tant qu'infraction préalable au blanchiment d'argent (modification au 1^{er} janvier 2016)**
 - 3 **Formations**
 - 4 **"Panama Papers"**

Chères Consœurs, chers Confrères,
Mesdames, Messieurs,

1. Ayant droit économique et détenteur du contrôle (modification au 1^{er} janvier 2016)

Comme nous vous l'avons déjà annoncé dans le bulletin d'information 3/2015, de nouvelles règles concernant l'identification de l'ayant droit économique (ci-après **ADE**) sont entrées en vigueur **le 1^{er} janvier 2016**.

- 1.1. **L'ADE ne peut être qu'une personne physique.** L'identification intervient par le biais d'une déclaration écrite du cocontractant (art. 4 al. 2 LBA).
- 1.2. L'article 4 alinéa 2 LBA prévoit que l'ADE doit être identifié en cas de sociétés de domicile et **dorénavant** également en cas de **personnes morales exerçant une activité opérationnelle** (art. 4 al. 1 et al. 2 lit. b LBA). Le Règlement OAR répète cette obligation à l'art. 30 al. 1 lit. c) pour les sociétés de domicile, et à l'art. 30 al. 1 lit. d) pour les sociétés exerçant une activité opérationnelle lorsqu'il est connu ou qu'il existe des indices que les valeurs patrimoniales sont détenues pour un tiers à titre fiduciaire. Il résulte de l'art. 4 al. 1 et al. 2 lit. b) LBA que l'obligation vaut **pour toutes les personnes morales exerçant une activité opérationnelle** et que cette obligation doit être remplie au moyen de différents formulaires (cf. chiffre 1.5 et 1.6).
- 1.3. Une **exception** est faite pour les sociétés cotées en bourse ou leurs sociétés filles dans la mesure où celles-ci sont détenues majoritairement par une telle société. Dans ces cas il peut être renoncé à l'identification de l'ayant droit économique et du détenteur du contrôle (art. 4 al. 1 LBA ; art. 30 al. 4 et art. 36 al. 5 Règlement OAR).
- 1.4. La notion de **détenteur du contrôle** (ci-après DC) est dorénavant introduite pour les personnes morales exerçant une activité opérationnelle. Cette notion est définie à l'art. 2a al.3 LBA, sans toutefois que le terme même n'y soit utilisé. C'est l'OBA-FINMA qui l'introduit à son art. 2 lit. f) et l'utilise par la suite. Le Règlement OAR a repris cette no-

tion (art. 2 lit. g Règlement OAR) et l'utilise dans plusieurs dispositions différentes (art. 36, 37, 41, 44, 45, 51, 52 et 54 Règlement OAR).

Ce qui signifie en détails ce qui suit:

- 1.5. L'IF doit procéder à l'identification de l'**ayant droit économique d'une société de domicile** et la documenter. Il peut pour cela utiliser comme par le passé le formulaire « Identification de l'ayant droit économique », appelé « formulaire OAR A »¹.
- 1.6. Il doit également être procédé à l'identification de l'ayant droit économique pour les **personnes morales exerçant une activité opérationnelle qui détiennent effectivement ou de manière présumée les actifs pour des tiers** (art. 30 al. 1 lit. d) Règlement OAR). Le « formulaire OAR A » peut à nouveau être utilisé.
- 1.7. L'ADE (au sens du DC) doit aussi être identifié en cas de **personne morale exerçant une activité opérationnelle qui ne détient pas les actifs pour des tiers**. L'ADE doit requérir du cocontractant une déclaration écrite sur le DC (art. 36 al. 1 en relation avec l'art. 2 lit. g) Règlement OAR). Les personnes suivantes doivent être indiquées dans le formulaire « Identification du détenteur du contrôle » appelé « formulaire OAR K »² :
 - les personnes qui, seules ou de concert avec des tiers, détiennent 25% du capital ou des voix de la/des société/s mère/s et qui sont ainsi réputées ayants droit économiques ou
 - les personnes qui contrôlent la/les société/s d'une autre manière ou – quand ces identifications ne sont pas possibles -
 - les personnes assurant la direction.
- 1.8. Si les DC sont des titulaires **d'actions nominatives**, l'ADE peut se référer au registre des actions de la société/s et déposer une copie de celui-ci dans le dossier LBA, leur nom, adresse, etc... y sont inscrits et ainsi connus.

Si les DC sont des titulaires **d'actions au porteur**, les nouveaux articles 697i à 697m CO et les obligations d'annoncer et listes qui y sont mentionnées s'appliquent. Depuis le 1^{er} janvier 2016, en vertu de l'art. 697l CO la société (respectivement éventuellement un IF déterminé statutairement par la société ; cf art. 697k CO) est tenue de tenir une liste des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit économiques annoncés à la société. L'IF peut ainsi, comme pour le registre des actions, mettre une copie de cette liste dans le dossier LBA.

Les éclaircissements, réflexions, etc... de l'IF en relation avec ce thème doivent également faire l'objet d'une note.

Résumé: Sous réserve des exceptions mentionnées, l'IF doit dorénavant impérativement toujours identifier et mentionner une ou plusieurs personne/s physique/s en tant qu'ayant/s droit économique/s (cf. art. 2 lit. f) Règlement OAR et art. 2 lit. g) Règlement OAR en relation avec l'art. 2 lit. f OBA-FINMA) et utiliser le formulaire OAR A ou K en fonction du cas.

Formulaire	Cocontractant				
	société de domicile	société opérationnelle qui détient pour des tiers	société opérationnelle	société cotée en bourse	société fille d'une société cotée en bourse
A (ADE)	x	x			
K (DC)			x		

Nous vous recommandons de vérifier dans tous les cas vos dossiers IF au regard de ces nouveautés.

¹ <http://www.sro-sav-snv.ch/fr/component/phocadownload/category/43-documentation-type>

² <http://www.sro-sav-snv.ch/fr/component/phocadownload/category/43-documentation-type>

2. Délits fiscaux qualifiés en tant qu'infraction préalable au blanchiment d'argent (modification au 1^{er} janvier 2016)

2.1. Les nouvelles dispositions légales déterminantes dans ce domaine sont les suivantes:

L'art. 305^{bis} CP a été complété par un chiffre 1^{bis} dès le 1^{er} janvier 2016. Celui-ci prévoit :

« 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, 1er 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. »

Art. 186 al. 1 LIFD (usage de faux)

« Celui qui, dans le but de commettre une soustraction d'impôt au sens des art. 175 à 177, fait usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, tels que des livres comptables, des bilans, des comptes de résultat ou des certificats de salaire et autres attestations de tiers dans le dessein de tromper l'autorité fiscale, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende jusqu'à 30 000 francs. »

Art. 59 al. 1 LHID (fraude fiscale)

« Celui qui, dans le but de commettre une soustraction d'impôt, aura fait usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, sera puni de l'emprisonnement ou d'une amende de 30 000 francs au plus. »

2.2. Pour qu'il y ait délit fiscal qualifié il faut **en premier lieu** un acte frauduleux par le fait de faire usage de titres faux, falsifiés ou inexacts et **en second lieu** l'impôt soustrait de plus de CHF 300'000. — par période d'impôt.

2.3. Bien que diverses questions restent toujours ouvertes, et qu'il n'existe pas d'instructions / directives concrètes de la FINMA, ce qui suit est valable selon l'état actuel des connaissances:

2.3.1. L'IF est toujours tenu de contrôler régulièrement ses relations d'affaires IF et les transactions (art. 6 LBA) et en particulier de focaliser son attention sur cet élargissement des infractions relevantes au sens de la LBA.

2.3.2. L'IF peut également être passible d'une sanction en cas de violation des devoirs qui lui incombent en vertu de la LBA quand le délit fiscal qualifié est perpétré à l'étranger et qu'il est punissable au lieu de l'infraction.

2.3.3. L'entreprise/la société individuelle peut être incriminée de manière concurrente quand elle n'a pas pris toutes les mesures organisationnelles pour empêcher le blanchiment de recettes fiscales (art. 102 CP).

2.3.4. En cas de délits fiscal qualifié les IF ont fondamentalement les mêmes devoirs de clarification, d'établir et de conserver des documents et, cas échéant, obligation de communiquer que pour les autres infractions ayant trait au blanchiment d'argent.

2.3.5. Bien qu'en l'absence d'indices contraires l'IF puisse partir du principe que le client respecte ses obligations fiscales, il est recommandé de requérir éventuellement du client une déclaration comme quoi les actifs font l'objet d'une imposition (« déclaration d'honnêteté fiscale »).

2.3.6. Il y a notamment indices de malhonnêteté fiscale lorsque:

- le client ne fournit pas de «déclaration d'honnêteté fiscale »,
- l'IF et le client n'entretiennent pas de contacts/rerelations personnels,
- le client effectue ses opérations bancaires en « banque restante »,
- le client effectue d'autres actes inhabituels («se défaire/cacher»; «fuite» dans l'immobilier, bijoux, art, antiquités)

2.3.7. Plus les indices de malhonnêteté fiscale sont nombreux, plus des clarifications plus intensives sont nécessaires.

2.3.8. Les mesures suivantes s'ajoutent en particulier aux mesures de clarifications déjà pratiquées :

- l'obtention de documents fiscaux concrets,
- l'octroi d'une procuration pour l'obtention de renseignements fiscaux,
- l'obtention d'une confirmation de l'honnêteté fiscale auprès du client et/ou de son conseiller fiscal.

2.4. En outre selon les avis de divers experts en droit fiscal c'est le moment de **l'utilisation** des titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, donc de leur dépôt auprès de l'autorité, et **non pas** le moment de la **taxation** qui semble déterminant pour l'existence d'un délit fiscal qualifié. Dans la mesure où le client a déposé ses titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu auprès de l'autorité encore en décembre 2015 dans l'intention de l'induire en erreur, et où cependant la taxation intervient seulement en janvier 2016, l'art. 305^{bis} chiffre 1^{bis} CP ne s'applique pas en vertu du principe de non-rétroactivité selon ces avis.

Il existe cependant également des voix qui s'élèvent pour dire que le délit est consommé seulement lorsque que la taxation est devenue définitive. Ce qui signifierait dans l'exemple ci-dessus que l'art. 305^{bis} chiffre 1^{bis} CP s'applique.

Cette représentation ne constitue toutefois qu'une manière de voir possible. Celle-ci ainsi que d'autres questions concernant les délits fiscaux qualifiés ne sont toujours pas clarifiées de manière contraignante, raison pour laquelle la situation juridique y relative est malheureusement très floue et l'OAR n'est pas en mesure de donner des indications claires. Il appartient au final à l'IF concerné d'évaluer dans chaque cas particulier s'il existe des indices suffisants de blanchiment de recettes fiscales et quelles mesures doivent être prises.

3. Formations 2016/2017

Au vu des nombreuses modifications entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2016 le Conseil a décidé de reconnaître la participation à un seul des séminaires dispensés par l'OAR comme certificat suffisant pour satisfaire au devoir de formation continue durant la période de formation 2016/2017. Toutes les formations et formations continues de cette année se trouvent sur le site internet de l'OAR, où vous pouvez également vous inscrire directement en ligne³.

Pour la même raison nous vous prions de bien vouloir consigner dans vos documents (rapports annuels; dossiers IF; etc...) les formations données à l'interne (des formations internes au sein de l'étude sont également possibles à certaines conditions selon le nouveau règlement; art. 56 Règlement OAR) en indiquant les dates, participants, contenu de la formation, etc.... Dans le cas contraire la participation à de telles formations ne pourra malheureusement pas être reconnue.

4. "Panama Papers"

Comme vous avez pu le constater dans la presse des dernières semaines, les « Panama Papers » font partie des thèmes qui font la une. Selon les articles et les avis de presse, le système d'autorégulation des avocats et les mécanismes de contrôles qui lui sont liés etc ... seraient insuffisants. Il est en outre demandé que les avocats actifs en tant que conseillers de structures offshore soient dorénavant soumis à une réglementation légale.

L'OAR FSA/FSN a jusqu'à présent fait valoir l'avis selon lequel le système d'autorégulation dans le domaine d'application de la LBA, établi depuis des années déjà, fonctionne bien et qu'il n'y pas de nécessité de le modifier. L'OAR FSA/FSN remplira actuellement comme à l'avenir les missions que l'état lui a confiées en vertu de la LBA, ce qui doit impérativement se faire et se fera dans le cadre d'une procédure correcte dans le respect des principes de l'Etat de droit.

La question de savoir si un éventuel développement de la réglementation de certaines activités de l'avocat en dehors du champ d'application de la LBA ou une modification de la LBA est opportun et souhaité doit être traitée au niveau politique. Il est à noter que les art. 305bis, 24 et 25 CP, qui condamnent le blanchiment d'argent ainsi que les actes de participation, continuent d'être valables indépendamment de la LBA dans tous les domaines d'activités des avocats suisses, et que les avocats également dans le domaine de l'activité de conseil n'évoluent pas dans un espace de vide juridique.

Nous restons volontiers en tout temps à votre disposition pour répondre à vos questions éventuelles. N'hésitez pas à nous contacter.

Christian Lippuner, responsable de l'information OAR FSA/FSN

Secrétariat général, Marktgasse 4, 3011 Berne, tél.: 031 313 06 00

Allemand: RA lic. iur. Christian Lippuner, lippuner@advlippuner.ch, tél.: 071 227 11 30

Français: Me Didier de Montmollin, didier.demontmollin@dgepartners.com, tél.: 022 761 66 66

Italien: Avv. Dr. Pietro Crespi, pietro.crespi@crespi.ch, tél.: 091 825 15 52