

# REGULATION

## Le gérant de fortune indépendant face à la lutte contre l'évasion fiscale

## The Independent Asset Manager faced with the fight against tax evasion

A l'aube de l'entrée en vigueur en Suisse de la nouvelle norme internationale d'échange automatique de renseignements («EAR»), les gérants de fortune indépendants («GFI») doivent-ils encore se préoccuper de la conformité fiscale des avoirs de leurs clients? Les banques se dotent des outils opérationnels qui leur permettront de collecter des informations selon la nouvelle norme dès 2017, avec un échange effectif entre Etats signataires à partir de 2018. Dans ce nouvel environnement de transparence fiscale, où la «compliance» aux nouvelles obligations de *reporting* constitue un véritable challenge pour les établissements bancaires, quels sont les obligations et surtout les risques auxquels sont exposés les GFI en relation avec la fiscalité de leurs clients? Le GFI qui gère les avoirs d'une clientèle étrangère peut être soumis, soit directement, soit par effet de ricochet, à un ensemble de normes de droit suisse et de droit étranger, qui présentent chacune une source de risques propre, d'une nature et d'une intensité différentes, mais qui ont toutes une finalité commune: le respect par le client de ses obligations fiscales.

### Echange automatique de renseignements: placer le client au centre du dispositif

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017, les «Institution financières» («IF») qui ont leur siège et/ou leur direction effective en Suisse (notamment les banques et les négociants en valeurs mobilières, mais également les «Entités d'investissement», telles que les trusts, fondations, sociétés off-shore), seront tenues de récolter différentes informations concernant les actifs financiers de leurs clients et/ou personnes de contrôle domiciliés à l'étranger, dans la mesure où leur domicile ou siège aura été identifié comme étant situé dans un Etat avec lequel la Suisse a conclu un accord permettant «d'activer» l'EAR. Une fois collectées, ces informations devront être communiquées en juin 2018 à l'Administration fédérale des contributions («AFC»), laquelle transmettra ces données aux Etats concernés en septembre 2018.

As the entry into force of the new global standard for the automatic exchange of information ("AEOI") approaches, should Independent Asset Managers ("IAMs") still worry about the tax compliance of their clients' assets? Banks are equipping themselves with operational tools that will allow them to collect information under the new standard as of 2017, and the effective exchange between signatory states will take place as of 2018. In this new environment of tax transparency, where *compliance* with the new *reporting* duties represent a real challenge for banking institutions, what are the duties of the IAMs, and above all what are the risks they face in relation to their clients' tax issues? An IAM who manages the assets of a foreign clientele may be subject, directly or as a fallout, to a set of rules of Swiss and foreign laws, each representing its own source of risks different in nature and in intensity but having a common purpose: the compliance by the client with his tax duties.

### Automatic exchange of information: placing the client at the core of the system

As from 1st January 2017, the Financial Institutions ("FI") having their registered office and/or their effective management in Switzerland (notably banks and securities dealers, but also "Investment Entities" such as trusts, foundations and off-shore companies) will have the duty to collect various information concerning the financial assets of their clients and/or the control persons domiciled abroad, insofar as their domicile or registered office will have been identified as being located in a State with which Switzerland has concluded an agreement allowing to "activate" the AEOI. Once collected, this information should be communicated in June 2018 to the Federal Tax Administration ("FTA"), which will communicate these data to the interested States in September 2018.



View of Zürich by night

Les GFI sont en principe considérés comme des IF non déclarantes. Ils ne sont dès lors pas soumis aux obligations de déclaration applicables en vertu de l'EAR, ces obligations devant être assumées par l'institution financière auprès de laquelle les actifs des clients sont déposés<sup>1</sup>.

En revanche, le GFI peut se retrouver dans des situations où il devra, compte tenu de son rôle, prendre en charge les obligations incombant à une IF déclarante en raison d'autres « prestations » que celles liées à la gestion des actifs de ses clients. Tel peut par exemple être le cas s'il est (i) le « *corporate trustee* » d'un trust dont l'actif est constitué de sociétés suisses ou étrangères détenant des immeubles commerciaux en Suisse, ou (ii) le « *corporate director* » d'une structure offshore dont la direction effective est en Suisse. Ces structures peuvent, à certaines conditions, être qualifiées d'Entités d'investissement et être ainsi soumises à l'obligation de s'enregistrer auprès de l'AFC en tant qu'IF déclarante, de collecter des données financières relatives notamment aux participations et/ou créances détenues en relation avec ces Entités d'investissement, et de les transmettre à l'AFC dès lors que les personnes détenant ces participations et/ou créances sont établies à l'étranger dans un Etat soumis à déclaration.

Dans ces types de situations, il serait judicieux que le GFI examine avec son client la possibilité et l'opportunité d'adapter le mode de fonctionnement de ces structures de façon à ce qu'elles ne soient plus qualifiées d'Entités d'investissement, ce qui aura généralement pour effet - en tous les cas s'agissant de celles détenant un compte bancaire - que les obligations de collecte et de transmission des informations seront alors effectuées par la banque.

Toutefois, même en supposant que le GFI soit libéré des contraintes inhérentes à l'exécution des opérations de collecte, de tri et de transmission instaurées par l'EAR, celui-ci conserve, selon nous, un rôle majeur à jouer dans la mise en œuvre de ce dispositif.

En effet, de par sa relation de confiance avec le client et de sa connaissance de l'environnement familial et professionnel de celui-ci, le GFI est à même de sensibiliser son client au sujet de l'EAR, de l'impact de cette réglementation sur sa situation patrimoniale et, le cas échéant, sur celle d'autres personnes souvent proches du client. Le GFI devrait en outre attirer l'attention de son client sur l'importance d'analyser ces questions rapidement, eu égard à l'entrée en vigueur de l'EAR (pour la Suisse) dès le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

Il ne s'agit pas seulement ici d'attirer l'attention de certains clients, (encore) en indéclicatesse avec les autorités fiscales de leur Etat de domicile, du risque qu'ils courent dès lors que les données concernant leur patrimoine financier, respectivement celui de leur structure de détention patrimoniale, feront l'objet d'une communication automatique en septembre 2018. Au-delà de cette thématique relative à la clientèle qui n'a pas déclaré ses actifs et pour laquelle le risque d'une procédure fiscale, voire pénale, ne semble pas s'atténuer, la mise en œuvre de l'EAR générera d'autres **problématiques auxquelles certains clients seront confrontés**, et dont ils ne mesurent ni la complexité ni les enjeux.

Ainsi, à titre d'exemple, l'IF déclarante pourrait considérer, au regard des données qu'elle aura recueillies et des indices dont elle aura connaissance - conformément au processus prévu de manière très détaillée par la « Norme commune de déclaration » -, (i) qu'un client est domicilié dans un Etat soumis à déclaration qui n'est pas celui revendiqué par le client comme étant son Etat de domicile ou encore (ii) que ce client est domicilié dans plusieurs Etats soumis à déclaration. Dans ces

In principle, IAMs are regarded as non-reporting FIs. Thus, they are not subject to the reporting duties under the AEOI, which should be undertaken by the financial institution with which the clients' assets are deposited<sup>1</sup>.

However, in view of its role, the IAM may find itself in situations where it will have to bear the duties incumbent upon a reporting IF due to "services" other than those related to the management of its clients' assets. For example, this can be the case if it is (i) the "corporate trustee" of a trust whose assets encompass Swiss or foreign companies holding commercial buildings in Switzerland, or (ii) the "corporate director" of an offshore structure whose effective management is in Switzerland. Under certain conditions, these structures may qualify as Investment Entities and thus be subject to the duty to register with the FTA as a reporting IF, to collect financial data relating in particular to the participations and/or claims held in relation to these Investment Entities, and to communicate them to the FTA insofar as the persons holding these participations and/or claims are established abroad in a country subject to the reporting duty.

In such situations, the IAM would be well advised to examine, together with its client, the possibility and the appropriateness of adapting the *modus operandi* of these structures in such a way that they no longer qualify as Investment Entities, as a result of which, in general - at least as regards those holding a bank account - the duties to collect and transmit information will then be borne by the bank.

However, even assuming that the IAM is released from the duties related to the performance of the collection, selection and

<sup>1</sup> Cf. Rapport explicatif du Département fédéral des finances, concernant l'OEAR, du 18 mai 2016, p. 8.

<sup>1</sup> Cf. Explanatory report of the Federal Department of Finance on the AEOI, of 18 May 2016, p. 8.

cas de figure, les informations collectées par l'IF - par exemple la valeur du compte bancaire détenu par le client au 31 décembre 2017 - seront communiquées, par l'intermédiaire de l'AFC, aux administrations fiscales d'Etats dont le client n'est pas (prétend ne pas être) contribuable.

L'Etat récipiendaire de cette information, après avoir constaté que ce client n'est pas (ou plus) enregistré comme résident fiscal auprès de ses services, risque fort de s'interroger sur une possible résidence (fiscale) de ce dernier dans sa juridiction, ne serait-ce qu'en raison de la communication qui lui a été faite par l'AFC. Il est alors vraisemblable qu'il appartiendra au client d'apporter la preuve de l'existence d'un domicile effectif constitué à l'étranger. Le débat avec le fisc à ce sujet pourrait s'avérer délicat et source de conflit, par exemple dans une situation où le client avait préalablement résidé dans l'Etat récipiendaire de l'information, puis transféré son domicile dans un autre Etat, tout en conservant une résidence secondaire dans le premier: le client devra investir des ressources considérables pour que la question de son domicile soit tranchée et éviter, par exemple, les conséquences fâcheuses d'une double imposition.

La Loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale («LEAR») accorde aux personnes concernées certains des **droits prévus par la Loi sur la protection des données** («LPD»), de manière étendue s'agissant de leurs relations avec l'IF suisse déclarante, mais à l'inverse de manière très limitée envers l'AFC. Ainsi, le droit de requérir la rectification des «données inexactes», prévu par la LPD, ne peut être exercé qu'envers l'IF suisse déclarante, mais non auprès de l'AFC (sauf dans les cas d'erreur «technique» de transmission entre l'IF et l'AFC). Partant du principe que la personne soumise à déclaration sera informée au plus tard le **31 janvier 2018** de la transmission future de renseignements la concernant, elle disposera alors d'un délai de 5 mois (jusqu'au 30 juin 2018, échéance fixée aux IF suisses pour transmettre les données à l'AFC) pour obtenir de l'IF qu'elle rectifie les

données inexactes, le cas échéant en recourant au juge civil.

Compte tenu de la complexité des questions soulevées par la mise en œuvre de l'EAR, et des échéances d'application, le client devrait agir en anticipation: idéalement **avant le 1<sup>er</sup> janvier 2017**, de manière à se donner la possibilité, suivant le cas de figure, d'adapter son «organisation patrimoniale»; mais en tous les cas **avant le 31 janvier 2018** s'il veut disposer du temps nécessaire pour convaincre l'IF du bien-fondé de sa position par rapport à d'éventuels points de désaccord au sujet des renseignements collectés et de leur future transmission. Le GFI peut ici jouer un rôle central, au regard de sa position privilégiée entre l'IF et le client.

#### Risques pénaux à l'étranger

Les divers outils mis à disposition des Etats pour échanger des informations fiscales, soit l'échange sur demande, l'échange spontané et l'échange automatique, ont incité de nombreux contribuables à «régulariser» leur situation en s'auto-dénonçant auprès de leur administration fiscale respective, bénéficiant parfois d'une réglementation fiscale plus clémente que les règles de droit commun en matière de rappels d'impôts et de pénalités.

Tous n'ont pas suivi la voie de la régularisation, certains jugeant faible le risque d'être poursuivi par l'autorité fiscale (inondée par les données qui lui seront transmises et dans l'incapacité de les traiter de manière systématique), d'autres s'organisant pour tenter d'éviter la survenance de ce risque, notamment en changeant de domicile de façon à ce que l'information ne soit pas transmise à l'administration fiscale de l'Etat dont ils sont (étaient) débiteurs d'impôts.

Il est possible que certains contribuables passeront au travers des mailles du filet «anti-fraude fiscale» mis en place sous l'impulsion de l'OCDE; d'autres n'y échapperont pas et devront s'acquitter de leurs dettes d'impôts, ainsi que des pénalités et amendes prévues par la législation fiscale/pénale applicable dans l'Etat où ils sont (étaient) domiciliés.

transmission set forth in the AEOI, the IAM continues to play, in our opinion, a key role in the implementation of this law.

Indeed, because of its relationship of trust with the client and its knowledge of the client's family and professional background, the IAM is in a position to make the client aware of the AEOI, of the impact of this regulation on his financial situation and, as the case may be, on that of other persons often close to the client. The IAM should furthermore draw its clients' attention to the importance of rapidly examining these issues, in view of the entry into force of the AEOI (in Switzerland) as of 1st January 2017.

It is not only a question of drawing the attention of some clients (still) in an irregular situation vis-à-vis the tax authorities in their country of domicile to the risk they incur since information on their financial assets, respectively their asset holding structure, will be automatically communicated in September 2018. Beyond this issue relating to clients who have not reported their assets and for which the risk of facing tax or even criminal proceedings does not seem to lessen, the implementation of the AEOI will trigger other issues that some clients will have to face, and of which they measure neither the complexity nor the consequences.

Thus, for instance, the reporting FI could come to the conclusion, based on the information it will have collected and the elements that will have come to its knowledge - according to the process provided in detail in the "Common Reporting Standard" - (i) that a client is domiciled in a country subject to the reporting duty which is not the country the client claims to be his country of domicile or (ii) that said client is domiciled in several countries subject to the reporting duty. In such circumstances, the information collected by the FI - for instance the balance of the bank account held by the client as at 31 December 2017 - will be communicated, through the FTA, to the tax administrations of countries of which the client is not (claims not to be) a taxpayer.

On observe, dans une large majorité des juridictions des pays membres de l'OCDE, **une tendance à la pénalisation des infractions fiscales** - même simples (celles que l'on qualifie en droit suisse de «soustraction fiscale») - et à l'intervention de plus en plus fréquente du juge pénal, en sus de la procédure diligentée par l'administration fiscale. L'arsenal des sanctions à disposition de la justice pénale en matière fiscale comprend des condamnations pécuniaires (en France, elles peuvent atteindre deux millions d'euros), ainsi que des peines privatives de liberté (en France, jusqu'à 7 ans d'emprisonnement).

Ces sanctions visent en premier lieu le contribuable, mais également **d'autres tiers susceptibles d'être poursuivis en tant que «participants» à l'infraction fiscale** (co-auteurs, complices ou encore instigateurs). Ces derniers encourent des sanctions pénales qui sont en règle générale similaires à celles prévues pour l'auteur principal. De plus, en charge d'une procédure pénale pour «fraude fiscale», le juge de l'Etat de domicile du contribuable pourra étendre son enquête à la commission éventuelle du délit de «blanchiment de fraude fiscale» et, dans ce contexte, rechercher les éventuels intermédiaires financiers ayant joué un rôle en relation avec les actifs non déclarés. Le seul fait pour un GFI de gérer les avoirs d'un client, dont il sait ou ne peut/doit pas ignorer qu'ils sont soit le fruit d'une infraction fiscale préalable, soit l'objet de l'infraction (fortune ou revenus non déclarés), peut s'avérer suffisant, selon la loi étrangère, pour réaliser les éléments constitutifs de blanchiment. Le GFI pourrait ainsi être condamné à l'étranger à une peine pécuniaire dans le meilleur des cas, ou à une peine d'emprisonnement.

Fort de ce constat, il serait déraisonnable pour un GFI de ne pas s'enquérir auprès de son client de la «conformité fiscale» des avoirs qu'il gère pour son compte, et cela quand bien même il apparaîtrait qu'au regard du droit suisse les conditions relatives à la commission du «blanchiment de fraude fiscale» ne sont pas réunies.

#### **Blanchiment de fraude fiscale: un véritable changement de paradigme**

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, les risques auxquels le GFI s'expose en relation avec la fiscalité de ses clients sis à l'étranger ne s'expriment



There is a serious risk that the country receiving this information, after having noted that the client is not (or no longer) registered as a tax resident with its services, might raise doubts about the latter being a possible (tax) resident in its jurisdiction, simply because of the communication made by the FTA. It is then likely that the client will have to prove the existence of an effective domicile established abroad. The discussions with the tax authorities in this regard may prove sensitive and be a source of conflict, for instance in a situation where the client had previously been a resident of the country receiving the information and then had transferred his domicile to another country, while maintaining a secondary residence in the first country: the client will have to invest important resources in order to solve the question of his domicile and to avoid, for instance, the unfortunate consequences of a double taxation.

The Federal Act on the International Automatic Exchange of Information in Tax Matters ("AEIO Act") grants the concerned persons some of the **rights provided in the Federal Act on Data Protection ("FADP")**, in a broad sense as regards their relationships with the Swiss Reporting FI, but on the contrary, in a very limited way with regard to the FTA. Thus, the right to request the correction of "inaccurate data", provided in the FADP, may only be exercised towards the Swiss reporting FI, but not towards the FTA (except in the event of "technical" error of transmission between the FI and the FTA). Assuming that the person subject to the reporting duty will be informed at the latest on **31 January 2018** of the future transmission

of information concerning him, he will have 5 months (until 30 June 2018, deadline for the Swiss FI to transmit the data to the FTA) to obtain that the FI corrects the inaccurate data, if necessary by acting before civil courts.

In view of the complex questions raised by the implementation of the AEOI and of the enforcement deadlines, the client will have to act in anticipation: ideally **before the 1st of January 2017**, in order to be able to, should the case be, adapt his "asset structuring", but in any case **before the 31st of January 2018**, if he wants to have sufficient time to convince the FI that his position with regard to possible areas of disagreement concerning the information collected and their future transmission is well-founded. The IAM may here play a key role, in view of his privileged position between the FI and the client.

#### **Criminal risks abroad**

The different tools made available to the States to exchange information in tax matters, i.e. exchange on request, spontaneous exchange and automatic exchange, have prompted several taxpayers to "regularise" their situation by voluntarily reporting to their respective tax administration, sometimes benefitting from more lenient tax rules than the normal rules in regard to additional tax demands ("*rappel d'impôts*") and penalties.

Not all taxpayers have followed the path of regularisation, some of them considering the risk of prosecution by the tax authorities

plus seulement au regard du droit pénal fiscal applicable selon le lieu de résidence fiscale du client, mais également à l'aune de la réglementation suisse. En effet, avec l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2016, de la Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière («Loi GAFI»), les infractions fiscales ont été intégrées au dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent, sous la forme du «délit fiscal qualifié» en matière de fiscalité directe (art. 305bis du Code pénal) et de l'«escroquerie fiscale qualifiée» dans le domaine de la fiscalité indirecte (art. 14 al. 4 de la Loi fédérale sur le droit pénal administratif).

Le **délit fiscal qualifié** vise en particulier l'impôt sur le revenu et la fortune des personnes physiques, du bénéficiaire et du capital des personnes morales, ainsi que l'impôt sur les gains immobiliers; en est notamment exclu l'impôt sur les successions et les donations. La réalisation de cette infraction sous-jacente au blanchiment d'argent suppose la réalisation de deux éléments: 1) une soustraction d'impôts d'au moins CHF 300'000.- par période fiscale et 2) l'usage d'un faux. En pratique, l'usage du faux peut être commis en produisant à l'autorité fiscale par exemple une fausse comptabilité, des fausses factures destinées à la comptabilité ou encore un contrat de vente ne reflétant pas le réel prix de l'opération immobilière. En revanche, en l'état actuel de la jurisprudence suisse, la déclaration d'impôt ne constitue pas, en tant que telle, un titre susceptible de faire l'objet d'un usage de faux.

L'**escroquerie fiscale qualifiée** réprime l'atteinte «particulièrement importante» portée aux intérêts du fisc au moyen d'une «tromperie astucieuse», commise par métier ou avec le concours de tiers, principalement en matière de TVA, droits de douane, impôt anticipé, impôts spéciaux à la consommation et droits de timbre. Aucun seuil n'étant fixé dans la loi pour cette infraction, les montants soustraits ou les avantages obtenus indûment pourraient ainsi être bien inférieurs au seuil de CHF 300'000.- applicable au délit fiscal qualifié.

L'élargissement du champ des infractions préalables au blanchiment d'argent aux délits et crimes fiscaux a pour conséquence immédiate d'**étendre les obligations de diligence** auxquelles le GFI est soumis en vertu de la Loi fédérale sur la lutte contre le blanchiment d'argent («LBA»). Celui-ci doit ainsi désormais détecter, conformément à la LBA, des relations à risque («*know your customer*») et des transactions à risque («*know your tran-*

*sactions*») sous l'angle du délit fiscal qualifié et de l'escroquerie fiscale qualifiée. En cas de soupçon fondé que les valeurs patrimoniales qu'il gère pourraient être liées à la commission d'une infraction fiscale au sens défini ci-dessus, le GFI est tenu de dénoncer la relation au Bureau de communication en matière de lutte contre le blanchiment (MROS). A défaut, le GFI se rendrait coupable d'une violation de la LBA, voire, selon son degré d'implication dans l'entrave à la confiscation des valeurs patrimoniales concernées, de blanchiment d'argent (en tant que co-auteur ou complice). Compte tenu des risques auxquels il s'expose, le GFI doit nécessairement appréhender ce changement de régime et en appliquer les dispositions de manière cohérente, au regard de son modèle d'affaires et de sa typologie de clientèle.

La tâche de **mettre en place un système de détection adapté aux infractions fiscales** n'est pas aisée, dans la mesure où la réglementation n'apporte aucune précision sur les critères ou les indices qui pourraient être utilisés à cet effet.

Quand bien même le GFI qui emploie moins de dix collaborateurs - ce qui représente la très grande majorité des sociétés de gestion de fortune en Suisse - n'est en principe pas tenu de rédiger des directives internes en matière de LBA, il doit néanmoins être en mesure de justifier du respect des obligations de diligence prises dans le domaine de la lutte contre le «blanchiment de fraude fiscale».

Dans ce contexte, la simple attestation du client («auto-déclaration»), par laquelle ce dernier confirme qu'il s'est conformé à l'ensemble de ses obligations fiscales liées aux avoirs gérés par le GFI, ne paraît pas suffisante. Le GFI devrait définir des critères, orientés vers l'activité du client (par exemple: activité dépendante ou indépendante; définition de secteurs d'activités particulièrement à risque d'un point de vue fiscal) et tenant compte des mouvements - apports et retraits - intervenus sur le(s) compte(s) géré(s) (compte actif versus compte passif). Une fois définis, ces critères devraient être appliqués non seulement aux nouveaux clients, soit aux relations d'affaires qui ont été ouvertes après le 1<sup>er</sup> janvier 2016, mais également à la clientèle existante.

Certes, l'intermédiaire financier n'a pas à rechercher des infractions fiscales qui auraient pu être commises par ses clients avant le 1<sup>er</sup> janvier 2016, dès lors que le «blanchiment

(flooded with the information received and unable to process it systematically), as being low, others taking the necessary measures in order to avoid this risk, notably by changing domicile so that the information is not transmitted to the tax administration of the State in which they are (were) tax debtors.

It is possible that some taxpayers will slip through the "anti-tax fraud" net implemented at the instigation of the OECD; others will not escape from it and will have to pay their tax debts as well as the penalties and fines provided for in the applicable tax/criminal legislation of the State in which they are (were) domiciled. We note, in a large majority of the jurisdictions of the Member States of the OECD, a **propensity to sanction tax offences** - even simple ones (those qualified under Swiss law as "tax evasion") - and to an increasingly frequent intervention of the criminal judge, in addition to the proceedings initiated by the tax administration. The range of sanctions at the disposal of criminal justice in tax matters includes monetary penalties (in France, they can reach two million euros), as well as custodial sentences (in France, up to 7 years' imprisonment).

These sanctions primarily apply to the taxpayer, but also to **other third parties likely to be prosecuted as "participants" in the tax offence** (co-authors, accomplices or instigators). The latter are liable to criminal sanctions which are in general similar to those applicable to the main author. Moreover, the judge of the State of domicile of the taxpayer, in charge of the criminal proceedings for "tax fraud", may extend his investigation to the possible commission of the "tax fraud laundering" offence and, in this respect, look for possible financial intermediaries having played a role in relation to the undisclosed assets. The mere fact that an IAM manages the assets of a client which it knows or cannot/must not ignore stem from a tax offence (undeclared wealth or income), may be sufficient, pursuant to the foreign law, to fulfil the conditions of money laundering. The IAM could thus be condemned abroad to a monetary penalty in the best-case scenario, or to a custodial sentence.

In light of this, it would be unreasonable for the IAM not to ask its client for information on the "tax compliance" of the assets it manages on his behalf, even if it would seem that under Swiss law, the conditions related to committing "tax fraud laundering" are not fulfilled.



View of Geneva

### Laundering of tax fraud: a real paradigm shift

Since the 1st of January 2016, the risks incurred by the IAM in relation to the taxation of its clients located abroad result not only from the applicable criminal tax law depending on the tax residence of the client, but also from the Swiss regulation. Indeed, further to the entry into force, on the 1st of January 2016, of the Law on the implementation of the recommendations by the Financial Action Task Force ("FATF Act"), the tax offences have been included in the provisions on the fight against money laundering, in the form of "qualified tax offence" as regards direct taxes (Art. 305bis of the Swiss Penal Code) and of "qualified tax fraud" as regards indirect taxes (Art. 14 para. 4 of the Federal Act on Administrative Criminal Law).

de fraude fiscale» n'existait pas avant cette date (**principe de non-rétroactivité**). Il se peut néanmoins, tout particulièrement en matière de délit fiscal qualifié, qu'une transaction ou une opération effectuée antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2016 donne lieu à la commission d'un délit fiscal qualifié après cette date. Cette situation, due à un décalage dans le temps entre la survenance du fait générateur d'imposition et la réalisation de l'infraction (violation de l'obligation déclarative), pose la question des devoirs de l'intermédiaire financier par rapport à la situation des avoirs de ses clients au moment de l'entrée en vigueur de la Loi GAFI.

A notre sens, le GFI ne peut pas être tenu de rechercher des situations «suspectes», sous l'angle du délit fiscal qualifié, qui seraient intervenues avant le 1<sup>er</sup> janvier 2016. On ne peut en effet exiger d'un intermédiaire financier qu'il dénonce des relations au MROS alors même qu'au moment de la survenance des faits litigieux, le «blanchiment de fraude fiscale» n'existait pas en droit suisse. Une telle exigence apparaîtrait contraire au principe de non-rétroactivité des lois.

En revanche, l'intermédiaire financier ne peut pas faire l'économie d'une **analyse critique**, sous l'angle du «blanchiment de fraude fiscale», **de sa clientèle existante**, soit les clients avec lesquels il était déjà en relation d'affaires à la date du 1<sup>er</sup> janvier 2016. Cette analyse, effectuée sur la base des critères que le GFI aura

arrêtés pour l'ensemble de sa clientèle, doit lui permettre d'identifier des «clients à risque», en fonction de leur secteur d'activité et/ou de la manière dont leurs avoirs sont structurés. S'il n'entreprend pas cet examen, le GFI court le risque de laisser passer des situations suspectes au travers des mailles de son dispositif de surveillance et de se voir ainsi reprocher une violation de la LBA, voire, dans les cas les plus graves, un acte de blanchiment d'argent si l'un de ses clients devait se rendre coupable d'un délit fiscal qualifié (commis après le 1<sup>er</sup> janvier 2016). La question se pose de savoir si ces obligations de diligence ont encore un sens dans le nouvel environnement de transparence fiscale qui se dessine avec **l'entrée en vigueur très prochaine de l'EAR**. La réponse est affirmative pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, l'EAR ne s'appliquera pas à la clientèle établie en Suisse. Ensuite, et vis-à-vis de la clientèle étrangère, pour autant bien évidemment que celle-ci soit établie dans un pays avec lequel la Suisse pratiquera l'EAR, il est vrai que le nouveau standard d'échange de renseignements en matière fiscale permettra de réduire le risque du point de vue du blanchiment de fraude fiscale; le GFI pourra ainsi distinguer entre les clients établis dans un pays avec lequel la Suisse aura signé un accord de mise en œuvre de l'EAR et les autres clients. Cela dit, même à l'égard des clients concernés par l'EAR, le GFI devra justifier du respect de ses obligations de diligence en matière de LBA, lesquelles s'appliqueront

The **qualified tax offence** aims particularly at individuals' income and wealth taxes, legal entities' profits and capital as well as real estate taxes; inheritance and donation taxes are notably excluded. The performance of this offence underlying money laundering involves the realisation of two elements: 1) tax evasion of at least CHF 300,000 per tax period and 2) the use of a forgery. In practice, the use of a forgery may be committed for instance when providing the tax authorities with false accounts, false invoices intended for the accounting or still a sales contract which does not mention the actual price of the real estate transaction. However, in the current state of Swiss case law, the tax return does not constitute, as such, a document likely to be used as a falsified document.

**Qualified tax fraud** represses a "particularly important" impact on the interests of the tax administration through a "wilful deceit", committed in a professional capacity or with the support of third parties, mainly with regard to VAT, customs duties, withholding taxes, special taxes on consumption and stamp duties. Since the law does not provide for any threshold regarding this offence, the amounts evaded or the advantages unlawfully obtained could be far below the CHF 300,000 threshold applicable to qualified tax offences.

The extension of the scope of money laundering predicate offences to tax offences

indépendamment de l'EAR: le fait que certaines données financières concernant le client soient échangées automatiquement entre administrations fiscales n'implique pas nécessairement que celui-ci se soit conformé à l'ensemble de ses obligations fiscales. Le GFI devra dès lors conserver un dispositif de surveillance à l'égard de cette clientèle, même si le risque se sera réduit.

### Compliance fiscale et surveillance des gérants de fortune

A l'horizon 2018, les GFI pourraient être soumis à un régime de surveillance prudentielle, en vertu de la **Loi fédérale sur les établissements financiers** («LEFin»). Le projet de LEFin, dont on attend une nouvelle mouture qui, à l'heure où nous écrivons, est examinée par la Commission d'économie et des redevances du Conseil des Etats, ne contient plus de dispositions traitant de la «compliance fiscale». Le Conseil fédéral a en effet eu la sagesse de retirer du projet de loi une disposition qui imposait aux établissements financiers de s'assurer de la conformité fiscale des avoirs de leurs clients lorsque ces derniers n'étaient pas établis dans un pays pratiquant l'EAR avec la Suisse.

L'article 8 du projet actuel impose toutefois aux «établissements financiers», dont font partie les gérants de fortune, «d'identifier, mesurer, gérer et surveiller leurs risques, y compris les risques juridiques et les risques de réputation, et d'instaurer un système de contrôle interne». C'est sur la base d'une disposition similaire, tirant sa source dans la législation bancaire, que la FINMA a exigé des banques qu'elles mettent en place des directives internes et qu'elles prennent des mesures organisationnelles en vue de gérer leurs risques «cross-border», y compris les risques auxquels elles peuvent s'exposer du fait d'une non-conformité fiscale de leurs clients. C'est sur cette même base que la FINMA peut considérer qu'un établissement ou qu'un dirigeant d'un tel établissement ne remplit plus la «garantie d'activité irréprochable», condition d'exercice de l'activité bancaire en Suisse.

La LEFin pourrait ainsi avoir pour effet, par le biais de cet article 8 et des exigences liées à la garantie d'activité irréprochable, d'étendre les obligations réglementaires du GFI dans le domaine de la «compliance fiscale», au-delà du standard actuel de «blanchiment de fraude fiscale».

triggers the immediate **extension of the due diligence duties** of the IAM under the Federal Act on Combatting Money Laundering («AMLA»). From now on, the latter shall have to identify high-risk relationships («*know your customer*») and high-risk transactions («*know your transactions*») as regards qualified tax offence and qualified tax fraud. In the event the IAM has reasonable grounds to suspect that the assets it manages could be linked to committing a tax offence within the meaning mentioned above, the IAM has the duty to report the relationship to the Swiss Money Laundering Reporting Office («MROS»). Should it fail to do so, the IAM would be guilty of a breach of the AMLA, or even, depending on the extent of its involvement in hindering the seizure of the concerned assets, of money laundering (as co-author or accomplice). In view of the high risk exposure, the IAM must imperatively manage this change of regime and apply its provisions in a consistent manner, in regard to its business model and its type of customers targeted.

The **implementation of a detection system adapted to tax offences** is not easy, since the regulation does not provide any details on the criteria or indicators that may be used for this purpose.

Even though in principle an IAM employing less than ten persons - which represents the large majority of the asset management companies in Switzerland - has no duty to draft internal guidelines with regard to the AMLA, it must nonetheless be able to justify its compliance with the due diligence measures taken in the area of «anti-tax fraud laundering».

In this respect, the mere declaration by the client («self-declaration»), whereby the latter confirms that he complies with the tax duties related to the assets managed by the IAM, seems insufficient. The IAM should establish a set of criteria based on the client's activity (for example: employee or self-employed; definition of fields of activities particularly risky from a tax perspective) and taking into account the transactions - deposits and withdrawals - made on the managed account(s) (active account versus passive account). Once established, these criteria, should be applied not only to new clients, i.e. business relationships opened after the 1st of January 2016, but also to existing clients.

Certainly, the financial intermediary does not have the duty to look for tax offences its clients could have committed before the 1st of January 2016, since the «tax fraud laundering» offence did not exist prior to this date (**principle of non-retroactivity**). However, particularly as regards the qualified tax offence, it is possible that a transaction made before the 1st of January 2016 results in a qualified tax offence after that date. This situation, due to a time lag between the occurrence of the event giving rise to taxation and committing the offence (breach of the duty to declare taxable assets), raises the issue of the duties of the financial intermediary in relation to the situation of its clients' assets at the time of entry into force of the FATF Act.

In our opinion, the IAM may not be required to look for «suspicious» situations, with regard to the qualified tax offence, which would have occurred before the 1st of January 2016. Indeed, the financial intermediary cannot be expected to report a given relationship to the MROS although at the time the disputed facts occurred, the «tax fraud laundering» did not exist under Swiss law. Such a requirement would appear contrary to the principle of non-retroactivity of laws.

However, the financial intermediary cannot proceed without performing a **critical analysis**, with respect to the «tax fraud laundering», of its existing clients, i.e. the clients with which it already had a business relationship on the 1st of January 2016. This analysis, made on the basis of the criteria established by the IAM for all its clients, must allow it to identify «clients at risk» according to their field of activity and/or the way their assets are structured. If it fails to perform this analysis, the IAM risks letting suspicious situations slip through the mesh of its surveillance system and being found guilty of breach of the AMLA, or even, in more serious cases, of money laundering should one of its clients be found guilty of a qualified tax offence (committed after the 1st of January 2016).

The question arises as to whether these duties of diligence still make sense in the new environment of tax transparency that is emerging with the **upcoming entry into force of the AEOI**. The answer is yes, for several reasons.

Firstly, the AEOI shall not apply to clients established in Switzerland. Then, and as regards foreign clients, provided of course that

## Conclusion

Bien qu'il ne soit pas considéré comme une IF déclarante, le GFI peut néanmoins être concerné par l'EAR, en particulier s'il occupe une position d'«organe» au sein d'une Entité d'investissement. En outre, compte tenu de la relation privilégiée qu'il entretient avec son client, le GFI peut lui permettre d'anticiper les effets «indésirables» de cette transmission automatique de données financières, parmi lesquels d'éventuels conflits au sujet de son assujettissement fiscal revendiqué par une, voire plusieurs, juridiction(s) étrangère(s).

A l'aube de l'entrée en vigueur de l'EAR, les acteurs de la gestion de fortune opérant en Suisse demeurent exposés à un risque de poursuite pénale à l'étranger, résultant de la gestion d'avoirs non conformes sur le plan fiscal. S'ajoutent à ce risque, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, de nouvelles obligations de diligence découlant de l'introduction, en droit suisse, du «blanchiment de fraude fiscale». Le GFI doit désormais intégrer la détection des infractions fiscales (délit fiscal qualifié et escroquerie fiscale qualifiée) dans son dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent. La LEFin pourrait également avoir pour effet de renforcer les standards de diligence imposés au GFI en matière de «compliance fiscale».

Dans un environnement en pleine mutation, la «fiscalisation» des avoirs des clients reste dès lors une question brûlante d'actualité pour les GFI. Ces derniers doivent conduire une véritable réflexion stratégique, intégrant les changements en cours et à venir dans une perspective globale, à la fois réglementaire et fiscale. Les prestataires qui auront mené cette réflexion seront en meilleure position pour se conformer à leurs nouvelles obligations, appréhender les risques en fonction de leur modèle d'affaires et prendre les mesures adéquates afin d'accompagner leur clientèle dans cette nouvelle ère de transparence fiscale. ■

they are established in a country with which Switzerland will be engaged in the AEOI, it is true that the new global standard for the automatic exchange of information will allow to reduce the risks from a laundering of tax fraud perspective; the IAM will thus be able to distinguish between the clients established in a country with which Switzerland has concluded an agreement for the implementation of the AEOI and other clients. This being said, even as regards clients concerned by the AEOI, the IAM will have to justify the compliance with its due diligence duties under the AMLA, which shall apply independently from the AEOI. Furthermore, the fact that some of the client's financial data are automatically exchanged between tax authorities does not necessarily imply that the latter has complied with all his tax duties. The IAM will therefore have to keep monitoring these clients, even though the risks will be reduced.

## Tax compliance and oversight of asset managers

From year 2018 onwards, the IAM could be subject to a prudential oversight regime, pursuant to the **Financial Institutions Act** ("FinIA"). The draft FinIA, of which we are expecting a new draft, and which, at the time of writing, is being examined by the Committee for Economic Affairs and Taxation of the Council of States, no longer contains provisions dealing with "tax compliance". Indeed, the Federal Council had the wisdom to withdraw from the draft law a provision imposing on the financial institutions the duty to ensure the tax compliance of their client's assets when the latter were not established in a country engaged in the AEOI with Switzerland.

However, Art. 8 of the current draft law imposes on the "financial institutions", which includes IAMs, the duty to "identify, measure, control and monitor the risks, including legal and reputational risks, and establish an effective internal control system". On the basis of a similar provision, originating from the banking legislation, the FINMA required that the banks implement internal guidelines and take organisational measures for the management of their "cross-border" risks, including the risks to which they could be exposed should their clients fail to comply with their tax duties. It is on the same basis that the FINMA can consider that an

institution or one of this institution's executives does not comply with the "proper business conduct", a condition required for the performance of banking activities in Switzerland.

As a consequence, Art. 8 of the FinIA and the requirements on the proper business conduct could lead to an extension of the regulatory duties of the IAM in terms of tax compliance, beyond the current standard of "tax fraud laundering".

## Conclusion

Even though it is not deemed a reporting FI, the IAM can be affected by the AEOI, in particular when it acts as a "body" of an Investment Entity. Moreover, in view of its privileged relationship with its client, the IAM can allow the latter to anticipate the "adverse" effects of this automatic exchange of financial data, among which the possible conflicts regarding his tax liability claimed by one or several foreign jurisdictions.

At the dawn of the entry into force of the AEOI, asset management players active in Switzerland still face the risk of criminal proceedings abroad, resulting from the management of non-compliant assets from a tax perspective. Moreover, as from the 1st of January 2016, they are subject to new due diligence duties resulting from the introduction, in Swiss law, of the "tax fraud laundering" offence. From now on, the IAM must include the identification of tax offences (qualified tax offence and qualified tax fraud) in its anti-money laundering system. The FinIA could also trigger the strengthening of the due diligence standards imposed on the IAM as regards tax compliance.

In such a changing environment, the "taxation" of the clients' assets remains therefore a burning issue for IAMs. The latter have to carry out an in-depth strategic analysis, incorporating both regulatory and fiscal current and future changes in a global perspective. The services providers having done so will be in a better position to comply with their new duties, understand the risks involved according to their business model and take the appropriate measures in order to accompany their clients through this new era of tax transparency. ■