

REGULATION

Der unabhängige Vermögensverwalter mit Fokus auf die Bekämpfung der Steuerflucht

The Independent Asset Manager faced with the fight against tax evasion

Kurz vor dem Inkrafttreten der neuen internationalen Norm über den automatischen Informationsaustausch («AIA») stellt sich die Frage, ob sich die unabhängigen Vermögensverwalter («UVV») weiterhin um die steuerliche Konformität der Guthaben ihrer Kunden kümmern müssen. Die Banken statten sich mit operativen Werkzeugen aus, mit welchen sie ab 2017 die Informationen gemäss der neuen Norm sammeln können und zwischen den Vertragsstaaten ab 2018 effektiv austauschen können. In diesem neuen Umfeld der Steuertransparenz, in welchem die «Compliance» mit den neuen Reportingpflichten einen regelrechten Challenge für die Bankinstitute darstellt, stellt sich auch hier die Frage, welches die Pflichten und vor allem die Risiken sind, welchen die UVV bezüglich der Besteuerung ihrer Kunden ausgesetzt sind. Der UVV, welcher die Vermögenswerte einer ausländischen Kundschaft verwaltet, kann entweder direkt oder auf Umwegen einer Gesamtheit von Normen schweizerischer und ausländischer Gesetzgebungen unterliegen, die, jede von ihnen, eine eigene Risikoquelle, eine eigene Rechtsnatur und eine unterschiedliche Intensität haben, welche jedoch alle dem gleichen Zweck dienen: der Erfüllung der Steuerpflichten durch den Kunden.

Automatischer Informationsaustausch: den Kunden ins Zentrum des Systems stellen

Ab dem 1. Januar 2017 werden die «Finanzinstitute» («FI»), die ihren Sitz und/oder ihre tatsächliche Direktion in der Schweiz haben (insbesondere Banken und Wertschriftenhändler, jedoch auch die «Investment-Unternehmen» wie Trusts, Stiftungen, Offshore-Gesellschaften) verpflichtet sein, verschiedene Informationen über die Vermögenswerte ihrer Kunden und/oder Personen mit Wohnsitz im Ausland zu sammeln, sofern ihr Domicil oder ihr Sitz als in einem Staat liegend identifiziert wurde, mit welchem die Schweiz eine Vereinbarung abgeschlossen hat, gemäss welcher der AIA «aktiviert» werden kann. Liegen dann erst einmal diese Daten vor, müssen diese Informationen im Juni 2018 der eidgenössischen Steuerverwaltung («ESTV») mitgeteilt werden, welche dieselben dann im September 2018 den betreffenden Staaten übermitteln wird.

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

Die UVV werden im Grundsatz als **nicht meldende FI** eingestuft. Gemäss AIA haben sie somit keine Meldepflichten, da diese Pflichten von dem Finanzinstitut, bei welchem die Vermögenswerte der Kunden hinterlegt sind, zu übernehmen sind¹.

Der UVV kann sich jedoch in Situationen wiederfinden, in welchen er, aufgrund seiner Rolle, Pflichten übernehmen muss, welche einem meldenden FI obliegen, und dies infolge **anderer «Leistungen»** im Zusammenhang mit der Verwaltung der Vermögenswerte seiner Kunden. Dies kann beispielsweise der Fall sein (i) bei einem «Corporate Trustee» eines Trusts, dessen Vermögen aus schweizerischen oder ausländischen Firmen, welche Geschäftsliegenschaften in der Schweiz besitzen, besteht, oder (ii) bei einem «Corporate Director» einer Offshore-Struktur, deren effektive Direktion in der Schweiz ist. Diese Strukturen können unter gewissen Umständen als Investment-Unternehmen qualifiziert werden und somit verpflichtet sein, sich bei der EStV als meldendes FI einzutragen, finanzielle Angaben insbesondere zu Beteiligungen und/oder gehaltenen Forderungen, die im Zusammenhang mit diesen Investment-Unternehmen gehalten werden, zu sammeln sowie diese der EStV zu übermitteln, sofern die Personen, welche diese Beteiligungen und/oder Forderungen besitzen, im Ausland in einem meldepflichtigen Staat ansässig sind.

In solchen Fällen ist es vernünftig, dass der UVV mit seinem Kunden die Möglichkeit und Zweckmässigkeit prüft, die Funktionsweise seiner Strukturen anzupassen, damit diese nicht als Investment-Unternehmen eingestuft werden. Dies wird allgemein - und in jedem Fall bei welchen die über bestehenden Bankkonto verfügen - zur Folge haben, dass die Pflicht zur Sammlung und Übermittlung von Informationen dann von der Bank selber vorgenommen wird.

Auch wenn davon ausgegangen werden sollte, dass der UVV keine Pflichten bezüglich der Ausföhrung der Tätigkeiten bezüglich Sammlung, Sortierung und Übermittlung von Informationen gemäss AIA hat, spielt der UVV gemäss unserer Einschätzung nach wie vor eine **bedeutende Rolle bei der Umsetzung dieses Systems**.

Aufgrund seiner Vertrauensbeziehung zum Kunden und seiner Kenntnis dessen familiären und beruflichen Umfelds muss der UVV den Kunden bezüglich des AIA, der Auswirkung dieser Reglementierung auf seine Vermögenssituation und allenfalls auf die Vermögenssituation anderer oft nahestehenden Personen sensibilisieren. Der UVV sollte zudem den Kunden auf die Wichtigkeit, diese Fragen zügig zu analysieren hinweisen da das AIA (in der Schweiz) am 1. Januar 2017 in Kraft treten wird.

Es handelt sich hier nicht nur darum, die Aufmerksamkeit gewisser Kunden, die sich (noch) in einer angespannten Situation mit den Steuerbehörden ihres Domizilstaates befinden, auf das Risiko zu lenken, das sie eingehen, wenn die Angaben zu ihrem Finanzvermögen bzw. zu demjenigen ihrer Vermögensbesitzstruktur im September 2018 automatisch ausgetauscht werden. Über das Thema zu den Kunden, welche ihre Aktiva noch nicht deklariert haben und für welche das Risiko eines Steuer- bzw. Strafverfahrens sich nicht mindern wird, hinaus wird die Umsetzung des AIA auch weitere **Problematiken, mit welchen sich gewisse Kunden konfrontiert sein sehen werden** und dessen Komplexität und Herausforderungen sie kaum messen, mit sich bringen.

Als Beispiel, könnte das meldende FI,, angesichts der Daten, die es sammeln wird, und angesichts der Indizien, von welchen es Kenntnis haben wird (gemäss dem Verfahren, das im «Gemeinsamer Meldestandard» - sehr detailliert vorgesehen ist), feststellen, (i) dass ein Kunde in einem Staat mit Meldepflicht domiziliert ist, der nicht identisch mit demjenigen ist, der gemäss den Aussagen des Kunden sein Domizilstaat ist, oder auch (ii) dass er in mehreren meldepflich-

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 deposited¹.

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

¹ Cf. Erläuterungsbericht des Eidgenössischen Finanzdepartements zur AIA-Verordnung, S. 8.

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

tigen Staaten domiziliert ist. In diesen Fällen werden die vom FI gesammelten Informationen (zum Beispiel Saldo des auf den Kunden am 31. Dezember 2017 lautenden Kontos) über die EStV an die Steuerverwaltungen der Staaten übermittelt, wo der Kunde nicht steuerpflichtig ist (oder behauptet, dies nicht zu sein).

Nachdem der diese Information erhaltende Staats festgestellt hat, dass dieser Kunde bei den Steuerbehörden nicht oder nicht mehr als steuerdomizilierte Person eingetragen ist, wird sich dieser Staat höchstwahrscheinlich Fragen zu einem allfälligen (Steuer-)Domizil dieses Kunden in seiner Gerichtsbarkeit stellen, dies nur schon aufgrund dessen, dass ihm die EStV eine Meldung geschickt hat. Somit ist es wahrscheinlich, dass der Kunde beweisen muss, dass er effektiv im Ausland ein Domizil begründet hat. Die entsprechende Diskussion mit den Steuerbehörden könnte delikat und konfliktreich sein, beispielsweise dann, wenn der Kunde im Informationen erhaltenden Staat früher ein Domizil hatte, dann jedoch dieses in einen anderen Staat verlegte, jedoch einen Zweitwohnsitz im ersten Staat beibehalten hat. Der Kunde wird bedeutende Mittel aufwenden müssen, um die Frage zu seinem Wohnsitz zu klären und zum Beispiel zu vermeiden, dass unangenehme Folgen einer Doppelbesteuerung entstehen.

Das Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen («AIA-Gesetz») gibt den betroffenen Personen gewisse gemäss dem **Bundesgesetz über den Datenschutz** («DSG») vorgesehene Rechte, und dies weitreichend, wenn es sich um ihre Beziehungen zum meldenden schweizerischen FI handelt, jedoch hingegen nur in sehr begrenztem Umfang gegenüber dem EStV. So kann das Recht, die Richtigstellung von «ungenauen Angaben», vorgesehen vom DSG, nur gegenüber dem meldenden schweizerischen FI geltend gemacht werden (ausser in Fällen eines «technischen» Fehlers bei der Übermittlung zwischen dem FI und der EStV). Ausgehend vom Grundsatz, dass die der Meldepflicht unterliegende Person spätestens am **31. Januar 2018** über die zukünftige Übermittlung von Informationen sie betreffend informiert wird, hat sie eine Frist von 5 Monaten (bis zum 30. Juni 2018, Frist, die den schweizerischen FI gesetzt

wurde, um der EStV die Daten zu übermitteln), um vom FI zu verlangen, dass es die ungenauen Angaben berichtigt, gegebenenfalls unter Anrufung des Zivilrichters.

Unter Berücksichtigung der Komplexität der infolge der Umsetzung des AIA aufgeworfenen Fragen und der Fristen für dessen Umsetzung sollte der Kunde antizipiert handeln, idealerweise vor dem **1. Januar 2017**, damit er sich die Möglichkeit offen hält, gemäss vorliegendem Fall, seine «Vermögensorganisation» anzupassen, jedenfalls **vor dem 31. Januar 2018**, wenn er über die notwendige Zeit verfügen möchte, das IF von der Rechtmässigkeit seiner Position bezüglich allfälliger Diskrepanzen der gesammelten Informationen und deren zukünftigen Übermittlung zu überzeugen. Aufgrund seiner privilegierten Position zwischen dem FI und dem Kunden kann der UVV hier eine zentrale Rolle spielen.

Strafrechtliche Risiken im Ausland

Die verschiedenen den Staaten für den Austausch von Steuerdaten zur Verfügung gestellten Werkzeuge, sei dies für den Austausch auf Anfrage, den freiwilligen und den automatischen Austausch, haben zahlreiche Steuerpflichtige dazu veranlasst, ihre Situation mit einer Selbstanzeige bei der für sie zuständigen Steuerverwaltung «zu regeln» und damit manchmal von einer milderen steuerlichen Regulierung als derjenigen gemäss den Regeln des gemeinen Rechts über Nach- und Strafsteuern zu profitieren.

Die Legalisierung wurde nicht von allen wahrgenommen, einige schätzten das Risiko einer Verfolgung seitens der Steuerbehörde, die von den ihr übermittelten Daten überschwemmt werden würden und diese nicht systematisch verarbeiten könnten, als nur gering ein. Andere hingegen organisierten sich, um den Eintritt dieses Risikos zu verhindern, insbesondere indem sie ihren Wohnsitz verlegten, so dass die Informationen nicht der Steuerverwaltung des Staates übermittelt würden, in welchem sie steuerpflichtig sind (oder waren). Gewisse Steuerpflichtige könnten durch die Maschen der «Bekämpfung des Steuerbetrugs», die auf Betreiben der OECD eingeführt wurde, andere

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.

werden nicht hindurchschlüpfen und Steuer-schulden wie auch Strafsteuern und Bussen bezahlen müssen, welche in der Steuer- und Strafgesetzgebung vorgesehen werden, die im (ehemaligen) Wohnsitzstaat gelten. In den allermeisten Jurisdiktionen der Mitgliedstaaten der OECD kann eine **Tendenz zur Strafbarkeit der Steuervergehen** auch wenn sie nur gering sind, (solche die in der Schweiz als blosse «Steuerhinterziehung» qualifiziert werden) sowie eine Tendenz zum häufigeren Einschreiten des Strafrichters, zusätzlich zu einem sorgfältigeren Vorgehen der Steuerverwaltung, beobachtet werden. Das Arsenal von den Steuerstrafgerichten zur Verfügung stehenden Sanktionen umfasst pekuniäre Verurteilungen (in Frankreich bis zu zwei Millionen Euro) wie auch Freiheitsstrafen (in Frankreich bis zu 7 Jahren Haft).

CDiese Sanktionen zielen in erster Linie auf den Steuerpflichtigen, aber auch **weitere Dritte**, die in ihrer Eigenschaft **als am Steuervergehen «Beteiligte»** (Mittäter, Komplize oder auch Anstifter) verfolgt werden könnten. Diese müssen mit Strafsanktionen rechnen, welche, als allgemeine Regel, denjenigen für den Haupttäter gleichartig sind. Zudem kann der Richter des Wohnsitzstaates des Steuerpflichtigen, der mit einem Strafverfahren für «Steuerbetrug» bestraft ist, seine Untersuchung auf eine allfällige Begehung des Vergehens der «Geldwäscherei in Verbindung mit Steuervortat» ausweiten und, in diesem Kontext, allfällige Finanzintermediäre suchen, welche eine Rolle im Zusammenhang mit den nicht deklarierten Aktiven spielte. Nur das Fakt für ein UVV, die Vermögenswerte eines Kunden zu verwalten, bezüglich welchen er weiss oder nicht ignorieren kann/muss, dass sie der Ertrag eines früheren Steuervergehens sind, das heisst Objekt des Vergehens (Vermögen oder nicht deklarierte Erträge) sind, kann sich gemäss der ausländischen Gesetzgebung als ausreichend erweisen, dass die grundlegenden Elemente einer Geldwäscherei erfüllt sind. Der UVV könnte so im Ausland zu einer Geldstrafe (im besten Fall) oder zu einer Haftstrafe verurteilt werden.

Vor diesem Hintergrund wäre es für einen UVV vernunftwidrig, sich bei seinem Kunden nicht über die «steuerliche Konformität» der Vermögenswerte, welche er für diesen verwaltet, zu informieren, auch wenn die Voraussetzungen für eine «Geldwäscherei in Verbindung mit Steuervortat» gemäss schweizerischen Recht nicht erfüllt sind.



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

Steuerdelikten als Vortat zur Geldwäscherei: ein wahrhafter Paradigmenwandel

Seit dem 1. Januar 2016 drücken sich die Risiken, denen sich der UVV bezüglich der Besteuerung seiner Kunden mit Wohnsitz Ausland aussetzt, nicht mehr nur im Rahmen des Steuerstrafrechts, das am Ort des Steuerdomizils des Kunden gilt, aus, sondern auch im Rahmen des Massstabs der schweizerischen Gesetzgebung. Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen wurden denn auch die Steuervergehen in die Bestimmungen für die Bekämpfung der Geldwäscherei in Form eines «qualifizierten Steuervergehens» bei der direkten Besteuerung (Art. 305bis Strafgesetzbuch) sowie eines «qualifizierten Steuerbetrugs» im Bereich der indirekten Besteuerung (Art. 14 Abs. 4 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht) integriert.

Das **qualifizierte Steuervergehen** bezieht sich insbesondere auf die Einkommens- und Vermögenssteuer natürlicher Personen, auf die Gewinn- und Kapitalsteuer juristischer Personen wie auch auf die Grundstückgewinnsteuer, davon ausgenommen sind insbesondere die Erbschafts- und Schenkungssteuern. Die Verwirklichung dieses Delikts, welches der Geldwäscherei zugrunde liegt, setzt die Realisierung zweier Elemente voraus: 1) eine Steuerhinterziehung von mindestens CHF 300'000.- pro Steuerperiode, und 2) die Verwendung eines gefälschten Dokuments. Die Verwendung eines gefälschten Dokuments kann in der Praxis so erfolgen, dass der Steuerbehörde beispielsweise eine gefälschte Buchhaltung, falsche Rechnungen für die Buchhaltung oder auch ein Verkaufsvertrag, der nicht den realen Preis des Immobiliengeschäfts wiedergibt, vorgelegt werden. Im Gegenzug stellt gemäss dem heutigen Stand der schweizerischen Rechtsprechung die Steuererklärung als solche kein Rechtstitel dar, welcher unter den Begriff der Verwendung eines gefälschten Dokuments fällt.

Der **qualifizierte Steuerbetrug** ahndet die «besonders grosse» Beeinträchtigung der Interessen des Fiskus mittels einer «arglistige Täuschung», der gewerbmässig oder in Mittäterschaft begangen wird, hauptsächlich im Bereich der MWST, Zollabgaben, Verrechnungssteuern, Sonderverbrauchsabgaben sowie der Stempelabgaben. Da im Gesetz für dieses Vergehen keine Schwellen vorgesehen sind, könnten somit die hinterzogenen Beträge oder die unrechtmässig erhaltenen Vorteile weit unter der Schwelle von CHF 300'000.-, die für qualifizierte Steuervergehen gelten, liegen.

Die Ausweitung des Bereichs der vorstehend erwähnten Vergehen der Geldwäscherei auf Steuervergehen und Steuerdelikte führt unmittelbar dazu, dass die **Sorgfaltspflichten**, denen der UVV gemäss dem Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei («GwG») untersteht, **ausgeweitet werden**. Dieser muss somit in Zukunft gemäss dem GwG die Risikobeziehungen («*know your customer*») und die Risikotransaktionen («*know your transactions*») unter dem Gesichtspunkt eines qualifizierten Steuervergehens und eines qualifizierten Steuerbetrugs aufdecken. Bei einem begründeten Verdacht, dass die von ihm verwalteten Vermögenswerte in Zusammenhang mit der Begehung eines Steuerdelikts gemäss obiger Definition stehen könnten, muss der UVV die Beziehung der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) anzeigen. Tut er dies nicht, macht sich der UVV einer Verletzung des GwG schuldig, das heisst, je nach dem Grad seiner Involvierung in die Verhinderung der Beschlagnehmung der betreffenden Vermögenswerte, der Geldwäscherei (als Mittäter oder Komplize). Unter Berücksichtigung der Risiken, welchen sich der UVV aussetzt, muss er die Gesetzesänderung unbedingt verstehen und die Bestimmungen bei seinem Geschäftsmodell und seiner Kundentypologie kohärent anwenden.

Die Aufgabe, ein **System für die Erkennung von Steuervergehen einzurichten**, ist dort nicht einfach, wo die Regelungen keine Kriterien oder Indizien präzisiert, die diesbezüglich verwendet werden könnten.

Auch wenn der UVV, der weniger als 10 Mitarbeitende beschäftigt - was für die meisten Vermögensverwaltungsgesellschaften in der Schweiz gilt - im Grundsatz nicht verpflichtet ist, interne Richtlinien zum GwG zu verfassen, muss er dennoch in der Lage sein, die Einhaltung der Sorgfaltspflichten, die er im Bereich der Bekämpfung der «Geldwäscherei in Verbindung mit Steuervortat» ergriffen hat, nachzuweisen.

In diesem Kontext scheint eine einfache Bestätigung des Kunden («Selbstdeklaration»), mit welcher er bestätigt, dass er alle seine Steuerpflichten im Zusammenhang mit dem vom UVV verwalteten Vermögenswerte erfüllt hat, nicht zu genügen. Der UVV wird Kriterien definieren müssen, die sich an der Tätigkeit des Kunden (zum Beispiel: selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit, Definition der in steuerlicher Hinsicht besonders risikoreicher Tätigkeitssektoren) orientieren und die Bewegungen - Zu- und Abflüsse - auf dem/den verwalteten Konto/en berücksichtigen (Aktivsaldo gegenüber Passivsaldo). Nach deren Definierung müssen diese Kriterien nicht

(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

nur auf Neukunden angewendet werden, das heisst auf Geschäftsbeziehungen, die nach dem 1. Januar 2016 eröffnet wurden, sondern auch auf die bereits bestehende Kundschaft.

Sicherlich muss der Finanzintermediär nicht nach Steuervergehen suchen, die von seinen Kunden vor dem 1. Januar 2016 allenfalls begangen wurden, da die «Geldwäscherei in Verbindung mit Steuervortat» vor diesem Datum noch nicht existierte (**Grundsatz der Nichtrückwirkung**). Es kann jedoch trotzdem sein, dies ganz besonders im Bereich von qualifizierten Steuervergehen, dass eine Transaktion oder ein Geschäft, die/das vor dem 1. Januar 2016 ausgeführt oder getätigt wurde, zur Begehung eines qualifizierten Steuerdelikts nach diesem Datum führt. Diese Situation infolge eines zeitlichen Aufschubs zwischen dem Eintritt des zu einer Besteuerung führenden Fakts und der Begehung eines Vergehens (Verstoss gegen die Meldepflicht) führt zur Frage der Pflichten des Finanzintermediärs bezüglich der Situation seiner Kunden bei Inkrafttreten des Gesetzes GAFI.

Unserer Ansicht nach kann der UVV unter dem Blickwinkel des qualifizierten Steuervergehens nicht verpflichtet werden, nach «verdächtigen» Situationen zu suchen, die vor dem 1. Januar 2016 entstanden sind. So kann man denn von einem Finanzintermediär nicht verlangen, dass er dem MROS Beziehungen meldet, obwohl im Zeitpunkt des Entstehens des strittigen Sachverhalts im schweizerischen Recht die «Geldwäscherei in Verbindung mit Steuervortat» noch nicht enthalten war. Ein solches Erfordernis widerspricht dem Grundsatz der Nichtrückwirkung von Gesetzen.

Der Finanzintermediär kommt jedoch nicht darum herum, unter dem Blickwinkel der «Geldwäscherei in Verbindung mit Steuervortat» eine **kritische Analyse seiner bestehenden Kunden**, d.h. der Kunden, mit welchen er bereits eine Geschäftsbeziehung am 1. Januar 2016 unterhielt, vorzunehmen. Diese Analyse, basierend auf den Kriterien, welche der UVV für alle seine Kunden festgelegt hat, muss ihm die Möglichkeit geben, «Risikokunden» zu identifizieren je nach ihrem Tätigkeitssektor und/oder der Art, wie ihre Guthaben strukturiert sind. Führt er diese Prüfung nicht durch, setzt sich der UVV dem Risiko aus, verdächtige Situationen durch die Maschen seines Überwachungssystems schlüpfen zu lassen und sich damit ein Verstoss gegen das GwG vorwerfen lassen zu müssen, gar, in den schwersten Fällen, eine Handlung von Geldwäscherei, wenn einer seiner Kunden ein qualifiziertes Steuervergehen begehen sollte (Begehung nach dem 1. Januar 2016).

Nun stellt sich die Frage, ob diese Sorgfaltspflichten im neuen Umfeld der Steuertransparenz, das sich mit dem **baldigen Inkrafttreten des AIA** abzeichnet, noch einen Sinn haben wird. Aus verschiedenen Gründen ist diese Frage zu bejahen.

Vorab ist zu sagen, dass das AIA nicht für die in der Schweiz domizilierten Kunden gilt. Anschliessend und gegenüber ausländischer Kunden – insofern es sich um Kunden handelt, welche in einem Land domiziliert sind, mit welchem die Schweiz das AIA anwenden wird – ist es richtig, dass der neue Informationsaustausch in Steuersachen das Risiko hinsichtlich der Geldwäscherei in Verbindung mit Steuervortat

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).

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

mindern wird. Der UVV kann so zwischen Kunden, die ihr Domizil in einem Land haben, mit welchem die Schweiz eine Vereinbarung für die Umsetzung des AIA unterzeichnen wird, und anderen Kunden unterscheiden. Abgesehen davon, auch angesichts von vom AIA betroffenen Kunden, muss der UVV die Einhaltung seiner Sorgfaltspflichten im Rahmen des GwG nachweisen, welche unabhängig vom AIA bestehen. Der Umstand, dass gewisse Finanzdaten zum Kunden automatisch zwischen Finanzverwaltungen ausgetauscht werden, impliziert nicht notwendigerweise, dass dieser Kunde sich auch an alle seine Steuerpflichten gehalten hat. Der UVV muss infolgedessen ein Überwachungssystem für diese Kunden weiterhin aufrechterhalten, auch wenn sich das entsprechende Risiko reduziert haben wird.

Tax Compliance und Überwachung der Vermögensverwalter

Im Jahr 2018 könnten die UVV allenfalls einem System prudenzieller Aufsicht aufgrund des Bundesgesetzes über die Finanzinstitute («FINIG») unterworfen sein. Der Entwurf des FINIG, deren neue Version erwartet wird, wird zurzeit von der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats geprüft. Es wird keine Bestimmungen über die «tax compliance» mehr enthalten. Der Bundesrat hat überlegter Weise, eine Bestimmung aus dem Gesetzesentwurf entfernt, gemäss welcher die Finanzinstitute verpflichtet wurden, die steuerliche Übereinstimmung der Guthaben ihrer Kunden zu gewährleisten, falls die Kunden nicht in einem Land domiziliert sind, wo das AIA mit der Schweiz praktiziert wird.

Artikel 8 des heutigen Entwurfs schreibt indessen den «Finanzinstituten», zu denen die Vermögensverwalter gehören, vor, dass sie ihre Risiken identifizieren, messen, steuern und überwachen, so auch die rechtlichen Risiken und die Reputationsrisiken, und für ein internes Kontrollsystem sorgen. Basierend auf einer ähnlichen Bestimmung, deren Ursprung in der Bankengesetzgebung liegt, hat die FINMA von den Banken verlangt, dass sie interne Richtlinien erlassen und organisatorische Massnahmen ergreifen, um ihre «cross-border» Risiken zu verwalten, einschliesslich die Risiken, denen sie infolge einer Nichtkonformität ihrer Klienten ausgesetzt sein könnten. Auf der gleichen Grundlage kann die FINMA erwägen, dass ein Institut oder ein Manager eines solchen Instituts nicht mehr die «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit», Voraussetzung für die Ausübung einer Banktätigkeit in der Schweiz, erfüllt.

triggers the immediate **extension of the due diligence duties** of the IAM under the Federal Act on Combatting Money Laundering («AML»). 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

Das FINIG könnte so über diesen Artikel 8 und die Anforderungen im Zusammenhang mit der Garantie einer einwandfreien Geschäftstätigkeit bewirken, dass die ordnungsgemässen Pflichten des UVV im Bereich der «tax compliance» über den heutigen Standard der «Geldwäscherei in Verbindung mit Steuervortat» erweitert wird.

Schlussfolgerung

Auch wenn der UVV nicht als meldendes FI eingestuft wird, kann dieser trotzdem vom AIA betroffen sein, insbesondere, wenn er eine «Organ»-Stellung in einer Investment-Unternehmen einnimmt. Berücksichtigt man zudem die privilegierte Beziehung, die er mit seinem Kunden unterhält, kann der UVV die Möglichkeit schaffen, die «unerwünschten» Wirkungen dieser automatischen Übermittlung von Finanzdaten zu antizipieren, darunter allfällige Konflikte bezüglich seiner Steuerpflicht, die von einem oder mehreren ausländischen Jurisdiktionen beansprucht wird.

Infolge der Verwaltung von in steuerlicher Hinsicht nicht konformer Vermögen werden die Akteure der in der Schweiz tätigen Vermögensverwalter kurz vor dem Inkrafttreten des AIA weiterhin dem Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt sein. Ab dem 1. Januar 2016 kommen neue Sorgfaltspflichten hinzu, welche mit der Einführung der «Geldwäscherei in Verbindung mit Steuervortat» im schweizerischen Recht einhergehen. Der UVV muss nunmehr die Feststellung von Steuervergehen (qualifiziertes Steuervergehen und qualifizierter Steuerbetrug) in sein System für die Bekämpfung der Geldwäscherei integrieren. Das FINIG könnte zudem bewirken, dass die dem UVV im Rahmen der «tax compliance» auferlegten Sorgfaltstandards erhöht werden.

In einem im vollen Umbruch befindlichen Umfeld bleibt die «Besteuerung» der Vermögenswerte der Kunden denn auch eine brennend aktuelle Frage für den UVV. Sie müssen eine reale strategische Reflexion führen und diese heutigen und zukünftigen Änderungen in eine globale reglementarische wie auch steuerliche Perspektive einbinden. Leistungserbringer, welche sich dieser Reflexion gewidmet haben, können sich ihren neuen Pflichten besser stellen, die Risiken je nach ihrem Geschäftsmodell einschätzen und adäquate Massnahmen ergreifen, um ihre Kunden in diese neue Ära der Steuertransparenz zu begleiten. ■

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. ■