

Dans ce numéro:

- **Expériences réalisées avec la législation révisée sur l'obligation de diligence**
- **En point de mire: la fondation d'utilité publique au Liechtenstein**

EXPÉRIENCES RÉALISÉES AVEC LA LÉGISLATION RÉVISÉE SUR L'OBLIGATION DE DILIGENCE

1. INTRODUCTION

Le 1^{er} février 2005, la loi révisée sur l'obligation de diligence (SPG)¹ ainsi que l'ordonnance à la SPG² sont entrées en vigueur. Différentes raisons étaient à l'origine de la récente révision de la législation sur l'obligation de diligence, déjà révisée en 2001, dans la Principauté de Liechtenstein. En lien avec les tendances internationales générales, consistant à assurer une lutte efficace contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et la criminalité organisée, de nouvelles directives, recommandations et normes³ renforcées ont été instaurées dans le monde entier, lesquelles devaient impérativement être adoptées, tout au moins en partie, dans le droit national. La Suisse a elle-même aussi réagi à ces évolutions internationales et à ces nouvelles conditions cadres et a soumis différents ouvrages normatifs à une révision. Devant cet arrière-plan, il n'est pas étonnant que les législations sur l'obligation de diligence des deux pays aient été harmonisées dans certains domaines, bien entendu, qu'en raison des particularités de la situation de départ, certaines dif-

férences systématiques et matérielles devraient subsister à l'avenir. Aujourd'hui déjà, ou plus précisément moins de deux ans après l'entrée en vigueur de la révision, on peut constater que les points communs de ces deux pays dans le domaine de la législation sur l'obligation de diligence ont mené à une influence positive sur la collaboration avec les partenaires commerciaux et contractants suisses.

L'article suivant traite uniquement certaines nouveautés essentielles pour le domaine fiduciaire:

2. INTÉGRATION DU FINANCEMENT DU TERRORISME DANS LA LÉGISLATION SUR L'OBLIGATION DE DILIGENCE

Différentes dispositions liées à la lutte contre le terrorisme⁴ ayant été intégrées dès la fin 2003 dans le Code pénal, le thème du financement du terrorisme a également été intégré dans la SPG dans le cadre de la révision. Pour le fiduciaire liechtensteinois, l'intégration de ce thème dans la législation sur l'obligation de diligence n'est pas sans

conséquences, car il ne suffit plus, désormais, de se renseigner en détail sur l'origine des valeurs patrimoniales, il faut aussi enquêter sur leur utilisation. Cela se répercute entre autres dans le niveau de détail du profil de la relation qui doit être dressé par le fiduciaire.

3. IDENTIFICATION DE LA PARTIE CONTRACTANTE

En tant que personne soumise à la SPG, le fiduciaire est dans l'obligation d'identifier ses partenaires contractants sur la base d'une pièce justificative lors de la conclusion d'une relation d'affaires (art. 5 SPG). La révision de la législation sur l'obligation de diligence a simplifié sous plusieurs aspects les exigences devant être satisfaites par le document d'identification lui-même, mais aussi les exigences relatives à la forme. L'aperçu ci-joint, qui présente la forme et le traitement des pièces justificatives relatives à l'identification de parties contractantes, a pour but d'illustrer la problématique de manière plus compréhensible. C'est pourquoi ces exigences ne seront traitées ici que dans les grandes lignes et sans trop de détail.

Est désormais considéré comme pièce justificative pour l'identification de la partie contractante – outre le passeport/la carte d'identité valable – une pièce de légitimation officielle valable munie d'une photographie. La suppression de l'obligation de certification des pièces justificatives dans certaines situations a une portée encore plus importante dans le cadre des relations d'affaires avec des Suisses ou avec des intermédiaires financiers domiciliés dans l'Union européenne.

Jusqu'à ce jour, la partie contractante qui souhaitait conclure une relation d'affaires par voie de correspondance devait soumettre les documents d'identification correspondants sous forme certifiée. Suite à la révision de la loi, certains groupes professionnels, en particulier les intermédiaires financiers étrangers qui, dans leur pays de domicile, sont assujettis à la directive 91/308/CEE dans la version de la directive 2001/97/CE ou d'une réglementation équivalente ainsi qu'à une surveillance raisonnable, ont la possibilité de délivrer, à la place de la certification jusqu'alors obligatoire, une attestation d'authenticité de la copie d'une pièce justificative (**attestation d'authenticité**) (art. 6 SPV).

Par l'attestation d'authenticité, la personne soumise à l'obligation de diligence atteste, par sa signature et la date, que la copie du document d'identification est conforme au document original qui lui a été présenté.

Les groupes professionnels susmentionnés incluent en particulier les

banques suisses ou les banques domiciliées dans l'Union européenne en tant que partie institutionnelle soumise à l'obligation de diligence, les avocats, fiduciaires, experts-comptables ou gestionnaires de fortune suisses ou pratiquant dans l'UE, dans la mesure où ils appartiennent à un organisme d'autorégulation (OAR). Dans le cas contraire, ou si la partie contractante ne devait pas être elle-même assujettie à l'obligation de diligence et appartenir à un OAR, des copies des documents originaux devront être effectuées par un notaire ou une autre instance publique habituellement chargée des certifications.

La définition (art. 1 SPV) de **personnes politiquement exposées** (PEP) a été reprise pratiquement littéralement par l'ordonnance suisse de la CFB sur le blanchiment d'argent. Contrairement à la réglementation suisse, aux termes de laquelle une PEP doit être attribuée explicitement à une catégorie à risques accrus, il existe au Liechtenstein uniquement l'obligation (art. 33 SPV) de soumettre la conclusion de relations d'affaires avec une PEP à la décision d'au moins un membre de la direction et de présenter de telles relations clients au moins une fois par an à un membre de la direction, qui décidera alors de la continuation du mandat.

Dans ce contexte, et pour ne pas prolonger inutilement le processus de conclusion de la relation, les intermédiaires financiers liechtensteinois sont reconnaissants d'être informés, préalablement à la conclusion d'une relation d'affaires, d'un éventuel statut de PEP d'une personne impliquée.

4. SURVEILLANCE DE RELATIONS D'AFFAIRES

Depuis 2001 – essentiellement pour répondre aux 40 recommandations révisées du GAFI –, les fiduciaires liechtensteinois sont tenus, par la loi, à garantir une surveillance adéquate, en matière de risques, de leurs relations d'affaires axées sur le long terme (principe «Know Your Customer») (art. 13 al. 1 SPG). Ils doivent pour ce faire, entre autres, dresser un **profil** de chaque relation, lequel doit être tenu à jour en tenant compte du risque de la relation respective (art. 14 SPG). Ainsi, les indications faites dans le profil de la relation servent de base à une surveillance efficace. Dans ce contexte, ils ont aussi l'obligation, outre celle d'actualiser les profils, de procéder à des éclaircissements relatifs à la situation ou à la transaction.

Devant cet arrière-plan, les fiduciaires doivent avoir connaissance, dans le moindre détail, de l'origine des valeurs patrimoniales, de l'activité professionnelle des ayants droit économiques et du fondateur effectif d'une société ainsi que de l'utilisation des biens afin de satisfaire, d'une part, aux dispositions relatives à l'obligation de diligence et, d'autre part, aux dispositions relatives à la responsabilité. Plus le profil de la relation est détaillé et actualisé, moins le fiduciaire liechtensteinois aura besoin de contacter la partie contractante pour prendre des renseignements ou demander des précisions sur les situations et transactions non conformes au profil. Dans ce contexte, le fiduciaire a bien entendu besoin des informations et documentations correspondantes de la partie contractante.

Toute relation d'affaires peut bien sûr, au fil du temps, subir des modifications qui pourront se révéler importantes dans le cadre de l'actualisation du profil et s'écarter du profil actuel. Le fiduciaire liechtensteinois est tenu, par la loi, d'effectuer au moins quelques éclaircissements simples dès qu'il a connaissance de situations ou de transactions qui diffèrent du profil ou répondent aux critères de risque déterminés par le fiduciaire. Des clarifications particulières (art. 15 SPG en rapport avec l'art. 22 SPV) devront être effectuées en cas de soupçons de blanchiment d'argent, d'infraction préalable au blanchiment d'argent, de criminalité organisée ou de financement d'actes de terrorisme.

L'apport de biens supplémentaires ou l'apparition de nouveaux besoins concernant l'utilisation des biens ne seront mentionnés qu'à titre d'exemple. Pour pouvoir différencier les transactions habituelles des transactions inhabituelles, il est indispensable de compléter le profil de la relation par les nouveautés et les modifications.

La vérification de la correspondance et des documents (p. ex. contrats) relatifs

aux affaires réalisées par la société, d'une part, et les relevés de comptes/dépôts des banques, d'autre part, constituent des instruments pour l'obligation de surveillance des relations d'affaires qui incombe au fiduciaire. Sans l'existence de ces justificatifs sur les opérations et les transactions, la surveillance d'une relation d'affaires est pratiquement impossible. L'obligation de documentation (art. 20 SPG) du fiduciaire, selon laquelle les documents et justificatifs relatifs aux transactions (relevés de comptes et de dépôts ainsi que relevés de la fortune) doivent être conservés pendant au moins 10 ans, ne sera mentionnée qu'à titre marginal. Le fait que la banque chargée de gérer le compte soit instruite, lors de l'ouverture d'un compte bancaire, de faire parvenir au fiduciaire un double des relevés bancaires, de sorte que l'intermédiaire financier liechtensteinois puisse accomplir son obligation légale en rapport avec la surveillance de la relation d'affaires, a fait ses preuves dans ce contexte. En donnant à la banque l'ordre de remettre les justificatifs directement à l'intermédiaire financier liechtensteinois, la partie contractante suisse, ou la personne ayant le pouvoir

de donner des instructions, n'a plus à s'acquitter de la tâche à copier périodiquement les justificatifs et à les envoyer au Liechtenstein. Cela devrait éviter, tout au moins en partie, différentes demandes de précisions sur les transactions auprès de la partie contractante, grâce à l'évidence de paiements, transferts de fortune en propre sense, etc.

Il reste enfin à mentionner, pour ce qui est d'éventuelles transactions d'ordres de paiement, que le fiduciaire doit être informé de l'utilisation des biens afin de pouvoir remplir ses obligations de surveillance et de clarification conformément à la loi. C'est pourquoi il est indispensable que le motif d'une opération relative à la fortune lui soit communiqué (si possible directement sur l'ordre de paiement ou dans une lettre d'accompagnement) **et** soit également documenté (p. ex. par remise de copies du contrat, attestations de succession ou d'autres documents qui permettent la plausibilisation d'une transaction ou d'une situation).

¹⁾ Loi du 26 novembre 2004 sur les obligations de diligence en matière d'opérations financières (LGBl. n° 5/2005)

²⁾ Ordonnance du 11 janvier 2005 à la loi sur l'obligation de diligence (LGBl. n° 6/2005)

³⁾ entre autres : directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4.12.2001 sur la modification de la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (2e directive de l'UE sur le blanchiment d'argent), les 40 recommandations révisées et les 8 recommandations spéciales du GAFI (groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux), etc.

⁴⁾ Code pénal § 278b (association terroriste), § 278c (actes terroristes) et § 278d (financement du terrorisme)

EN POINT DE MIRE: LA FONDATION D'UTILITÉ PUBLIQUE AU LIECHTENSTEIN

Au niveau national comme international, l'engagement social se manifeste, tant côté public que côté privé, sous de nombreuses formes. A une époque caractérisée par la pénurie des finances publiques, les institutions non gouvernementales qui accomplissent des tâches d'intérêt public dans le domaine social, éducatif, culturel, de la recherche ou de la santé, revêtent une importance croissante. L'article ci-dessous a pour ambition de présenter succinctement une telle institution, la fondation d'utilité publique au Liechtenstein.

Une fondation d'utilité publique peut être constituée par une personne individuelle (personne physique), en particulier aussi par disposition testamentaire (testament), ou par une personne associative (personne morale). Le nom de la fondation peut en principe être choisi librement. Des désignations nationales et internationales de pays ou de localités ne sont pas autorisées dans le nom de la fondation. La désignation choisie doit comprendre le mot «fondation» en toutes lettres. Le fonds de la fondation doit être apporté en francs suisses (CHF), en euros (€) ou en dollars américains (USD), ou encore en nature et doit s'élever à au moins CHF 30'000, € 30'000 ou USD 30'000. Après sa constitution, d'autres valeurs patrimoniales peuvent être attribuées à la fondation par le fondateur ou aussi par des tiers.

L'inscription au registre public est une condition constitutive pour la fondation d'utilité publique.

Seule une fondation dont les bénéficiaires sont ou peuvent être désignés obtient le droit de personnalité sans inscription au registre public (ladite fondation déposée ; cf. art. 557 PGR).

Les fondations sont en principe soumises à la surveillance du gouvernement, à l'exception des fondations ecclésiastiques, les pures fondations de famille ou les fondations de famille mixtes, ou encore les fondations dont les bénéficiaires sont ou peuvent être désignés (cf. art. 564 al. 1 PGR). La surveillance du gouvernement est exercée par le département de la justice. Les fondations d'utilité publique dont les bénéficiaires sont ou peuvent être désignés peuvent toutefois se soumettre volontairement à la surveillance du gouvernement.

Les fondations (enregistrées ou déposées) sont grevées d'impôts suivants sur le capital de la fondation (capital plus réserves): 0,1 %, mais au moins CHF 1'000.00 par an pour un capital de la fondation allant jusqu'à 2 millions, 0,075 % pour un capital de la fondation allant jusqu'à 10 millions et 0,05 % pour un capital supérieur.

Les fondations d'utilité publique peuvent demander l'exonération d'impôt auprès de l'administration liechtensteinoise des contributions. Conformément à l'art. 32 al. 1 let. e de la loi fiscale (SteG), cette autorité a la compétence requise pour réduire ou supprimer entièrement l'obligation fiscale pour les institutions privées, exclusivement

d'utilité publique. L'exonération d'impôt est octroyée lorsque les conditions formelles et matérielles suivantes sont remplies (voir à ce sujet la note d'information de l'administration liechtensteinoise des contributions d'avril 2000 concernant les conditions relatives à l'exonération d'impôt des institutions d'utilité publique, en particulier des fondations):

- Demande écrite d'exonération d'impôt à l'administration liechtensteinoise des contributions. Les statuts, les éventuels avenants aux statuts et les règlements doivent être joints à la demande d'exonération d'impôt.
- Inscription de la fondation au registre public.
- Poursuite exclusive de buts d'utilité publique pendant toute la durée de l'exonération d'impôt.
- Le but d'utilité publique doit être de nature non économique, c'est-à-dire qu'il ne doit pas viser à la réalisation d'un bénéfice. La fondation peut néanmoins exercer une activité commerciale si cela sert à l'accomplissement de son but non commercial, p. ex. mettre en place et exploiter un service de soins ou un centre d'accueil pour enfants.
- Irrévocabilité du but d'utilité publique. Toute modification du but doit être communiquée à l'administration liechtensteinoise des contributions en y joignant l'extrait du registre.

- Sont reconnues d'utilité publique les activités qui répondent à une mission dans le domaine social (p. ex. assistance des pauvres et des malades) ou religieux (communautés religieuses généralement reconnues) ou servent à la promotion de la science, de l'art ou de l'enseignement. Le but indiqué dans les statuts doit être précisé de manière à pouvoir être contrôlé par l'administration liechtensteinoise des contributions. La désignation dans les statuts d'un but vaguement défini comme étant «d'utilité publique» n'est pas suffisante.
 - Il doit être stipulé dans les statuts que des distributions ne peuvent être faites qu'aux institutions et projets d'utilité publique et selon la manière déterminée dans le but.
 - La fondation est tenue d'exercer ses activités conformément au but. La pure gestion de fortune ou une activité de gestion de fortune assortie de faibles distributions à des institutions ou projets d'utilité publique ne seront pas reconnues par l'administration liechtensteinoise des contributions comme étant d'utilité publique et ne pourront donc pas être acceptées comme motif d'exonération d'impôt ou mèneront à une révocation de l'exonération d'impôt accordée.
 - Pour le cas de la dissolution de la fondation, il doit être défini dans les statuts que la fortune restante sera utilisée exclusivement pour les activités d'utilité publique définies dans le but. Il doit aussi être exclu statutairement que cette fortune ne puisse retourner à des personnes qui ont fait des dons à la fondation (p. ex. le fondateur).
 - La fondation est dans l'obligation d'établir un bilan. Elle doit donc présenter chaque année des comptes annuels établis selon les principes commerciaux, lesquels informeront sur l'état de la fortune ainsi que sur les recettes et les dépenses. Les dons à la fondation ainsi que les distributions réalisées doivent également être présentés avec indication des bénéficiaires.
- Les fondations d'utilité publique soumises à la surveillance du gouvernement doivent remplir les conditions suivantes:
- Les statuts, les avenants aux statuts, les règlements ainsi que leurs éventuelles modifications doivent être présentés pour approbation au département de la justice.
 - Le département de la justice doit en outre être informé de l'octroi des

fonds de la fondation dans les six mois suivant la clôture de l'exercice avec présentation des comptes annuels et du rapport de l'organe de révision.

L'exonération d'impôt a toujours lieu avec la réserve d'une révocation pour le cas où l'utilisation des ressources ne correspondrait pas au but d'utilité publique ou que la fondation exercerait une activité de gestion de fortune sans distributions significatives à des institutions ou projets d'utilité publique. En cas de révocation, l'impôt sera dû avec effet rétroactif pour toute la période pour laquelle il n'est pas possible d'apporter la preuve d'une activité d'utilité publique.

Les auteurs des articles, Dr Beat Graf (expériences réalisées avec la législation révisée sur l'obligation de diligence), et lic. iur. Oliver Schmidt (en point de mire : la fondation d'utilité publique au Liechtenstein), se tiennent à votre entière disposition, au sein de Allgemeines Treuunternehmen, pour tout renseignement complémentaire.

Allgemeines Treuunternehmen

Aeulestrasse 5	Téléphone	+(423) 237 34 34
C. P. Box 83	Fax	+(423) 237 34 60
FL-9490 Vaduz	E-Mail	info@atu.li
Principauté de Liechtenstein	Internet	www.atu.li

Cette publication paraît également en allemand, en anglais et en italien.

Le bulletin ATU est une publication sporadique de Allgemeines Treuunternehmen, Vaduz. Son contenu a uniquement un but informatif et ne remplace pas le conseil juridique.