



NEWSLETTER – 11 juin 2018

La modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Avant-projet)

I. Introduction

En 2016, le Groupe d'action financière (GAFI) a évalué pour la quatrième fois la situation de la Suisse. Dans son rapport d'évaluation mutuelle, il a reconnu la bonne qualité d'ensemble du dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, mais a relevé aussi certains points faibles et émis des recommandations à cet égard. Le Département fédéral des finances (DFF) a analysé les recommandations faites à la Suisse par le GAFI dans le cadre du Groupe interdépartemental de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (GCBF). Sur cette base, le Conseil fédéral a chargé le DFF de préparer un projet de loi destiné à la consultation. En parallèle, la publication des *Panama Papers* en avril 2016 a également été un déclencheur pour la mise en place de mesures renforçant la législation en vigueur dans ce domaine. Le 1^{er} juin 2018, le Conseil fédéral a alors ouvert la consultation concernant la modification de la loi sur

le blanchiment d'argent (LBA¹). Cet avant-projet propose principalement les mesures suivantes² :

II. Adoption d'obligations de diligence relatives à certaines prestations en lien avec des sociétés et des trusts

Selon la législation actuelle, « *les prestations de services en lien avec la création, la gestion et l'administration de sociétés et de trusts sont soumises à la législation sur le blanchiment d'argent et surveillées lorsque des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers sont acceptées ou gardées en dépôt ou si une aide est fournie pour les placer ou les transférer*³ » (art. 2 al. 3 LBA). « *Est également soumise à cette législation l'exercice d'une activité d'organe d'une société de domicile (art. 6 al. 1 let. d de l'ordonnance du 11 novembre 2015 sur le blanchiment d'argent (OBA⁴))*⁵.

Cela signifie que, jusqu'à présent, les prestations de sociétés et de trusts qui ne généraient pas de flux financiers n'étaient pas soumises à la LBA. Selon le Conseil fédéral, les expériences récentes et les

¹ RS 955.0.

² Modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme - Rapport explicatif sur le projet soumis à consultation du 1^{er} juin 2018 (ci-après : Rapport explicatif) et communiqué de presse du Conseil fédéral du 1^{er} juin 2018

(<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqes.msg-id-70973.html>).

³ Rapport explicatif, ch. 1.2.1.2, p. 8.

⁴ RS 955.01.

⁵ Rapport explicatif, ch. 1.2.1.2, p. 8.

évolutions internationales démontrent la nécessité de soumettre également ces activités à la LBA. C'est pourquoi le présent avant-projet propose « d'appliquer des obligations de diligence prescrites par la LBA à certaines prestations spécifiques ainsi qu'à la fonction d'actionnaire agissant pour le compte d'une autre personne »⁶. Ces changements ont poussé le Conseil fédéral à créer une nouvelle catégorie d'acteurs du marché, les « conseillers », qui seront également soumis à la LBA aux côtés des intermédiaires financiers et des négociants.

Dans ce contexte, le Conseil fédéral a choisi d'appliquer les nouvelles dispositions en fonction des types de prestations fournies. Il fonde son approche sur les risques. Il ressort du rapport explicatif que les sociétés opérationnelles suisses ne représentent qu'un risque mineur et sont, par conséquent, exclues du champ d'application de l'avant-projet. En revanche, les sociétés ayant leur siège à l'étranger, les sociétés non opérationnelles, dites « de domicile », et les trusts sont considérées comme présentant fondamentalement un risque plus élevé et doivent alors être soumis à la LBA.

De plus, le champ d'application s'étendra non seulement « aux activités effectives de création, de gestion et d'administration de sociétés et de trusts, mais également à l'organisation des apports en lien avec ces activités. Il couvrira en outre l'achat et la vente de sociétés ainsi que la mise à disposition d'une adresse ou de locaux destinés à servir de siège en Suisse à une société ou à un trust »⁷.

S'agissant des obligations des conseillers, l'avant-projet propose d'appliquer les mêmes obligations de diligence incombant actuellement aux négociants, qui incluent les obligations de vérifier l'identité du cocontractant, d'identifier l'ayant droit économique, d'établir et de conserver des documents ainsi que de clarifier l'arrière-plan et le but de la prestation à fournir.

Par ailleurs, le Conseil fédéral propose qu'en cas de soupçon de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, le conseiller aura une obligation de refuser ou de rompre la relation d'affaires en lieu et place d'une obligation de communiquer imposée uniquement aux intermédiaires financiers (art. 10b AP-LBA). Il est dès lors intéressant de noter qu'en cas d'acceptation du projet, il existera une dichotomie entre les obligations du conseiller et les obligations de l'intermédiaire financier. Cette distinction risque de créer une incertitude juridique, notamment lorsque le conseiller exerce également comme intermédiaire financier.

L'avant-projet prévoit en outre l'inscription d'une nouvelle norme punissant la violation de cette obligation par les conseillers. En effet, étant donné

que l'art. 9 LBA n'est pas applicable aux « conseillers », ils ne pourront pas être punis sur la base de l'art. 37 LBA.

III. Abaissement du seuil pour le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses

Conformément à la réglementation en vigueur, les négociants, définis à l'art. 2 al. 1 let. b LBA, qui agissent à titre professionnel, sont soumis à des obligations de diligence mentionnées dans la LBA dès lors qu'un paiement en espèces dépasse le seuil de CHF 100'000.- et qu'il n'est pas effectué par le biais d'un intermédiaire financier. Cette réglementation est déplorée par le GAFI dans son évaluation mutuelle.

Pour faire suite aux critiques émises par le GAFI, le Conseil fédéral propose que les négociants en métaux précieux et en pierres précieuses soient tenus de respecter les obligations de diligence dès le moment où ils effectuent des paiements en espèce atteignant ou dépassant le seuil de CHF 15'000.-. Cet abaissement du seuil est proposé à l'art. 8 LBA, dans son nouvel al. 4 bis, let. a et b.

Afin de ne pas créer de contrainte trop lourde et préjudiciable au commerce des produits contenant des métaux précieux et des pierres précieuses destinés à être vendus à des clients finaux, l'avant-projet propose de restreindre les définitions des métaux précieux et des pierres précieuses. Dès lors, les métaux précieux sont à définir comme l'or, l'argent, le platine et le palladium sous la forme de produits semi-ouvrés, de matières pour la fonte et de produits pour la fonte. Quant aux pierres précieuses, elles sont à définir comme les rubis, les saphirs, les émeraudes et les diamants non enfilés, non montés et non sertis. Cela étant, « les bijoux, les statuettes et autres produits similaires destinés à être vendus à des clients finaux seront exclus du champ d'application des nouvelles dispositions »⁸.

Les négociants en métaux précieux visés à l'art. 2 al. 3 let. c LBA, qui font le commerce de métaux précieux bancaires pour leur propre compte ou pour le compte de tiers, ne sont pas concernés par cette mesure, dès lors qu'ils exercent une activité d'intermédiaire financier. Donc, pour cette catégorie de négociants, le seuil est maintenu à CHF 100'000.-.

IV. Vérification des informations concernant l'ayant droit économique

Selon le droit en vigueur, l'art. 4 LBA prescrit que l'intermédiaire financier doit identifier l'ayant droit économique avec la diligence requise par les circonstances. Celui qui ne respecte pas cette obligation est puni selon l'art. 305^{ter} al. 1 CP, qui réprime celui qui aura omis de vérifier l'identité de

⁶ Rapport explicatif, ch. 1.2.1.2, p. 8.

⁷ Rapport explicatif, ch. 1.2.1.2.1, p. 9.

⁸ Rapport explicatif, ch. 1.2.2.2, p. 14.

l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances.

Dans sa Recommandation 10 let. b, le GAFI exige « *d'identifier le bénéficiaire effectif et de prendre des mesures raisonnables pour vérifier son identité, de sorte que l'institution financière ait l'assurance de savoir qui est le bénéficiaire effectif. Ses dispositions d'exécution précisent en outre que la vérification doit se fonder sur des informations ou des données pertinentes provenant de sources fiables* »⁹.

Le rapport d'évaluation mutuelle du GAFI reconnaît que les intermédiaires financiers suisses mettent effectivement en œuvre des mesures pour s'assurer de la plausibilité des informations concernant l'ayant droit économique. Toutefois, il critique l'absence d'une base légale explicite prescrivant de procéder systématiquement à une vérification matérielle des informations reçues. Le Conseil fédéral propose dès lors une modification de l'art. 4 LBA, de manière à ce que l'obligation de vérifier les informations concernant l'ayant droit économique y soit expressément inscrite.

V. Actualisation des données des clients

Conformément à l'art. 5 LBA actuellement en vigueur, les intermédiaires financiers ont l'obligation de renouveler certaines données récoltées dans le cadre des obligations de diligence. Toutefois, cette obligation ne s'applique que dans l'hypothèse où des doutes surviennent quant à l'identité du cocontractant ou de l'ayant droit économique, et ne vise que la vérification de leur identité.

Dans ce contexte, le Conseil fédéral propose d'introduire dans la LBA une obligation de « *vérifier périodiquement que les documents nécessaires obtenus dans le cadre des obligations de diligence sont encore actuels et, le cas échéant, de les mettre à jour* »¹⁰. Il s'agirait d'une actualisation du profil client dans son ensemble.

Il convient encore de préciser que le principe de la vérification périodique et de l'éventuelle actualisation des données relatives aux clients découle déjà de la réglementation de lutte contre le blanchiment d'argent selon la classification des risques de la relation d'affaires, en particulier dans les relations d'affaires à risque accru tel que les personnes politiquement exposées (art. 19 al. 1 OBA-FINMA). Dès lors, l'avant-projet propose d'introduire une obligation générale et explicite dans un nouvel alinéa 1bis de l'art. 7 LBA.

Ainsi, la vérification période des données clients s'étendrait à toutes les relations d'affaires indépendamment de la classification du risque. Aussi, la vérification ne serait pas subordonnée à la

survenance d'un doute quant à l'identité de l'ayant droit économique ou du cocontractant. L'obligation de vérification pourrait impliquer de revoir l'objet et le but de la relation d'affaires, dans la mesure où ces informations sont déterminantes pour la classification ou la surveillance de celle-ci¹¹.

VI. Adaptation du système de communication au MROS

Le système suisse actuel de communication des soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme comporte, d'une part, une obligation de communiquer, contenue à l'art. 9 LBA, et, d'autre part, un droit de communiquer, contenu à l'art. 305^{ter} al. 2 CP.

Le Tribunal fédéral a établi, dans une jurisprudence récente, qu'un soupçon est considéré comme fondé au sens de l'article 9 LBA si des indices suspects ne peuvent être dissipés après avoir procédé aux clarifications particulières prévues à l'art. 6 al. 2 LBA¹². En outre, en l'absence de clarification, un simple doute peut également déclencher l'obligation de communiquer visée à l'art. 9 LBA¹³. Au surplus, les conséquences des art. 9 LBA et 305^{ter} al. 2 CP sont identiques, dès lors qu'ils ne sont pas assortis du blocage automatique des fonds.

Dans ces conditions, le Conseil fédéral considère que l'art. 305^{ter} al. 2 CP n'est plus applicable selon la législation en vigueur, si l'on considère que le droit de communiquer tombe déjà en grande partie sous l'obligation de communiquer. Le Conseil fédéral met également en lumière l'incertitude juridique que subissent les intermédiaires financiers en raison de la coexistence d'un droit et d'une obligation de communiquer.

Par conséquent, afin de clarifier le cadre législatif, l'avant-projet propose la suppression de l'art. 305^{ter} al. 2 CP, ainsi que la suppression du délai de 20 jours pour les analyses des communications de soupçons.

Il sied de relever que, malgré l'abolition de l'art. 305^{ter} al. 2 CP, l'art. 9 LBA ne sera pas modifié dans le sens d'une adaptation de la notion de « soupçons fondés ». En effet, le Conseil fédéral considère que le fait de remplacer l'expression « *présume sur la base de soupçons fondés* » par « *soupçonne ou a des motifs raisonnables de soupçonner* » pourrait créer une insécurité juridique. Il estime en outre qu'en procédant à cette modification, « *la nouvelle formulation aurait pu laisser entendre, à tort, qu'il n'est plus nécessaire d'effectuer des clarifications* ».

⁹ Rapport explicatif, ch. 1.2.3.1, p. 14.

¹⁰ Rapport explicatif, ch. 1.2.4.2, p. 16.

¹¹ Ibidem.

¹² ATF 1B_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4.9.

¹³ Arrêt 4A_313/2008 consid. 4.2.2.4 ; SYLVAIN MATTHEY, La communication de soupçons au MROS : du droit à l'obligation, in SZW/RSDA 2/2018, p. 129.

particulières avant de faire une communication de soupçons »¹⁴.

La proposition de supprimer l'art. 305^{ter} al. 2 CP tout en maintenant la notion de « soupçons fondés » de l'art. 9 LBA peut toutefois créer une incohérence qui risque de faire couler beaucoup d'encre en raison notamment du décalage entre le texte légal et la jurisprudence du Tribunal fédéral.

S'agissant de l'abolition du délai de 20 jours pour l'analyse des communications de soupçons par le MROS, le Conseil fédéral l'explique du fait qu'avec la suppression de l'art. 305^{ter} al. 2 CP, même les simples soupçons devront être communiqués au MROS sur la base de l'art. 9 LBA. Dès lors, un délai de 20 jours pour l'analyse des communications ne serait pas suffisant pour le MROS, si l'on tient compte de la nécessité de requérir, dans certains cas, des informations complémentaires et, partant, du temps indispensable à l'analyse de ces dernières.

Selon le Conseil fédéral, cette solution permettra au MROS d'avoir une marge de manœuvre nécessaire pour « *prioriser et traiter plus rapidement les communications de soupçons graves, tandis que les communications de moindre gravité auront un délai de traitement plus long* »¹⁵.

Il ne faudrait toutefois pas que le MROS diffère l'analyse des communications de moindre gravité de manière trop prolongée, au risque de créer des incertitudes pour les intermédiaires financiers qui doivent, de leur côté, continuer de gérer la relation d'affaires.

VII. Amélioration de la transparence des associations présentant un risque accru en matière de financement du terrorisme

Depuis plusieurs années, les personnes morales sont souvent utilisées à des fins de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Diverses études suisses et étrangères sont arrivées à la conclusion que les personnes morales impliquées dans la collecte et la distribution de fonds à des fins caritatives, religieuses, culturelles, éducatives, sociales ou confraternelles, appelées aussi Organismes à but non lucratif (OBNL), représentent un risque particulier en matière de financement du terrorisme. En Suisse, les OBNL sont principalement constituées en associations ou fondations. Ces dernières ne sont toutefois pas visées par les modifications du présent avant-projet, qui ne vise que les associations.

Selon la réglementation suisse en vigueur, la majorité des associations n'a pas l'obligation de s'inscrire au registre du commerce (art. 957 al. 2 ch. 2 du code des obligations (CO)¹⁶). Cela étant, ces associations n'ont pas non plus l'obligation de tenir

une comptabilité et de présenter des comptes. De plus, elles ne sont soumises à aucune forme de surveillance administrative, ni au devoir d'identification de leurs ayants droit économiques. Elles n'ont pas l'obligation de tenir une liste de membres, ni d'être représentées par une personne domiciliée en Suisse.

L'avant-projet du Conseil fédéral ne vise que les associations qui sont exposées à un risque accru d'abus, à savoir celles qui, à titre principal, sont impliquées dans des activités de collecte ou de distribution de fonds à des fins caritatives à l'étranger. Ces associations seraient alors soumises aux obligations de transparence similaires à celles qui existent pour les autres personnes morales.

Dès lors, le Conseil fédéral propose les mesures suivantes :

- Inscription obligatoire au registre du commerce : cette inscription doit permettre de favoriser la prévention, la détection et la répression des abus. Elle permettrait de recenser, sur l'ensemble du territoire suisse, les associations considérées comme à risque accru, et d'avoir accès aux informations sur leurs représentants, leur domicile et leur but social¹⁷.
- Obligation de tenir une liste de membres : Les associations concernées auront également l'obligation de « *tenir une liste de leurs membres, avec indication du nom et de l'adresse, de manière à ce qu'il soit possible d'y accéder en tout temps en Suisse, et de conserver les pièces justificatives de l'inscription pendant au moins dix ans après la radiation du membre concerné de la liste* »¹⁸.
- Obligation d'avoir un représentant en Suisse : cette dernière mesure permettrait de garantir aux autorités qu'en cas d'ouverture d'une procédure contre l'association, une personne physique pourrait être entendue et fournir les renseignements utiles, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir aux mécanismes d'entraide internationale. De plus, la récolte d'informations concernant les membres serait plus rapide.

Il sied toutefois de relever que l'avant-projet renonce à introduire dans la loi des critères plus précis pour délimiter les associations à risque. Il n'envisage également pas de lister les activités ou les pays qui permettraient une exemption. De ce fait, une imprécision juridique subsiste quant au champ d'application de cette modification.

VIII. Adoption d'un régime d'autorisation pour l'achat de métaux précieux usagés

L'avant-projet vise à soumettre l'achat de métaux précieux usagés à titre professionnel à un régime d'autorisation. Font partie des métaux précieux

¹⁴ Rapport explicatif, ch. 1.2.5.3, p. 20.

¹⁵ Rapport explicatif, ch. 1.2.5.2, p. 20.

¹⁶ RS 220.

¹⁷ Rapport explicatif, ch. 1.2.7.2, p. 27.

¹⁸ Rapport explicatif, ch. 1.2.7.2, p. 28.

usagés notamment les bijoux anciens, ainsi que les déchets de fabrication destinés à être éliminés, mais contenant des métaux précieux susceptibles d'être récupérés¹⁹.

Le régime d'autorisation proposé consiste à garantir que les acheteurs opérant en Suisse respectent des obligations de diligence et de documentation, et qu'ils sont inscrits dans un registre public. Les obligations de diligence incluent notamment la vérification de l'identité du vendeur, la clarification de l'origine légale de la marchandise, ainsi que la dénonciation des opérations suspectes.

L'avant-projet propose que tous les acheteurs de métaux précieux usagés à titre professionnel soient soumis au régime d'autorisation. En revanche, du fait qu'ils sont déjà soumis à des obligations de diligence découlant de la loi sur le contrôle des métaux précieux (LCMP²⁰) et de la LBA, les acheteurs titulaires d'une patente de fondeur ne seraient pas concernés par les nouvelles dispositions.

IX. Conclusion

Le présent avant-projet du Conseil fédéral représente une modification conséquente de la loi

fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Certains changements amènent toutefois de nouvelles incertitudes. Nous retiendrons notamment la différence de traitement entre les « conseillers » et les intermédiaires financiers qui pourrait s'avérer problématique. Nous soulèverons également un flou sur l'articulation entre la suppression de l'art. 305^{ter} al. 2 CP, le maintien de la notion de « soupçons fondés » contenue à l'art. 9 LBA, et la jurisprudence du Tribunal fédéral considérant qu'un simple doute suffit pour déclencher une obligation de communiquer. En outre, la suppression du délai de 20 jours pour l'analyse des communications par le MROS risquerait de créer des incertitudes pour l'intermédiaire financier dans le cas où le délai d'analyse est prolongé de manière excessive. Finalement, un flou juridique subsisterait quant à la liste des associations exposées à un risque accru d'abus visées par les nouvelles dispositions.

Le projet est soumis à consultation jusqu'au 21 septembre 2018. Il est dès lors probable que celle-ci génèrera une évolution dudit projet.

Pascal de Preux
Avocat associé
depreux@resolution-lp.ch

Marc-Henri Fragnière
Avocat associé
fragniere@resolution-lp.ch

Julien Gafner
Avocat associé
gafner@resolution-lp.ch

Resolution Legal Partners
Av. de l'Avant-Poste 4
CP 5747
1002 Lausanne

T. +41 21 312 59 40
F. +41 21 312 59 41

¹⁹ Rapport explicatif, ch. 1.2.8.1, p. 31.

²⁰ RS 941.31