

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES  
Bundesgasse 3  
CH-3003 Berne

À l'attention du  
SECÉTARIAT D'ÉTAT AUX QUESTIONS  
FINANCIÈRES INTERNATIONALES

Par courrier et par courriel

Genève, le 21 septembre 2018

Concerne : projet de modifications de la LBA et de dispositions d'autres lois

Mesdames et Messieurs,

Dans le délai imparti, nous vous adressons la détermination et les remarques de notre association, qui est un Organisme d'autorégulation agréé pour la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, au sens de l'article 24 LBA.

Les remarques ci-après ont trait aussi bien au fond qu'à la forme et nous les exprimons par commodité dans l'ordre des articles du projet de modifications.

**Ad Article 2, al. 1c LBA:**

Cette modification est l'une des principales du projet.

Si l'on comprend qu'elle cherche à réaliser les recommandations 22 et 23 du GAFI, il est cependant à regretter que le texte proposé soit rédigé de façon imprécise, et ouvre la porte à des interprétations allant au-delà de ce que demande le GAFI.

Pour s'en rendre compte, il faut garder à l'esprit et sous les yeux le texte même des recommandations 22 et 23 du GAFI, que nous reproduisons ci-après pour la commodité, en soulignant certains passages:

**ENTREPRISES ET PROFESSIONS NON FINANCIÈRES**

*22. Entreprises et professions non financières désignées – Devoir de vigilance relatif à la clientèle*

*Les obligations de vigilance relatives à la clientèle et de conservation des documents prévues par les recommandations 10, 11, 12, 15 et 17 s'appliquent aux entreprises et professions non financières désignées dans les situations suivantes :*

*[...]*

*(d) Avocats, notaires, autres professions juridiques indépendantes et comptables **lorsqu'ils préparent ou effectuent des transactions** pour leurs clients concernant les activités suivantes :*

- achat et vente de biens immobiliers ;*
- gestion de capitaux, de titres ou autres actifs du client ;*
- gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ;*
- organisation des apports pour la création, l'exploitation ou la gestion de sociétés ;*
- création, exploitation ou administration de personnes morales ou de constructions juridiques, et achat et vente d'entités commerciales.*

*(e) Prestataires de services aux trusts et aux sociétés – lorsqu'ils **préparent ou effectuent des opérations** pour un client en lien avec les activités suivantes :*

- ils agissent en qualité **d'agent pour la constitution** de personnes morales ;*

- ils **agissent (ou ils prennent des mesures afin qu'une autre personne agisse)** en qualité de dirigeant ou de secrétaire général (secretary) d'une société de capitaux, d'associé d'une société de personnes ou de titulaire d'une fonction similaire pour d'autres types de personnes morales ;
- ils fournissent un siège social, une adresse commerciale ou des locaux, une adresse administrative ou postale à une société de capitaux, une société de personnes ou toute autre personne morale ou construction juridique ;
- ils **agissent (ou ils prennent des mesures afin qu'une autre personne agisse)** en qualité de trustee d'un trust exprès ou exercent une fonction équivalente pour une autre forme de construction juridique ;
- ils **agissent (ou ils prennent des mesures afin qu'une autre personne agisse)** en qualité d'actionnaire agissant pour le compte d'une autre personne (nominee shareholder).

### 23. Entreprises et professions non financières désignées – Autres mesures

Les obligations des recommandations 18 à 21 s'appliquent à toutes les entreprises et professions non financières désignées, dans les circonstances suivantes :

- (a) Les avocats, les notaires, les autres professions juridiques indépendantes et les comptables devraient être obligés de déclarer les opérations suspectes lorsque, au nom ou pour le compte d'un client, ils **effectuent une opération financière** en lien avec les activités décrites au point (d) de la recommandation 22. Les pays sont vivement encouragés à étendre l'obligation de déclaration aux autres activités professionnelles exercées par les comptables, en particulier l'activité de vérification des comptes.
- (b) Les négociants en métaux précieux et les négociants en pierres précieuses devraient être obligés de déclarer les opérations suspectes lorsqu'ils effectuent avec un client des opérations en espèces égales ou supérieures au seuil désigné applicable.
- (c) Les prestataires de services aux trusts et aux sociétés devraient être obligés de déclarer les opérations suspectes lorsque, au nom ou pour le compte d'un client, ils **effectuent une opération** en lien avec les activités visées au point (e) de la recommandation 22.

### NOTE INTERPRÉTATIVE DE LA RECOMMANDATION 23 (ENTREPRISES ET PROFESSIONS NON FINANCIÈRES DÉSIGNÉES – AUTRES MESURES)

Les avocats, les notaires, les membres des autres professions juridiques indépendantes et les comptables agissant en qualité de professionnels juridiques indépendants **ne sont pas obligés de déclarer les opérations suspectes lorsque les informations concernées ont été obtenues dans des circonstances couvertes par le secret ou le privilège juridique professionnels**. Il appartient à chaque pays de déterminer quelles sont les matières qui relèvent du privilège juridique ou du secret professionnels. **Il s'agit normalement des informations que les avocats, les notaires ou les membres des professions juridiques indépendantes reçoivent ou obtiennent de leur client : (a) dans le cadre de l'évaluation de la situation juridique de celui-ci ; [...]**

On tire de ces recommandations, et de leur note interprétative rédigée par le GAFI lui-même, un certain nombre de points importants :

- a) Il n'est pas demandé aux États de renoncer au secret professionnel des professions qui en bénéficient, lorsqu'ils sont mandatés dans la phase de l'évaluation juridique de la situation du client, et qu'aucune mise en œuvre concrète (*agissement, opération*) de cette évaluation n'est encore effectuée ; les actes préparatoires visés par la recommandation 22 le sont expressément en relation des transactions liées à la création de sociétés.
- b) Contrairement à ce qu'indique le rapport explicatif du DFF sur le projet (pages 9 et 34), il n'y a donc pas lieu d'imposer des obligations de diligence en matière financière au stade de la simple conception intellectuelle.

Il serait de toute façon impossible d'identifier déjà à ce stade les ayant-droits économiques à venir d'une structure qui n'est pas encore créée, à laquelle aucun apport financier n'a encore été effectué, et dont le cercle des participants est encore susceptible d'évoluer

- c) On retire principalement des recommandations 22 et 23 du GAFI qu'elles tendent à imposer des obligations de diligence dès qu'une mise en œuvre et des actes préparatoires concrets sont accomplis par le prestataire de services. On se référera utilement à la notion d'actes préparatoires telle qu'elle est définie par l'article 260bis CP.

S'agissant des mandats en relations de projets d'entités ou de structures juridiques, il convient de fixer un *momentum* clair, qui ne peut se situer qu'au moment de leur création juridique, c'est-à-dire généralement au moment de l'enregistrement lorsque celui-ci est constitutif de la création.

Ce n'est qu'à ce moment que les obligations de diligence peuvent être accomplies avec un besoin et un degré de certitude raisonnable, en relation de préparatifs concrets (ordres aux fins de consigner le capital, signature des statuts, émission des titres, etc.).

- d) Il ressort également des recommandations que les activités visées par le GAFI sont exclusivement celles de professionnels agissant en tant que mandataires à la demande de tiers.

À ce titre, il convient d'exclure expressément dans le texte légal, pour éviter toute difficulté d'interprétation l'activité de celui qui accepte d'occuper la fonction d'organe d'une société opérationnelle à la demande de celle-ci, qu'elle soit suisse ou étrangère, puisqu'il agit alors, non en tant que vecteur de la volonté de tiers, mais comme l'expression même de la personne morale.

- e) Nous nous opposons également à l'application de la LBA aux personnes qui se contentent de mettre à disposition une adresse ou des locaux destinés à servir de siège à une société ou à un trust.

Cette activité, qui relève essentiellement du trafic postal, ne donne aucune visibilité à ceux qui l'exercent quant à l'activité réelle des sociétés domiciliées, et on ne voit pas comment ils pourraient connaître, et encore moins vérifier, les données relatives à l'ayant-droit économique ou aux valeurs patrimoniales impliquées, d'autant moins si l'entité n'a aucune activité opérationnelle dans ces locaux. À défaut, le simple fait d'être bailleur ou régisseur pourrait constituer une activité assujettie.

- f) Le texte du chiffre 5 est peu clair en ce qu'il vise les personnes qui « *aident une autre personne à exercer la fonction d'actionnaire* » ; il ne peut s'agir en pratique que des fondés de procuration générale et il convient alors de le dire avec exactitude, sauf à créer une incertitude quant à ce qu'il faut entendre par *aider à exercer*.

- g) Nous nous prononçons également contre l'utilisation du terme « conseiller » en relation de cet article 2, al. 1c, et des dispositions subséquentes qui reprennent ce terme, car il évoque une activité essentiellement intellectuelle, beaucoup plus large que celle, concrète, effectivement visée par la recommandation du GAFI, ce qui est de nature à créer une confusion.

De plus, le terme « conseiller » est déjà utilisé dans un autre sens par des lois ou projets de lois sur les services financiers, notamment sous le vocable « conseiller en investissement » dans le domaine de la gestion de fortune.

Le terme « agent fiduciaire » nous semble beaucoup plus approprié, étant précisé que l'activité des entreprises qualifiées traditionnellement de « fiduciaire » en Suisse, qui consiste notamment à gérer ou administrer des sociétés de domicile, tombe aussi sous le coup de la LBA.

Pour les raisons qui précèdent, nous proposons que l'article 2 al. 1c soit modifié comme suit

*Al 1 : la présente loi s'applique aux personnes ou morales qui, à titre professionnel, exercent une ou plusieurs des activités suivantes pour le compte de tiers (agents fiduciaires):*

*1) gèrent, ou administrent, ou organisent les apports ou prennent d'autres dispositions concrètes pour créer :*

*- des sociétés ayant leur siège à l'étranger ;*

*- des sociétés de domicile ayant leur siège en Suisse ou à l'étranger ;*

*- ou des trusts au sens de l'article 2 de la Convention du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.*

*2) achètent ou vendent des sociétés au sens du chiffre 1) pour compte de tiers.*

*3) exercent la fonction d'actionnaire pour le compte d'une autre personne ou détiennent une procuration générale pour exercer cette fonction auprès de sociétés ayant leur siège à l'étranger.*

#### **Ad article 4 al. 1 première phrase LBA:**

Cette modification est bienvenue et correspond déjà à une bonne pratique recommandée par l'ARIF à ses membres.

#### **Ad Article 7 al. 1bis LBA**

La vérification périodique du caractère à jour des documents requis aux fins d'identification du cocontractant et de l'ayant-droit économique et des détenteurs de contrôle fait déjà partie des règles d'une bonne pratique recommandée par l'ARIF à ses membres.

En lien l'exécution aux risques que représente le cocontractant nous semble par contre inadéquat : un document est à jour et en vigueur, ou il ne l'est pas, quel que soit le risque représenté par le cocontractant.

Introduire une latitude d'appréciation du risque dans l'accomplissement de cette formalité mécanique complique la tâche des personnes responsables de l'application de la LBA, et ne se justifie aucunement. Nous sommes donc d'avis de supprimer la deuxième phrase de cet alinéa.

#### **Ad Article 8a, alinéa 4bis et 5, deuxième phrase, LBA**

Comme nous l'avons déjà exprimé à plusieurs reprises, l'abaissement à CHF 15'000.- des obligations liées à des transactions commerciales en espèces nous semble inadéquat.

Il conviendrait en tous cas d'inscrire dans le texte légal, et non seulement dans l'OBA, que sont exclus du nouveau seuil la vente de bijoux en métaux précieux et de pierres précieuses montées (joaillerie), et qu'il ne s'agit que de la vente à des clients finaux, et non entre professionnels.

#### **Ad Articles 8b, 8c et 8d LBA et article 15 LBA**

Sous réserve de l'utilisation du mot « conseiller » qui nous semble peu heureuse, et devrait être remplacé par « agent fiduciaire », les articles n'appellent pas de commentaires quant à leur contenu.

Ils suscitent par contre la question de savoir s'il ne serait pas souhaitable que les personnes nouvellement assujetties à la loi le soient également à l'obligation d'être affiliées à un organisme d'autorégulation en matière de blanchiment, plutôt que soumis à une simple révision.

En tant que l'activité des « conseillers » ou « agents fiduciaires » serait assujettie à la LBA, dans une activité très proche de celle de l'intermédiation financière, l'application du système des OAR nous semble beaucoup plus adéquate que celle d'un réviseur externe. La situation n'est pas comparable avec celle des négociants, qui ne sont pas exposés à des cas complexes.

Dans le cadre de l'activité visée, si elle est assujettie, il nous semble nécessaire qu'une vérification soigneuse de l'organisation, de la garantie d'une gestion irréprochable, et de la mise en œuvre des obligations de diligence soient effectuées par une autorité, telle celle des OAR, rompue à cet exercice, et qui a elle-même pour tâche d'instruire et surveiller les réviseurs externes que l'OAR ou l'assujetti s'adjoignent.

#### **Ad Article 9a LBA**

Cette disposition pose à nouveau le problème du délai et de la durée de l'analyse effectuée par le Bureau de communication. Il conviendrait plus justement de faire référence à l'article 23 al. 5 qui établit le délai de 20 jours ouvrables pour le MROS.

Au demeurant, il nous semble peu adéquat d'ancrer dans la loi une licence complète pour l'intermédiaire financier d'exécuter les ordres de client pendant ce délai très long : si le client dénoncé a quelques soupçons à ce sujet, il ne manquera pas d'expédier ailleurs les valeurs patrimoniales concernées. Il conviendrait à tout le moins de préciser qu'il ne s'agit d'exécuter que les ordres n'affectant pas la substance des avoirs concernés.

#### **Ad Article 10a al. 6 LBA**

Il semble que les nouveaux « conseillers » assujettis aient été oubliés dans les personnes dispensées de l'interdiction d'informer. Cependant, cette exemption nous semble trop large et de nature à offrir la possibilité d'avertir le client dénoncé sous prétexte d'une procédure, par exemple par le dépôt d'une requête en conciliation ou de l'envoi d'un commandement de payer pour « *dommages et intérêts du fait d'actes de blanchiment* ».

#### **Ad article 29 al. 1bis LBA**

Nous ne dirons qu'un mot : **Enfin !**

#### **Ad Article 305ter al. 2 du Code pénal suisse**

En notre qualité d'Organisme d'autorégulation disposant d'une expérience de 20 ans dans la lutte contre le blanchiment, nous nous élevons fermement contre le projet de supprimer l'article 305ter al. 2 CP.

L'interprétation jurisprudentielle de la notion de soupçon fondé de l'article 9 LBA n'est, comme son qualificatif l'indique, que jurisprudentielle, c'est-à-dire avec une autorité relative aux cas traités, et non générale et ancrée dans le texte légal. Une autre interprétation pourra être donnée par le Tribunal fédéral, dans ses diverses compositions, à l'occasion d'autres cas qui lui seront soumis.

Hormis le cas de lacune manifeste du texte légal, qui n'existe pas en l'espèce, il n'incombe pas au pouvoir judiciaire de modifier le droit, particulièrement dans une matière à caractère pénal où le principe de légalité s'applique strictement.

Au demeurant, l'interprétation donnée dans son Rapport par le Département de certains arrêts du Tribunal fédéral est très douteuse, en ce que ce dernier n'a pas défini la limite inférieure de l'obligation de communiquer.

Les arrêts du TAF, autorité de recours inférieure, cités dans le Rapport, SK.2014.14 et SK.2017.74, ne contiennent que des *obiter dicta* en référence à une jurisprudence du TF plus ancienne, 4A\_313/2008, qui avait à examiner un cas civil, sous l'angle de la légitimité minimale pour dénoncer, et de la responsabilité civile en découlant, et non sous l'angle de l'obligation minimale de le faire, et de la responsabilité pénale en découlant, ce que le Tribunal fédéral n'a jamais fait à ce jour.

Le maintien de l'article 305ter al. 2 dans la législation nous semble extrêmement nécessaire pour résoudre les cas douteux ou les conflits de conscience auxquels l'intermédiaire financier peut se trouver confronté ; la notion de soupçon fondé reste très obscure pour les profanes qui ne sont pas juristes, mêmes s'ils sont intermédiaires financiers.

Le rapport est d'ailleurs contradictoire : d'un côté, il préconise d'étendre à n'importe quel soupçon ou situation douteuse l'obligation de communiquer, et dans le même temps il postule que la disparition de l'article 305ter al. 2 CP favorisera un plus grand nombre d'annonces pertinentes faites au MROS.

Or, il est notoire que celui-ci peine à traiter toutes les annonces qui lui sont faites, de sorte que leur délai de traitement est parfois supérieur à un an.

Il apparaît donc extrêmement nécessaire de maintenir deux régimes d'annonce, l'un consacré au soupçon fondé sur des éléments graves et vraisemblablement pertinents, et l'autre destiné aux simples cas de malaises, doutes non clarifiés, ou soupçons simples, sauf à engorger complètement le traitement par le MROS des cas qui lui sont soumis.

#### **Ad article 941a, al.3 CO**

Il convient de préciser quelles sont les « mesures nécessaires » que le juge peut prendre dans de tels cas, avec lesquels le Juge civil est peu coutumier.

\*\*\*\*\*

Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion de nous exprimer à propos de ces projets de lois et vous prions d'agréer, Mesdames et Messieurs, l'assurance de nos sentiments dévoués.

Pour le Comité de l'ARIF