

# LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT: LES EXIGENCES SUPPLÉMENTAIRES PRÉVUES SONT-ELLES VRAIMENT INDISPENSABLES?

**DIDIER DE MONTMOLLIN**

Avocat, Associé, DGE Avocats, Genève<sup>1</sup>

Mots-clés: blanchiment, LBA, intermédiaire financier, GAFI, transparence des personnes morales, action au porteur, personne politiquement exposée, infraction fiscale préalable, paiement en espèces, immobilier, communication de soupçons, ayant droit économique, secret professionnel, OAR, CDB

Le présent article a pour but de présenter les nouvelles exigences que représenterait pour l'intermédiaire financier l'adoption par le Parlement du projet de loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'Action Financière (GAFI) révisées en 2012 et faisant l'objet du message du Conseil fédéral du 13.12.2013. En outre, l'auteur exprime son opinion à propos des dispositions prévues.

## I. Introduction

A la mi-décembre 2013, le Conseil fédéral a adopté et transmis au Parlement le message «relatif à la Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'Action Financière (GAFI) révisées en 2012»<sup>2,3</sup>.

On se souviendra que deux consultations avaient été lancées fin février 2013. L'une au sujet d'un avant-projet «GAFI» – lequel préfigurait le projet qui vient d'être soumis au Parlement – et l'autre, au sujet d'un avant-projet relatif à l'extension des obligations de diligence visant à empêcher l'acceptation de valeurs patrimoniales non fiscalisées.

S'agissant de ce second avant-projet, fortement critiqué par les milieux intéressés, le Conseil fédéral a renoncé à émettre un message et un projet de loi. Il s'est en effet rangé à l'idée de ne pas unilatéralement alourdir la charge des intermédiaires financiers sur ce point, et d'attendre la définition au plan international d'une norme relative à l'échange automatique de renseignements. En revanche, le Conseil fédéral se réserve de revenir sur la question d'une extension des obligations de diligence en matière de valeurs patrimoniales non fiscalisées, qui serait applicable aux cas concernant des Etats avec lesquels aucun accord d'échange automatique de renseignements n'aurait été conclu<sup>4</sup>.

Ainsi, les exigences supplémentaires traitées dans la présente contribution ne concerneront que celles figurant dans le message du 13.12.2013<sup>5</sup>.

## II. Les principales modifications

Six sujets retiendront notre attention:

1. La «transparence» des personnes morales, notamment en cas d'actions au porteur
2. Les nouvelles règles relatives à l'identification des ayants droit économiques des personnes morales
3. Le cercle des personnes politiquement exposées («PPE»)
4. La création d'une infraction préalable pour des cas graves dans la fiscalité directe et l'élargissement de l'actuelle infraction de contrebande douanière dans la fiscalité indirecte
5. Le recours obligatoire à un intermédiaire financier pour les paiements en espèces lors de l'achat de biens mobiliers et immobiliers au-delà d'un certain seuil
6. La modification du processus à suivre en matière de communication de soupçons au Bureau de communication

<sup>1</sup> L'auteur est membre du Bureau de l'OAR FSA/FSN, membre du Comité du Forum OAR et chargé d'enquête de l'Association suisse des banquiers (Convention de diligence des banques). Il s'exprime ici à titre personnel.

<sup>2</sup> Cf. Communiqué du Conseil fédéral du 13.12.2013, <http://www.admin.ch/aktuel/00089/index.htm?lang=fr@msg-id=51377>.

<sup>3</sup> <http://www.fatf-gafi.org>.

<sup>4</sup> Cf. Communiqué du Conseil fédéral du 29.11.2013, <http://www.news.admin.ch/message/index.htm?lang=fr@msg-id=51189>.

<sup>5</sup> Cf. Communiqué du Conseil fédéral du 13.12.2013, <http://www.admin.ch/aktuel/00089/index.htm?lang=fr@msg-id=51377>.

### 1. La «transparence» des personnes morales, notamment en cas d'actions au porteur

Lors de l'évaluation de la Suisse par le GAFI en 2005, notre pays avait été noté comme étant «non conforme» en matière de transparence des personnes morales. Les actions au porteur étaient particulièrement visées. Depuis lors, le GAFI a précisé ses exigences. Il s'agit d'assurer la disponibilité d'informations relatives aux propriétaires et «bénéficiaires effectifs» de personnes morales. La définition de bénéficiaire effectif vise les personnes physiques qui exercent en dernier lieu un contrôle effectif sur une personne morale. La note interprétative du GAFI à ce propos prévoit, à titre d'exemple, une participation de contrôle égale ou supérieure à 25%. Le GAFI n'exige pas nécessairement la suppression des actions au porteur mais au moins leur immobilisation auprès d'un intermédiaire financier ou en imposant aux actionnaires détenant une participation de contrôle d'en informer la société, cette dernière devant alors enregistrer leur identité.

A l'appui de la volonté du Conseil fédéral de légiférer sur cette question de transparence, le message fait également état des pressions du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales<sup>6</sup> visant à ce que chaque propriétaire d'actions au porteur soit dûment identifié.

C'est ainsi que le projet introduit l'obligation pour tout acquéreur d'actions au porteur de sociétés non cotées en bourse d'annoncer cette acquisition et de décliner son identité. En outre, l'acquéreur doit annoncer l'identité de l'ayant droit économique dès que le seuil de participation de 25% est atteint ou dépassé. Il en va de même pour l'acquéreur d'actions nominatives. L'annonce peut être faite soit à la société elle-même, soit à un intermédiaire financier désigné à cet effet.

La violation des obligations précitées est susceptible d'entraîner des sanctions. Ainsi, tant que la conformité n'est pas rétablie, les droits sociaux et patrimoniaux sont suspendus. Enfin, le manquement à l'obligation d'annoncer ou la tenue incorrecte de la liste des détenteurs et ayants droit économiques pourra avoir des conséquences pénales, le projet prévoyant de nouvelles dispositions dans le code pénal à ce propos.

Le projet vise également le cas où les titres au porteur sont dématérialisés. Lorsque des actions au porteur sont émises sous forme de titres intermédiés, ces derniers doivent être confiés à un dépositaire au sens de la LTI<sup>7</sup> ou inscrits comme droits-valeurs au registre principal et crédités sur un compte de titres. Lorsque le compte de titres personnel de l'actionnaire est tenu par la banque de ce dernier, l'obligation de l'actionnaire de divulguer son identité à sa banque se confond avec celles découlant de la LBA<sup>8</sup> (obligation de vérifier l'identité du cocontractant et d'identifier l'ayant droit économique).

Les obligations précitées valent *mutatis mutandis* également pour les parts dans une société à responsabilité limitée et pour les associés d'une société coopérative.

Enfin, toutes les fondations seraient désormais tenues de s'inscrire au registre du commerce.

Il est regrettable que la Suisse, sous la pression internationale, aille jusqu'à modifier hâtivement le code des obligations et le code pénal sur ces questions, alors que, concrètement, il n'y a aucun signe d'une utilisation abusive à grande échelle des actions au porteur. Le risque d'abus est notamment fortement limité par le fait que selon la pratique actuelle, la détention d'actions au porteur ou d'actions nominatives endossées en blanc pour le compte d'un tiers entraîne l'obligation pour l'intermédiaire financier dépositaire de procéder à la vérification de l'identité de ce tiers, ainsi qu'à l'identification de l'ayant droit économique, conformément à la LBA.

Enfin, généraliser de telles obligations signifierait que des milliers de petites et moyennes entreprises industrielles ou commerciales suisses devraient faire face à un travail administratif supplémentaire sans proportion avec le risque effectif de blanchiment d'argent. Une valeur seuil devrait au moins être définie, en deçà de laquelle les obligations précitées ne s'appliqueraient pas.

### 2. Les nouvelles règles relatives à l'identification de l'ayant droit économique

Basée sur la longue expérience développée dans la convention de diligence des banques (CDB)<sup>9</sup>, la LBA, dans sa version actuelle, considère que le cocontractant – personne physique ou personne morale exerçant une activité de commerce ou de fabrication ou une autre activité exploitée en la forme commerciale – est présumé être également l'ayant droit économique sauf:

- s'il apparaît d'emblée que le cocontractant n'est pas l'ayant droit économique;
- s'il y a un doute que le cocontractant soit également l'ayant droit économique;
- si le cocontractant est une société de domicile au sens de l'art. 4 CDB;
- si une opération de caisse supérieure à CHF 25 000.– est effectuée<sup>10</sup>.

Lorsque la présomption est ainsi renversée, le cocontractant doit indiquer par écrit qui est l'ayant droit économique. Il s'agit d'un système relativement simple qui permet, en règle générale, à l'intermédiaire financier d'accomplir correctement son obligation de diligence à cet égard. En fait, ce système est l'un des plus performants à l'échelon international. Nombre de places financières en sont encore aux balbutiements en matière d'identification effective de l'ayant droit économique.

<sup>6</sup> <http://www.oecd.org/fr/sites/forummondialsurlatransparencee-techangederenseignementsadesfinsfiscales>.

<sup>7</sup> Loi fédérale sur les titres intermédiés (LTI; RS 957.1).

<sup>8</sup> Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier («Loi sur le blanchiment d'argent») (LBA; RS 955.0).

<sup>9</sup> Convention relative à l'obligation de diligence des banques. La première version remonte à 1977; celle actuellement en vigueur est entrée en force le 1. 7. 2008 (CDB 08) <http://www.swissbanking.org>.

<sup>10</sup> Cf. art. 3 et 4 CDB 08.

Le projet prévoit essentiellement deux nouveautés à cet égard.

- a) La première a trait à la définition de l'ayant droit économique, ce dernier ne pouvant désormais plus être une personne morale exerçant une activité commerciale, mais devant nécessairement être une personne physique. Ainsi, les ayants droit économiques d'une personne morale exerçant une activité opérationnelle seraient désormais «*les personnes physiques qui, en dernier lieu, contrôlent la personne morale, du fait qu'elles détiennent directement ou indirectement, seules ou de concert avec un tiers, une participation d'au moins 25% du capital ou des voix ou qu'elles la contrôlent d'une autre manière. Si ces personnes ne peuvent pas être identifiées, il y a lieu d'identifier le membre le plus haut placé de l'organe de direction*»<sup>11</sup>.

Cette nouvelle définition de l'ayant droit économique, excluant toute personne morale, aurait pour conséquence, tant pour les cocontractants que pour les intermédiaires financiers, un surcroît de charges administratives car il s'agirait de maintenir à jour l'identification de l'ayant droit économique au fur et à mesure des franchissements successifs de la barre des 25%.

A n'en pas douter, les risques que l'identification de l'ayant droit économique selon cette nouvelle définition ne soit pas à jour seraient beaucoup plus grands qu'actuellement.

Par ailleurs, il paraît absurde de décréter un ayant droit économique «par défaut» en la personne du membre le plus haut placé de l'organe de direction.

Une telle désignation est purement arbitraire puisqu'il est notoire que le directeur général est à son poste de par ses compétences professionnelles et non pas en raison d'une quelconque éventuelle détention d'actions.

Comme le rappelle la commission de surveillance CDB, le Tribunal fédéral considère que «*le critère déterminant est [...] celui de la personne qui en fait [...] peut disposer des valeurs en question. L'ayant droit économique est celui qui, de manière indépendante, a le pouvoir de décider de l'usage des valeurs*»<sup>12</sup>.

Or, en l'occurrence, ni l'actionnaire – qu'il soit majoritaire ou non – d'une société commerciale, ni le directeur général, ni le président du conseil d'administration n'ont de tels pouvoirs selon le droit des sociétés. Leurs prétentions patrimoniales doivent s'inscrire strictement dans les limites fixées par la loi, les règlements et les décisions de l'assemblée générale. Il est donc souhaitable que le parlement renonce à modifier le système existant sur ce point.

On relèvera que le premier document de travail de SwissBanking relatif au projet de convention de diligence 2015, actuellement en phase d'évaluation auprès de la FINMA, cherche de façon méritoire à sauvegarder le concept actuel d'ayant droit économique. En effet, il conserve fondamentalement la

procédure d'identification de l'ayant droit économique actuellement en vigueur selon la CDB 08, mais, parallèlement, introduit une nouvelle déclaration, non pas relative à l'identification de l'ayant droit économique, mais relative à l'identification des détenteurs de parts égales à 25% ou plus. De cette manière, le mélange conceptuellement erroné des notions d'ayant droit économique et de détenteur de parts est évité.

- b) Quant à la deuxième nouveauté, elle consiste à contraindre l'intermédiaire financier, lorsqu'il n'a pas de doute que le cocontractant et l'ayant droit économique sont une seule et même personne, à devoir justifier par écrit dans le dossier les raisons pour lesquelles il estime qu'il y a identité de personnes et pourquoi il n'y a donc pas lieu de requérir la production d'une déclaration écrite indiquant qui est l'ayant droit économique: «*En l'absence de doute, l'intermédiaire financier pourra se contenter d'identifier l'ayant droit économique en documentant dans les documents d'ouverture de compte qu'il n'y a aucun indice laissant penser que le cocontractant n'est pas l'ayant droit économique.*»<sup>13</sup>

Il est à déplorer que l'intermédiaire financier soit ainsi contraint d'établir un fait négatif. Il convient d'en rester au principe de la présomption réfragable que le cocontractant et l'ayant droit économique sont bien une seule et même personne. L'intermédiaire financier ne doit donc pas avoir à documenter/justifier l'absence de doute.

Compte tenu de ce qui précède, les modifications prévues quant à la définition de l'ayant droit économique (excluant les personnes morales et introduisant un seuil de 25%) ainsi que la nouvelle procédure d'identification ne sont pas souhaitables.

Il y a lieu d'en rester au système actuel qui, encore une fois, a fait ses preuves et est relativement simple à appliquer.

Comme souligné plus haut, les standards effectivement appliqués à l'étranger en la matière sont sensiblement inférieurs à ceux pratiqués en Suisse. Il n'y a donc aucune raison de renoncer au système actuel, éprouvé, pour en adopter un autre, au contenu hasardeux.

Enfin, le fait qu'une personne morale exerçant une activité commerciale puisse continuer à être l'ayant droit économique ne signifie pas que l'intermédiaire financier se désintéresse des animateurs/actionnaires principaux. Bien au contraire, ces derniers sont répertoriés dans le profil client qui doit être dressé par l'intermédiaire financier pour chaque relation

<sup>11</sup> Cf. art. 2a, al. 3 P-LBA.

<sup>12</sup> Rapport d'activité 2010 de la Commission de surveillance, p. 26, <http://www.swissbanking.org>.

<sup>13</sup> Cf. Message, p. 78.

d'affaires, avec une densité d'information plus ou moins grande selon le niveau du risque tel qu'évalué<sup>14</sup>. Dès lors, le maintien du système actuel en matière de définition et de procédure d'identification de l'ayant droit économique ne signifie aucunement que les animateurs/actionnaires principaux restent anonymes.

### 3. Le cercle des personnes politiquement exposées («PPE»)

Désormais, il y aurait trois catégories de PPE:

- A) Les PPE étrangères
- B) Les PPE suisses
- C) Les PPE dans les organisations intergouvernementales

#### A) Les PPE étrangères

La définition qui serait désormais ancrée au niveau de la loi<sup>15</sup> correspond très largement à celle retenue actuellement par la FINMA<sup>16</sup> et les OAR<sup>17</sup>.

La seule différence matérielle est l'introduction d'un élément temporel. En effet, non seulement les personnes occupant les hautes fonctions telles que définies, mais aussi les personnes ayant occupé les fonctions décrites sont qualifiées de PPE.

Il n'est pas raisonnable de considérer qu'une personne ayant occupé, parfois pendant une durée relativement brève, une position dirigeante visée restera à jamais répertoriée comme PPE, avec pour conséquence qu'indéfiniment, cette personne sera considérée comme présentant automatiquement un risque accru. Si tel était le cas, cela signifierait que durant toute sa vie restante, cette personne serait nécessairement soumise à un traitement beaucoup plus exigeant de la part des banques et autres intermédiaires financiers en termes d'ouverture de comptes et de transactions financières.

Dès lors, la qualité de PPE ne devrait pas perdurer au-delà d'un an après la fin de la fonction. Bien entendu, les banques et autres intermédiaires financiers pourront maintenir, au-delà de cette période d'une année, la personne concernée au nombre des relations d'affaires présentant un risque accru, en application de l'approche fondée sur le risque, mais une telle classification ne doit pas être automatique. Elle doit dépendre du risque effectif tel qu'évalué par l'intermédiaire financier.

#### B) Les PPE suisses

La norme proposée paraît raisonnable, donc appropriée. En effet, seul le niveau national est concerné et une personne politiquement exposée ne devra pas être automatiquement qualifiée comme présentant un risque accru (contrairement aux PPE étrangères), mais seulement en présence d'un ou plusieurs autres critères de risque<sup>18</sup>.

#### C) Les PPE d'organisations internationales

Le principe et le champ d'application relativement restrictif, puisqu'excluant les organisations internationales de droit privé, ne suscitent pas de commentaires particuliers.

Enfin, les remarques faites ci-dessus au sujet de la perte de la qualité de PPE étrangère un an après la fin de la fonction valent évidemment également pour les PPE suisses et les PPE d'organisations internationales.

### 4. La création d'une infraction préalable pour des cas graves dans la fiscalité directe et l'élargissement de l'actuelle infraction de contrebande douanière dans la fiscalité indirecte

Conformément aux recommandations du GAfi, chaque pays doit au minimum inclure une gamme d'infractions graves au sein de chacune des catégories d'infractions définies dans le glossaire général annexé aux 40 recommandations. Dans le cadre de la révision partielle de février 2012, cette liste minimale a été étendue aux infractions fiscales pénales graves, la définition du concept de gravité étant cependant laissée à la libre définition de chaque Etat membre.

Dans l'avant-projet, il était question d'introduire dans la législation fiscale relative aux impôts directs de nouvelles dispositions qualifiables de crimes au sens de l'art. 10 al. 2 CP, donc susceptibles d'être des infractions préalables au blanchiment d'argent tel que défini à l'art. 305 CP. C'est ainsi qu'il était prévu un nouvel article 186 al. 1<sup>bis</sup> LIFD<sup>19</sup>, selon lequel «est puni d'une peine privative de liberté de 5 ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui commet l'escroquerie fiscale visée à l'al. 1<sup>20</sup> si les éléments imposables non déclarés se montent à CHF 600 000.- au moins». Le délit visé par l'article 186 al. 1 LIFD était donc transformé en crime selon l'importance des éléments imposables non déclarés. Un système identique était prévu pour la LHID<sup>21</sup>. Compte tenu des multiples critiques enregistrées à l'occasion de la consultation, le Conseil fédéral a renoncé à modifier la LIFD et la LHID et à élever une quelconque infraction en matière d'impôt direct au rang de crime.

Plutôt que d'introduire un crime dans le domaine de la fiscalité directe, le Conseil fédéral propose de modifier l'art. 305<sup>bis</sup> CP afin d'étendre son application à un nouveau «*délit qualifié*». Ainsi, outre les crimes, l'usage de faux au sens de l'article 186 LIFD et la fraude fiscale au sens de l'art. 59 al. 1, 1<sup>er</sup> état de fait LHID – infractions qui sont des délits – constitueraient désormais des infractions préa-

<sup>14</sup> Cf. art. 6 LBA, art. 6 P-LBA et art. 52 Règlement OAR FSA/FSN, <http://www.sro-sav-snv.ch>.

<sup>15</sup> Art. 2a P-LBA.

<sup>16</sup> Art. 2 al. 1 let. a ch. 1 Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA; RS 955.033.0).

<sup>17</sup> Art. 2 let. d Règlement OAR FSA/FSN.

<sup>18</sup> Art. 6 al. 4 P-LBA.

<sup>19</sup> Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 614.11).

<sup>20</sup> L'art. 186 al. 1 LIFD dispose: «Celui qui, dans le but de commettre une soustraction d'impôt au sens des art. 175 à 177, fait usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, tels que des livres comptables, des bilans, des comptes de résultat ou des certificats de salaire et autres attestations de tiers dans le dessin de tromper l'autorité fiscale, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende jusqu'à 30 000 francs.»

<sup>21</sup> Loi fédérale sur l'harmonisation de l'impôt direct des cantons et des communes (LIHD; RS 642.14).

lables au blanchiment d'argent lorsque les impôts ainsi soustraits dépassent CHF 200 000.- par période fiscale<sup>22</sup>.

On peut s'étonner de cette approche guère compatible avec la systématique de la LBA consistant à exiger systématiquement la présence d'un crime comme infraction sous-jacente. Cette exception vaut-elle la peine et n'aura-t-elle pas valeur de précédent? En tout état de cause, le problème principal demeure inchangé pour l'intermédiaire financier: le risque de n'être pas toujours en mesure de distinguer la planification fiscale parfois complexe mais légale, de celle qui ne l'est pas. Certes, l'exigence d'un usage de faux, respectivement d'une fraude fiscale devrait éviter à l'intermédiaire financier le reproche de ne pas avoir procédé automatiquement à une communication selon l'art. 9 al. 1 LBA du seul fait que son client aurait soustrait au fisc un montant supérieur à CHF 200 000.- par période fiscale.

Toutefois, afin de diminuer les situations où l'intermédiaire financier sera confronté à un délicat dilemme, il pourrait être approprié de remonter le seuil des impôts soustraits par période fiscale de CHF 200 000.- à CHF 500 000.-, voire CHF 1 million comme le souhaiterait le Forum OAR regroupant la plupart des OAR reconnus par la FINMA<sup>23</sup>. Certes, le chiffre de CHF 1 million est élevé, mais il s'agit du montant-seuil retenu pour que l'exploitation d'informations d'initiés et la manipulation de cours soient, en tant que crimes, des infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent<sup>24</sup>. En outre, nous avons vu plus haut que la question de l'acceptation de valeurs patrimoniales non fiscalisées fait l'objet d'un débat bien distinct<sup>25</sup>.

Quant à la fiscalité indirecte, le changement est moins radical, dès lors que, depuis le 1.2.2009, le droit suisse comprend déjà une infraction préalable ayant rang de crime sous la forme de l'escroquerie fiscale qualifiée de l'art. 14 al. 4 DPA<sup>26</sup>.

Le Conseil fédéral considère qu'il est nécessaire d'élargir l'actuel article 14 al. 4 DPA au-delà de la contrebande douanière, de manière que cette disposition soit également applicable aux infractions commises sur le territoire suisse dans le domaine des contributions (impôt anticipé, droits de timbre). Elle visera aussi la TVA sur les livraisons réalisées sur le territoire suisse ainsi que sur les prestations de services, ou encore l'impôt sur l'alcool, la bière et le tabac perçu sur la fabrication en Suisse.

L'art. 14 al. 4 DPA s'appliquera donc à l'escroquerie qualifiée, c'est-à-dire à l'escroquerie en matière de prestations ou de contributions telle que définie par l'art. 14 DPA, à laquelle devront s'ajouter des éléments constitutifs supplémentaires lui conférant la gravité d'un crime (avantage illicite particulièrement important ou atteinte substantielle aux intérêts pécuniaires ou à d'autres droits des pouvoirs publics ainsi qu'exercice par métier ou avec le concours de tiers).

## 5. Paiement lors d'opérations de vente

### A) Ventes immobilières

En vertu de l'art. 2 P-LBA, «si le prix convenu lors d'une vente immobilière aux sens des art. 216 ss CO dépasse

100 000 francs, le paiement de la part du prix excédant ce montant doit être effectué par l'entremise d'un intermédiaire financier [soumis à la LBA] ou par le biais du compte client que l'officier public détient auprès d'un intermédiaire financier au sens [de la LBA]».

Quant à l'acte authentique, il devrait comporter les modalités de paiement, à défaut de quoi l'officier public aurait l'obligation de refuser de le dresser.

Enfin, «le nouveau propriétaire du bien immobilier ne peut être inscrit que si l'intermédiaire financier ou l'officier public utilisé détenant le compte client par le biais duquel l'opération de vente est réalisée, atteste que le paiement a été ou sera effectué conformément aux modalités convenues».

La solution proposée a certes le mérite de ne pas remettre en cause la portée de l'article 321 CP (secret professionnel). En effet, l'alternative qui avait été envisagée consistant à soumettre les notaires à la LBA aurait signifié la perte du secret professionnel du notaire dans ce domaine essentiel. Or, seules les activités financières effectuées par les notaires (et les avocats) qui ne sont pas intrinsèquement liées à leur activité juridique typique doivent être soumises à la LBA.

Il n'en demeure pas moins que le GAFI ne demande pas à la Suisse d'établir une telle règle et qu'il convient d'en évaluer la réelle nécessité en fonction de la fréquence et de l'importance des abus constatés. Aucun notaire n'a un quelconque intérêt à ruiner sa réputation et à risquer une éventuelle procédure pour blanchiment d'argent en acceptant des montants importants qui ne proviennent pas d'un compte bancaire.

### B) Ventes mobilières

En vertu de l'art. 2c, al. 1, P-LBA, «si le prix convenu lors d'une vente mobilière au sens des art. 184 ss CO dépasse CHF 100 000.-, le paiement de la part du prix excédant ce montant doit être effectué par l'entremise d'un intermédiaire financier au sens de la LBA».

Une telle restriction se justifie-t-elle? La LBA vise la prévention du blanchiment en soumettant des intermédiaires financiers à toute une série d'obligations. Or, certaines obligations s'étendraient dorénavant à l'ensemble de la population. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Conseil fédéral propose de supprimer la mention «dans le secteur financier» contenue dans le titre de la LBA<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Cf. art. 305<sup>bis</sup> ch. 1 et 1<sup>bis</sup> P-LBA.

<sup>23</sup> Le Forum OAR souhaite également que les critères supplémentaires d'une activité par métier ou avec le concours de tiers soient ajoutés de manière analogue à la solution proposée en matière de fiscalité indirecte (cf. infra), ainsi que le critère de la double incrimination <http://www.forumoar.ch>.

<sup>24</sup> Art. 40 al. 2 et 40a al. 2 Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM; RS 954.1).

<sup>25</sup> Cf. Communiqué du Conseil fédéral du 29 novembre 2013, supra, note 4.

<sup>26</sup> Loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA; RS 313.0).

<sup>27</sup> Cf. Message, p. 25.



Certes, la disposition commentée plus haut relative aux ventes immobilières constitue elle aussi une entorse au principe selon lequel la LBA ne s'applique qu'aux intermédiaires financiers. Toutefois cette entorse est moins choquante puisque de toute manière, le vendeur et l'acheteur à eux seuls ne peuvent donner effet à leur accord que moyennant l'intervention d'un tiers, en l'occurrence un officier public, vu l'exigence de la forme authentique. En outre, en matière immobilière, il est déjà usuel, sans être encore obligatoire, d'effectuer les transactions en tout ou partie par le biais d'un compte bancaire ou postal.

Toutefois, aller au-delà et abandonner par le biais de la LBA un principe appliqué depuis la nuit des temps doit être évité. Une réflexion approfondie de droit civil portant sur l'ensemble du droit des contrats, et non seulement sur le contrat de vente, est le préalable indispensable à toute éventuelle modification.

Utiliser la voie de la LBA pour interférer dans les transactions commerciales exorbitantes au secteur financier serait un non-sens, source d'une grande insécurité juridique pour d'innombrables transactions quotidiennes.

#### 6. La modification du processus à suivre en matière de communication de soupçons fondés

Actuellement, le système est relativement simple. Dès qu'une communication selon l'art. 9 al. 1 LBA est faite, l'intermédiaire financier bloque immédiatement les valeurs patrimoniales en question et «maintient le blocage jusqu'à la réception d'une décision de l'autorité de poursuite pénale compétente, mais au maximum durant cinq jours ouvrables à compter du moment où il a informé le bureau de communication».

L'autorité de poursuite pénale qui prend le relais du bureau de communication ordonne le maintien intégral du blocage ou autorise l'intermédiaire financier à exécuter ou faire exécuter certaines transactions bien délimitées afin de ne pas éveiller la méfiance de la personne visée. Ainsi, la seule responsabilité de l'intermédiaire financier réside à bloquer les valeurs concernées par la communication qu'il a faite. Le reste est de la responsabilité du bureau de communication et de l'autorité de poursuite pénale éventuellement saisie.

Or, le projet aimerait désormais conférer à l'intermédiaire financier la responsabilité de décider quand il doit exécuter les instructions du client visées par la communication qu'il a faite et quand il doit au contraire s'abstenir de toute exécution. Plus précisément, l'intermédiaire financier devra en principe continuer à exécuter les instructions du client malgré la communication faite, sauf s'il pense que les ordres du client pourraient viser «à entraver la confiscation des valeurs patrimoniales communiquées» ou «à financer le terrorisme». En pareil cas, il devrait immédiatement faire une nouvelle communication au bureau de communication<sup>28</sup>.

Faire la distinction entre les transactions admissibles et celles qui ne le sont pas pourrait s'avérer périlleux. Le projet place l'intermédiaire financier dans une position

très inconfortable alors qu'il n'a ni les moyens, ni les compétences, ni la fonction d'une autorité de police ou de poursuite pénale.

Le système actuel doit être maintenu. Les responsabilités ne doivent pas être mélangées:

- l'intermédiaire financier a l'obligation de communiquer ses soupçons fondés au sens de l'art. 9 al. 1 LBA, d'opérer le blocage des valeurs patrimoniales sous son contrôle et de donner suite aux éventuelles injonctions de l'autorité de poursuite pénale;
- le bureau de communication et l'autorité de poursuite pénale doivent accomplir les tâches que leur attribuent la LBA et la procédure pénale.

Il convient d'en rester à une telle répartition et de ne pas exiger de l'intermédiaire financier une obligation de diligence «post-communication» autre que celle de donner suite aux demandes d'information des autorités judiciaires et du bureau de communication ainsi qu'aux saisies ordonnées par le procureur compétent.

### III. Quelles conséquences pour l'avocat actif comme intermédiaire financier?

Le projet ne remet pas en cause la ligne de démarcation entre l'activité juridique «classique» au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral – soumise au secret professionnel de l'art. 321 CP – et celle d'intermédiaire financier, laquelle n'est pas couverte par le secret professionnel<sup>29</sup>.

L'avocat affilié à un OAR en tant qu'intermédiaire financier ne subira donc généralement ni plus ni moins que d'autres intermédiaires financiers les charges nouvelles qu'entraînerait l'adoption du projet du Conseil fédéral<sup>30</sup>.

En revanche, le danger de voir la ligne de démarcation précitée remise en question existe toujours. Ainsi, le formulaire R (CDB 08) pourrait être considéré comme incompatible avec l'accord FATCA signé par la Suisse et les Etats-Unis le 14. 2. 2013<sup>31</sup>.

Or, le formulaire R doit être maintenu dès lors qu'il vise des situations où le compte ouvert au nom de l'avocat (ou du notaire) concerne des valeurs d'un client, qui rentrent dans l'activité typique au sens de la jurisprudence précitée<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Cf. art. 9a P-LBA.

<sup>29</sup> ATF 112 Ib 606, ATF 1P. 32/2005 du 11. 7. 2005. Cf. également la contribution de l'auteur «Les obligations de l'avocat en rapport avec la réglementation anti-blanchiment» in *Défis de l'Avocat au XXI<sup>e</sup> siècle – Mélanges en l'honneur de Madame le Bâtonnier Dominique Burger*, Genève 2008, p. 464 à 475.

<sup>30</sup> On peut toutefois prévoir une activité juridique particulièrement soutenue dans le cadre des nouvelles exigences en matière d'actions au porteur.

<sup>31</sup> <http://www.sif.admin.ch/themen/00502/00807/index.html?lang=fr>.

<sup>32</sup> Le formulaire R est annexé à la CDB 08. Sa formulation est plus sommaire que celle du formulaire R annexé à la CDB 03, mais les deux formulaires recouvrent le même champ matériel.

#### IV. Conclusion

Nul doute que la délégation de la Suisse auprès du GAFI cherche à éviter que le système suisse de prévention du blanchiment d'argent ne soit inutilement bouleversé. C'est ainsi, par exemple, que la Suisse a obtenu qu'il incombe à chaque pays de déterminer de façon autonome les contours de l'infraction fiscale grave sous-jacente au blanchiment d'argent.

Toutefois, est-il indispensable d'alourdir encore les tâches des intermédiaires financiers en Suisse alors qu'il n'y a sans doute aucun autre pays qui applique avec autant de diligence les recommandations émises par la GAFI? Quel autre pays oblige l'ensemble de ses intermédiaires financiers, petits ou grands, à se soumettre aux obligations de diligence, de formation, de contrôle et de communication telles que nous les connaissons en Suisse?

Ne faudrait-il pas expliquer à nos partenaires à l'étranger que la Suisse sera prête à introduire de nouvelles exigences dans son système anti-blanchiment dès que les places financières en compétition avec elle auront atteint

un stade d'application effective des recommandations de GAFI comparable à celui que nous pouvons relever chez nous?

Ne devrions-nous pas davantage évaluer la nécessité réelle de nouvelles normes dans ce domaine, en fonction des abus effectivement constatés?

Enfin, la sécurité juridique commande de prêter la plus grande attention au risque que représente parfois la transposition hâtive de recommandations internationales dans notre droit<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Le dernier exemple en date pour le sujet qui nous concerne est la possibilité dont le bureau de communication dispose, depuis le 1.11.2013, de transmettre à un homologue étranger des informations relatives aux transactions d'un client qui a été l'objet d'une communication selon l'art. 9 al. 1 LBA, alors même que ce client ignore tout de cette transmission et n'a pas eu la possibilité de faire valoir son éventuelle opposition devant un juge suisse. Cf. art. 30 al. 2 LBA.

**Wirtschaftsstrafrecht  
der Schweiz**

Hand- und Studienbuch

Jürg-Beat Ackermann,  
Günter Heine (Herausgeber)

**August 2013, CHF 112.–**

952 Seiten, gebunden, 978-3-7272-8857-9

Das Wirtschaftsstrafrecht ist eine der jüngsten und dynamischsten Disziplinen. Verstärkt durch internationale und europäische Entwicklungen wird die Wirtschaft immer stärker verrechtlicht und speziell das Strafrecht zunehmend in den Dienst dieser Kontroll- und Regulierungsbestrebungen gestellt.

Alle Autorinnen und Autoren dieses umfassenden Werkes befassen sich beruflich mit Wirtschaftsstrafrecht und stammen aus Wissenschaft oder Praxis.

Das Buch wendet sich an jene, die sich mit wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen befassen, sei es als Rechtsanwältin, Unternehmensjurist, Compliance-Officer, Mitarbeiter in Verbänden, Behörden, Verwaltung und Forensic-Services-Teams, sei es als Staatsanwalt oder Richter.

[www.staempfliverlag.com/  
anwaltsrevue](http://www.staempfliverlag.com/anwaltsrevue)

## Stämpfli

### Verlag

**Stämpfli Verlag AG**  
Wölflistrasse 1  
Postfach 5662  
CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 44  
Fax +41 31 300 66 88

verlag@staempfli.com  
www.staempfliverlag.com



Wirtschaftsstrafrecht  
der Schweiz

Hand- und Studienbuch

Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.)

