

Loi sur le blanchiment d'argent (LBA) Projet de modifications consécutif au rapport du GAFI

Condensé

Le Conseil fédéral a adopté en juin 2019 son message relatif au projet d'une importante modification de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA)¹ qui devrait entrer en vigueur en 2021, après examen par les Chambres fédérales. L'avant-projet de juin 2018 a été passablement remanié. Le projet prévoit essentiellement une nouvelle catégorie d'assujettis, laquelle s'étendra à un large éventail de mandataires, notamment, aux *multi-family offices*, aux fiduciaires et aux avocats. La modification prévoit également de nouvelles obligations de vérification de l'identité de l'ayant droit économique et de mise à jour périodiques des données KYC.

Ces modifications vont nécessiter des adaptations des directives internes des entités assujetties, une mise à jour et une nouvelle qualification des dossiers (soumis ou non à la LBA) ainsi qu'une formation des responsables à ces nouvelles règles.

Les faiblesses du système actuel selon le GAFI

Fin 2016, le GAFI a publié le 4^e rapport d'évaluation sur le dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Jugé globalement bon, ce système est critiqué – notamment à la suite des révélations des *Panama Papers* - en raison des faiblesses suivantes² :

- Le risque de blanchiment lié au transfert du produit d'infractions commises à l'étranger ;
- Le manque de diligence dans la mise à jour de la classification des clients en fonction du risque ;
- Le manque de contrôle et de sanction de l'obligation de communiquer ;
- Une politique de sanction insuffisante et le manque de convergence de la FINMA et des organismes d'autorégulation ;
- Les limites de l'entraide judiciaire suisse dues au maintien de la confidentialité des demandes adressées à la FINMA ou au bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS).

Les principales modifications à venir

Le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances (DFF), sur la base des recommandations du GAFI, de réviser la LBA. Le projet soumis au Parlement prévoit **notamment les nouveautés suivantes** :

a) L'assujettissement des conseillers

A l'heure actuelle, seuls les intermédiaires financiers et les négociants sont assujettis à la LBA.

Le projet prévoit l'introduction d'une 3^e catégorie, les « conseillers » (art. 2 al. 1 let. c LBA *nouveau*). Il s'agit de toutes personnes ou entités qui, sans être intermédiaire financier ou négociant, constituent, gèrent et/ou administrent à titre professionnel (i) des sociétés étrangères, (ii) des sociétés suisses de domicile ou (iii) des *trusts*, ainsi que ceux qui organisent des apports, achètent ou vendent ou mettent à disposition des locaux ou une adresse à de telles structures, ou qui agissent pour le compte d'une autre personne.

Ces conseillers professionnels seront soumis aux obligations de diligence allégées suivantes :

- La vérification de l'identité du cocontractant (art. 3 al. 1 LBA) ;
- L'identification de l'ayant droit économique (art. 4 al. 1 et 2 let. a et b LBA) ;
- L'établissement et la conservation des documents (art. 7 LBA) ;

¹ Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 p. 5239 ss

² GAFI (2016), *Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme - Suisse*, Rapport du 4^e cycle d'évaluations mutuelles, GAFI, Paris 2016, www.fatf-gafi.org/fr/publications/evaluationsmutuelles/documents/mer-suisse-2016.html (dernière consultation le 17.09.2019), p. 3 ss.

- La clarification de l'arrière-plan économique et du but de l'activité souhaitée par le tiers.

A titre illustratif, une fiduciaire rédigeant un *deed of trust* pour un client sera ainsi assujettie à la LBA et devra remplir les obligations précédemment exposées, auxquelles s'ajouteront également, comme pour tout conseiller au sens du nouvel art. 2 al. 1 let. c LBA :

- La mise en place et la preuve de mesures organisationnelles internes suffisantes (art. 8d LBA *nouveau*) pour respecter le nouveau droit ;
- L'obligation de mandater une entreprise de révision pour vérifier les obligations précitées (art. 15 LBA *nouveau*) ;
- L'obligation de communiquer au MROS des soupçons fondés (art. 9 al. 1^{er} LBA) de lien entre l'opération envisagée et (i) une organisation criminelle (art. 260^{ter} ch. 1 CP), (ii) du blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), (iii) un délit fiscal qualifié (art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP, (iv) un pouvoir de disposition d'une organisation criminelle sur les valeurs patrimoniales concernées ou (v) le financement du terrorisme (art. 260^{quiquies} al. 1 CP).

Pour rappel et selon l'avis du MROS et des tribunaux fédéraux, les soupçons sont «fondés» au sens de l'art. 9 LBA lorsque les clarifications particulières consécutives à un simple doute ne permettent pas d'écarter le soupçon que les valeurs patrimoniales sont liées à une infraction³.

A titre d'exemples justifiant des soupçons fondés, le Tribunal pénal fédéral a récemment évoqué l'urgence d'une transaction financière, l'impossibilité de contacter le client, le refus de ce dernier de fournir les informations nécessaires à la clarification de l'arrière-plan économique de la transaction ou de la relation d'affaires, ou l'évocation par les médias de l'ouverture d'une procédure pénale concernant un crime contre le client ou l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires⁴.

La preuve de l'accomplissement des obligations à charge du conseiller devront figurer dans le dossier LBA de chaque client concerné.

b) L'abaissement du seuil pour le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses

Le seuil d'assujettissement à la LBA pour le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses sera abaissé de 100'000 à 15'000 francs. Ainsi, les négociants exerçant à titre professionnel qui ne passeront pas par un intermédiaire financier pour un paiement en espèce dépassant les 15'000 francs seront soumis à la LBA.

c) La vérification de l'identité de l'ayant droit économique

L'art. 4 LBA est modifié de manière à créer une base légale explicite imposant une vérification matérielle systématique de l'ayant droit économique, et non plus une simple clarification.

d) L'actualisation des données des clients

Le nouvel alinéa 1^{bis} de l'art. 7 LBA obligera les intermédiaires financiers à s'assurer du caractère actuel des documents relatifs au client et à les mettre à jour. En outre, il n'existera aucune limitation à la vérification de l'identité du cocontractant ou de l'ayant droit économique. L'intermédiaire financier sera donc en droit de revoir de manière plus générale le profil du client (p. ex. l'objet et le but de la relation d'affaires).

e) L'adaptation du système de communication au MROS

Afin de clarifier l'incertitude juridique entre le droit et l'obligation de communiquer, l'interprétation jurisprudentielle de la notion de «soupçon fondé» sera inscrite dans l'OBA. Aussi, le délai d'analyse de 20 jours des communications relevant de l'art. 9 LBA sera supprimé. En contrepartie, les intermédiaires financiers auront le droit de mettre fin à une relation d'affaires qui a fait l'objet d'une communication de soupçon au MROS et pour laquelle ils n'ont pas reçu de réponse dans les 40 jours (art. 9b LBA *nouveau*).

³ Rapport MROS 2016, p. 52 ; rapport MROS 2007, p. 3 ; voir ég. TF arrêt 4A_313/2008 du 27 novembre 2008, consid. 4.2.2.3 ; TPF arrêt SK.2018.32 du 23 mars 2019, consid. 4.5.1

⁴ TPF arrêt SK.2018.47 du 25 avril 2019, consid. 5.5.1.

f) Autres modifications

Une base légale permettra aux organismes d'autorégulation d'échanger des informations avec le MROS comme le fait actuellement la FINMA et les autorités de poursuite pénale.

Le MROS pourra transmettre des informations reçues par un homologue étranger, sous réserve de l'autorisation de celui-ci, aux autorités de surveillance visées à l'art. 29 al. 1 LBA, aux organismes d'autorégulation et aux organismes de surveillance. Aussi, une nouvelle disposition oblige les autorités de poursuite pénale à respecter les conditions d'utilisation des informations définies par le MROS (qui elles-mêmes sont définies par l'autorité étrangère).

Les personnes concernées par une communication de soupçon au MROS ne pourront faire valoir leur droit d'accès aux informations relatives à la communication de soupçon qu'auprès du MROS exclusivement. Les intermédiaires financiers ainsi que les conseillers ne seront plus tenus de fournir des informations dans le contexte de l'exercice de ce droit.

Les intermédiaires financiers directement soumis à la FINMA disposeront d'un délai d'un an pour s'affilier à un OAR, le statut d'IFDS étant aboli avec l'entrée en vigueur de la LEFin le 1^{er} janvier 2020.

Conformément à l'art. 10a LBA, une société fille en Suisse aura la possibilité d'informer sa société mère à l'étranger lorsque certaines conditions seront remplies, la société mère devant notamment respecter l'interdiction d'informer stipulée à l'art. 10a al. 1 LBA.

Enfin, les associations collectant ou distribuant des fonds à l'étranger à des fins caritatives, religieuses, culturelles, éducatives ou sociales devront s'inscrire au registre du commerce (art. 61 al. 2 ch. 3 du Code civil *nouveau*) et tenir une liste des membres sous peine de sanctions pénales (art. 327 CP).

La fin du secret professionnel?

Le message de l'avant-projet de modifications de la LBA de juin 2018 prévoyait une obligation de communication à charge des conseillers, sans restriction, y compris pour les avocats et notaires. Cela aurait signifié que la préparation d'un acte constitutif d'une société étrangère, par exemple, qui relève de l'activité typique de l'avocat, aurait été une activité assujettie à la LBA.

Le projet prévoit désormais (art. 9 al. 2 LBA *nouveau*) que les avocats et notaires ne sont pas assujettis à l'obligation de communiquer s'ils sont astreints au secret professionnel selon l'art. 321 CP ou s'ils n'effectuent pas de transaction financière au nom et pour le compte d'un client dans le cadre de leur activité. Cette exception ne s'appliquera cependant pas au respect des obligations de diligence, auquel les conseillers seront à l'avenir tenus.

Nos avocats spécialisés sont volontiers à votre disposition pour répondre à vos questions particulières en relation avec cette Newsletter.

Nicolas Killen, LL.M.
Managing partner
Droit bancaire
nicolas.killen@borel-barbey.ch

Pierre Bydzovsky, LL.M., CAS MAP
Associé
Contentieux, droit pénal
pierre.bydzovsky@borel-barbey.ch

Michèle Wassmer,
Associée
Droit bancaire
michele.wassmer@borel-barbey.ch

Borel & Barbey
2 rue de Jargonant
CH - 1207 Genève

T 022 707 18 00
F 022 707 18 11
www.borel-barbey.ch