



Erich Schibli

lic. en droit
Administrateur
OAR-FIDUCIAIRE|SUISSE
www.oar-fiduciairesuisse.ch

Révision de la LBA: les nouveautés au 1^{er} février 2009



Depuis le 1^{er} février 2009, la LBA impose aux intermédiaires financiers de nouvelles obligations complémentaires mais apporte également quelques allègements. Ces nouvelles prescriptions doivent être respectées dès leur entrée en vigueur. La violation de l'obligation de communiquer a été élargie.

Les exigences du GAFI

La Suisse accorde une grande importance au maintien d'une place financière intègre et saine. Elle met tout en oeuvre pour se prémunir contre une utilisation criminelle de sa place financière, notamment contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. La mondialisation des flux financiers donne une forte dimension transfrontalière à cette problématique. Par conséquent, la Suisse est membre du Groupe d'action financière GAFI et participe activement, depuis sa création, aux travaux du GAFI. Ce dernier a notamment pour but d'élaborer des normes internationales de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Le GAFI a élaboré 40 recommandations pour lutter contre le blanchiment de capitaux. La loi sur le blanchiment d'argent (LBA), entrée en vigueur le 1^{er} avril 1998, contient ces 40 recommandations.¹

Révision totale des recommandations du GAFI en 2003

Le GAFI a également élaboré huit recommandations spéciales, formulées en octobre 2001 après les attentats du 11 septembre 2001. Une neuvième recommandation spéciale sur les transports transfrontières d'espèces et d'instruments au porteur a été adoptée en octobre 2004. Les 40 recommandations ont été entièrement révisées en 2003 afin notamment d'éten-

dre leur portée au financement du terrorisme et à des domaines autres que le secteur financier. Cette évolution reflète les développements du phénomène de blanchiment d'argent ainsi que des nouvelles menaces pesant sur le secteur financier. Les 40 + 9 recommandations révisées constituent les nouveaux standards internationaux en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Fin janvier 2009, le Conseil fédéral a décidé de fixer l'entrée en vigueur de la révision de la LBA au 1.2.2009 déjà. La LBA contient désormais des dispositions concernant la lutte contre le financement du terrorisme. Les obligations de diligence ont été précisées et l'obligation de communiquer a été élargie. Par contre, les intermédiaires financiers et les OAR, qui font une communication selon l'art. 9 LBA, seront mieux protégés. En outre, la FINMA (Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers) est désormais mentionnée comme autorité de surveillance pour les OAR.

Rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse en 2005

La réglementation suisse est déjà dans une large mesure compatible avec ces nouveaux stan-

dards, comme l'a relevé le rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse. Certaines adaptations étaient toutefois nécessaires pour assurer une conformité avec les points essentiels des recommandations révisées. Sur le plan international, le GAFI publia en octobre 2005 le rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse relative à son système de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Ce rapport conclut que la Suisse dispose, en comparaison internationale, d'un système global et efficace de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, tout en mettant en évidence un certain nombre de lacunes plus ou moins importantes du dispositif dans la mise en oeuvre de seize des 49 recommandations.² La révision de la LBA a été élaborée sur la base des conclusions de ce rapport. Elle a fait l'objet d'une vaste procédure de consultation à laquelle l'OAR-FIDUCIAIRE|SUISSE a activement participé.

Lutte contre le financement du terrorisme

Alors que le blanchiment d'argent consiste à réinjecter dans le circuit économique légal des capitaux illégalement acquis, en matière de financement du terrorisme, ce sont des fonds légaux qui sont souvent utilisés à des fins criminelles. Une combinaison d'argent légal et illégal est également possible. Ainsi, des pratiques criminelles peuvent être préalables au

blanchiment d'argent comme au financement du terrorisme. Il est plus difficile d'identifier et de combattre préventivement le financement du terrorisme que le blanchiment d'argent. En effet, si des capitaux propres sont injectés dans le système financier et utilisés à des fins criminelles, les intermédiaires financiers auront des difficultés, le cas échéant, même en respectant leurs devoirs de diligence, à reconnaître sur le moment le but de financement du terrorisme. Les devoirs de diligence doivent donc s'appliquer dès que l'intermédiaire financier soupçonne que l'argent pourrait être utilisé à des fins terroristes.³

Lors de la consultation, il a été souvent contesté que la LBA soit la loi appropriée pour lutter contre le financement du terrorisme. En effet, si une infraction préalable est nécessaire pour le blanchiment d'argent, dans le cas du financement du terrorisme on met l'accent sur une infraction future. C'est probablement suite à des pressions politiques⁴ que le Conseil fédéral a mis en vigueur la révision partielle de la LBA déjà au 1^{er} février 2009. Il s'agissait de créer une base légale pour la lutte contre le financement du terrorisme en élargissant l'obligation de communiquer.

Extension de l'obligation de communiquer

L'obligation de communiquer de l'intermédiaire financier a été élargie dans deux domaines. Tout d'abord, il doit informer immédiatement le Bureau de communication MROS⁵ s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées servent au financement du terrorisme. La définition de la notion du terrorisme est réglée à l'art. 260^{quinquies} CP.⁶ En outre l'intermédiaire financier doit immédiatement faire une communication, s'il rompt des négociations visant à établir une relation d'affaires en raison de soupçons fondés que les valeurs patrimoniales impliquées proviennent d'un crime ou servent au financement du terrorisme (art. 9 al. 1 let. b. LBA).

Obligation de communiquer en cas d'interruption des négociations: difficile à contrôler!

Cette nouvelle prescription de l'obligation de communiquer en cas d'interruption des négociations (art. 9 al. 1 let. b. LBA) a soulevé de nombreuses critiques lors de la procédure de consultation. En effet, en pratique, il peut se révéler difficile d'identifier un cocontractant éventuel contre sa volonté. Ainsi, un intermédiaire financier n'obtiendra vraisemblablement

aucune information supplémentaire d'un «client» s'il lui a déjà signalé, d'une manière ou d'une autre, qu'il n'entend pas conclure la relation d'affaires souhaitée par ce dernier. En outre, le fait de demander des informations supplémentaires pourrait éveiller des soupçons chez le «client». C'est pourquoi, en cas de rupture des négociations visant à établir une relation d'affaires, l'intermédiaire financier n'est tenu de faire une communication que sur la base des informations dont il dispose au moment de la rupture. L'extension de l'obligation de communiquer n'entraîne pour l'intermédiaire financier aucune obligation supplémentaire de clarification. Ainsi, il n'a aucune obligation de demander des informations additionnelles au «client» ou de prendre des mesures particulières d'enquête, dans le but d'étayer ses soupçons.

Art. 9 – Obligation de communiquer (les nouveautés sont en couleur)

1 L'intermédiaire financier informe immédiatement le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent au sens de l'art. 23 (bureau de communication):

- a. s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires:
 1. ont un rapport avec une des infractions mentionnées aux art. 260^{ter} ch. 1 ou 305^{bis} CP,
 2. proviennent d'un crime,
 3. sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle,
 4. servent au financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} al. 1 CP);
- b. s'il rompt des négociations visant à établir une relation d'affaires en raison de soupçons fondés conformément à la let. a.

La définition du soupçon fondé est une question souvent posée. La loi exige intentionnellement non seulement un soupçon, mais un soupçon fondé. Un simple sentiment subjectif ne suffit pas. Mais il ne faut pas forcément apporter la preuve du soupçon. En d'autres termes, le soupçon doit être manifeste.

Meilleure protection en cas de communication (art. 9 al. 1^{bis} et art. 11 LBA)

En pratique, il était possible – même si peu fréquent – que les employés chargés du dossier

LBA soient menacés ou mis sous pression par le client de l'intermédiaire financier, lorsque celui-ci avait fait une communication selon l'art. 9 LBA. Ceci était notamment le cas, lorsque les valeurs patrimoniales avaient été bloquées suite à la communication, sans que les autorités de poursuite pénale ne poursuivent le cas. Si la LBA connaît depuis le début une exclusion de responsabilité, celle-ci n'apportait pas à elle seule une protection suffisante pour l'intermédiaire financier qui avait procédé à une communication. Dorénavant, le nom des employés chargés du dossier pourra ne pas être mentionné, pour autant que le bureau de communication et l'autorité de poursuite pénale gardent la possibilité de prendre rapidement contact avec eux.

Le nouvel art. 11 al. 1 LBA modifie la condition permettant d'exclure la responsabilité pénale et civile, en remplaçant la notion de «diligence requise par les circonstances» par celle de «bonne foi» moins restrictive et recommandée par le GAFl. Cette notion garantira une plus grande protection de l'intermédiaire financier procédant à une communication, ce qui devrait augmenter le nombre de communications enregistrées et l'efficacité globale du système de communication.

Art. 9 al. 1^{bis} – Obligation de communiquer (les nouveautés sont en couleur)

1^{bis} Dans toute communication effectuée en vertu de l'al. 1, le nom de l'intermédiaire financier doit apparaître; en revanche, le nom des employés chargés du dossier peut ne pas être mentionné, pour autant que le bureau de communication et l'autorité de poursuite pénale gardent la possibilité de prendre rapidement contact avec eux.

Art. 11 – Exclusion de la responsabilité pénale et civile

1 Quiconque, de bonne foi, communique des informations en vertu de l'art. 9 ou procède à un blocage des avoirs en vertu de l'art. 10 ne peut être poursuivi pour violation du secret de fonction, du secret professionnel ou du secret d'affaires, ni être rendu responsable de violation de contrat.

2 L'al. 1 s'applique également à l'intermédiaire financier qui procède à une communication au sens de l'art. 305^{ter} al. 2 CP, et aux organismes d'autorégulation qui procèdent à une dénonciation au sens de l'art. 27 al. 4.

Identification des représentants des personnes morales

L'identification du client, qu'il soit une personne physique ou morale, constitue dans le système suisse de prévention du blanchiment d'argent un élément fondamental des devoirs requis de la part des intermédiaires financiers. C'est sur elle que repose en grande partie l'efficacité globale du système. Lors de l'établissement de relations d'affaires avec des personnes morales, une pratique s'est développée selon laquelle les intermédiaires financiers s'assurent des pouvoirs de représenter les personnes morales et de l'identification de leurs représentants lorsque celles-ci agissent comme cocontractant.⁷ Pour les personnes physiques qui agissent en qualité d'organe d'une personne morale cocontractante et qui sont enregistrées au registre de commerce avec mention de leur droit de signature, l'extrait actuel du registre de commerce suffit comme procuration. Pour toutes autres personnes physiques, l'intermédiaire financier doit prendre connaissance de la procuration établie (recommandation: copie de la procuration pour le dossier LBA). L'OAR-FIDUCIAIRE|SUISSE recommande le respect de cette procédure depuis l'entrée en vigueur de la LBA.

Art. 3 – Vérification de l'identité du cocontractant

(les nouveautés sont en couleur)

1 Lors de l'établissement de relations d'affaires, l'intermédiaire financier doit vérifier l'identité du cocontractant sur la base d'une pièce justificative. **Lorsque le cocontractant est une personne morale, l'intermédiaire financier doit prendre connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant et vérifier l'identité des personnes établissant la relation d'affaires au nom de la personne morale.**

Informations sur l'objet et le but de la relation d'affaires (art. 6 al. 1 LBA)

Les informations relatives à l'objet et au but envisagé de la relation d'affaires souhaitée par le client sont largement collectées dans la pratique à l'ouverture de la relation, ne serait-ce qu'aux fins de la détermination du profil du client, de ses besoins ou encore dans le cadre de la gestion des risques. Ces informations sont par ailleurs nécessaires pour permettre l'exercice effectif des devoirs de vigilance continue, à savoir la surveillance des transac-

tions et les clarifications complémentaires, dans le cadre d'une relation d'affaires. L'étendue de la collecte d'information à laquelle procède l'intermédiaire financier dépend en pratique du risque que comporte la relation d'affaires.⁸

Art. 6 – Obligations de clarification (les nouveautés sont en couleur)

- 1 **L'intermédiaire financier est tenu d'identifier l'objet et le but de la relation d'affaires souhaitée par le cocontractant. L'étendue des informations à collecter est fonction du risque que représente le cocontractant.**
- 2 L'intermédiaire financier doit clarifier l'arrière-plan économique et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires lorsque:
 - a. la transaction ou la relation d'affaires paraissent inhabituelles, sauf si leur légalité est manifeste;
 - b. des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime, qu'une organisation criminelle (art. 260^{er} ch. 1 CP) exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs **ou que celles-ci servent au financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} al. 1 CP).**

Valeurs patrimoniales de faible valeur (art. 7a LBA)

Une disposition de minimis inscrite à un nouvel art. 7a complète la LBA. Fondée sur une approche tenant compte du risque pour la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, elle porte non pas sur l'assujettissement des intermédiaires financiers, mais sur les obligations de diligence. Une règle de minimis, telle qu'elle existe déjà à l'art. 3 al. 2 LBA pour les opérations de caisse, est ainsi également introduite pour certaines relations suivies. L'intermédiaire financier doit en effet pouvoir se délier du respect des obligations de diligence selon les art. 3 à 7 LBA dans le cas de relations suivies, lorsque les montants sont de faible valeur et que la légalité de la relation d'affaires est manifeste.

Cette disposition bagatelle contribuera à l'introduction et au développement en Suisse de nouveaux marchés ou produits financiers comportant un danger très faible de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, comme par exemple la monnaie électronique (compte électronique pour le paiement de prestations sur Internet).⁹ Le membre classi-

que de l'OAR-FIDUCIAIRE|SUISSE n'est guère concerné par cette nouvelle disposition.

Art. 7a – Valeurs patrimoniales de faible valeur (nouveau)

L'intermédiaire financier n'est pas tenu de respecter les obligations de diligence (art. 3 à 7) si la relation d'affaires porte uniquement sur des valeurs patrimoniales de faible valeur et qu'il n'y pas d'indices de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme.

Assouplissement de l'interdiction d'informer

Art. 10a – Interdiction d'informer (nouveau)

- 1 L'intermédiaire financier ne doit informer ni les personnes concernées ni des tiers du fait qu'il a effectué une communication en vertu de l'art. 9 tant que dure le blocage des avoirs qu'il a décidé.
- 2 Lorsque l'intermédiaire financier n'est pas en mesure de procéder lui-même au blocage, il peut informer l'intermédiaire financier soumis à la présente loi qui est en mesure de le faire.
- 3 L'intermédiaire financier peut également informer un autre intermédiaire financier soumis à la présente loi du fait qu'il a effectué une communication en vertu de l'art. 9, si cela est nécessaire au respect des obligations découlant de la présente loi et que tous les deux remplissent l'une des conditions suivantes:
 - a. fournir à un client des services communs en relation avec la gestion des avoirs de celui-ci sur la base d'une collaboration convenue contractuellement;
 - b. faire partie du même groupe de sociétés.
- 4 L'intermédiaire financier qui a été informé au sens de l'al. 2 ou de l'al. 3 est soumis à l'interdiction d'informer prévue à l'al. 1.

La LBA révisée prévoit désormais d'inscrire l'interdiction d'informer dans un article spécifique (art. 10a LBA), afin de la séparer du blocage des avoirs (art. 10 LBA). Dès lors, l'intermédiaire financier, qui n'est pas en mesure de bloquer les avoirs concernés, peut informer celui qui est en mesure de le faire. Cette proposition, qui a reçu un accueil favorable des milieux consultés, vise essentiellement les gérants de fortune. Ces derniers n'ont d'ordinaire qu'un pouvoir de dispo-

→ Quel fiduciaire est intermédiaire financier?

Le champ d'application de l'intermédiation financière est réglé à l'art 2 de la loi contre le blanchiment d'argent (LBA). Les personnes travaillant dans les domaines fiduciaires sont surtout concernées par l'art. 2 al. 3 LBA.

Art. 2 al. 3 LBA

Sont en outre réputées intermédiaires financiers les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, en particulier les personnes qui

- a. effectuent des opérations de crédits (portant notamment sur des crédits à la consommation ou des crédits hypothécaires, des affecturages, des financements de transactions commerciales ou des leasings financiers);
- b. fournissent des services dans le domaine du trafic des paiements, notamment en procédant à des virements électroniques pour le compte de tiers, ou qui émettent ou gèrent des moyens de paiement comme les cartes de crédit et les chèques de voyage;
- c. font le commerce, pour leur propre compte ou pour celui de tiers, de billets de

banque ou de monnaies, d'instruments du marché monétaire, de devises, de métaux précieux, de matières premières ou de valeurs mobilières (papiers-valeurs et droits-valeurs) et de leurs dérivés;

- d. (abrogé)
- e. pratiquent la gestion de fortune
- f. effectuent des placements en tant que conseillers en matière de placement
- g. conservent ou gèrent des valeurs mobilières.

En simplifiant, une personne est soumise à la LBA quand elle est, dans le cadre de son activité professionnelle – même sans procuration bancaire – en mesure de disposer des avoirs de ses clients. Une signature collective suffit.

(Formule brève: intermédiaire financier = «celui qui a le pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales appartenant à des tiers»). La LBA connaît plusieurs exceptions. L'association professionnelle FIDUCIAIRE[SUISSE] gère un OAR (Organisme d'autorégulation) qui a comme mission d'informer tous les membres concernant les dispositions de la LBA et de les soutenir dans l'application de cette loi.

sition limité sur les avoirs de leurs clients et ne peuvent pas empêcher ceux-ci d'en disposer, contrairement à la banque qui gère le compte ou le dépôt. De ce fait, il ne leur était pas possible de bloquer les avoirs en cas de communication. Certains participants à la consultation ont proposé d'étendre les possibilités d'information à des tiers, au-delà du cas spécifique des gérants de fortune, comme par exemple aux entreprises de cartes de crédit ou aux assurances-vie qui collaborent ensemble. Il a en outre été relevé que les sociétés appartenant à un même groupe ne devraient pas être considérées comme des tiers au sens de l'art. 10a LBA.¹⁰

Aggravation des sanctions

L'art. 36 LBA (Exercice d'une activité sans autorisation) a été abrogé et remplacé par l'art. 44 LFINMA¹¹ (Exercice de l'activité sans autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement). Quiconque pratique intentionnellement l'exercice d'une activité sans autorisation ou agrément sera puni d'une peine privative de liberté. Si l'auteur agit par négligence, il sera puni d'une amende de 250 000 francs au plus.

L'amende en cas de violation de l'obligation de communiquer (art. 37 LBA) a été augmentée de 200 000 à 500 000 francs. Nouveau: si l'auteur agit par négligence, il sera puni d'une amende de 150 000 francs au plus. En cas de récidive dans les cinq ans suivant une condamnation entrée en force, l'amende sera de 10 000 francs au moins.

La violation de l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) sera punie, même si un intermédiaire financier rompt des négociations visant à établir une relation d'affaires, s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ont un rapport avec une des infractions mentionnées aux art. 260^{ter} ch. 1 ou 305^{bis} CP ou servent au financement du terrorisme. Ceci est une aggravation importante des sanctions en cas de violation de l'obligation de communiquer. La pratique nous indiquera avec quelle rigueur ces sanctions seront appliquées. ■

¹ Loi fédérale du 10 octobre 1997 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 (État au 1^{er} février 2009).

² Message du Conseil fédéral (no. 07.064) sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI) du 15 juin 2007 (cité par la



suite: Message no. 07.064 du 15 juin 2007), chiffre 1.1.

³ Message no. 07.064 du 15 juin 2007, chiffre 1.3.2. al. 1.

⁴ Si la LBA n'était entrée en vigueur qu'après fin avril 2009, l'affiliation du MROS au «Groupe Egmont» aurait été suspendue. Le «Groupe Egmont» réunit les différents Bureaux de communication nationaux. Il a pour but d'améliorer la coopération internationale notamment par l'échange rapide et juridiquement correct d'informations entre les bureaux de communication en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

⁵ MROS = Money Laundering Reporting Office Switzerland (Bureau de communication selon l'art. 9 LBA).

⁶ Art. 260^{quinties} al. 1 CP: «Celui qui, dans le dessein de financer un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, réunit ou met à disposition des fonds, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.»

⁷ Message no. 07.064 du 15 juin 2007, chiffre 1.3.3., al. 1.

⁸ Message no. 07.064 du 15 juin 2007, chiffre 1.3.3., al. 1.

⁹ Message no. 07.064 du 15 juin 2007, chiffre 1.3.5., al. 1.

¹⁰ Message no. 07.064 du 15 juin 2007, chiffre 1.3.7., al. 1 et 2.

¹¹ Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA), RS 956.1.