

Aux intermédiaires financiers affiliés de l'OAR/ASSL et aux organes de contrôle IF

Zurich, le 12 juillet 2018

Suivi du 4^e rapport d'évaluation mutuelle du GAFI et révision partielle de la LBA En particulier: l'obligation de communiquer aujourd'hui et après le projet de consultation

Madame, Monsieur,

Nous avons le plaisir de vous informer à nouveau sur les dernières évolutions des travaux dans le cadre du suivi de la 4^e évaluation mutuelle du GAFI et sur le projet de révision partielle de la LBA qui en découle.

1. Caractéristiques du projet de consultation

Une consultation vient d'être ouverte sur la révision partielle planifiée de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LBA; RS 955.0). Le projet de loi comprend entre autres les mesures suivantes, importantes pour vous:

- Dans le cadre de l'identification de l'ayant droit économique, l'obligation explicite de vérifier les informations obtenues du client est introduite au niveau de la loi.
- En outre, une obligation explicite et générale de vérification périodique de l'actualité des données de clients (profil de client) doit être introduite dans la LBA.
- Les incertitudes en relation avec le système de communication des soupçons de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme doivent être clarifiées afin d'améliorer leur efficacité, qui a de nouveau été remise en question par le GAFI.
- Les associations qui courent le risque d'être utilisées de façon abusive aux fins de financement du terrorisme ou de blanchiment d'argent doivent se faire inscrire au registre du commerce. Toutes les associations assujetties à l'inscription doivent tenir une liste de leurs membres et pouvoir être représentées par une personne domiciliée en Suisse.

Le délai de consultation court jusqu'au 21 septembre 2018. Vous pouvez vous procurer les documents y afférents sous le lien suivant: <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/pendent.html#EFD>.

Nous vous remercions d'avance pour vos **observations concernant les modifications prévues**, que vous devriez nous faire parvenir **d'ici au 10 septembre 2018 au plus tard**.

Outre la vérification des indications relatives à l'ayant droit économique ainsi que l'actualisation des informations de clients, des modifications sont prévues surtout en ce qui concerne le droit de communication et l'obligation de communiquer. Il nous tient dès lors à cœur de vous informer encore une fois sur l'état actuel de la pratique de la FINMA en matière d'obligation de communiquer et de vous présenter les motifs des innovations prévues. Dans ce cadre, nous vous invitons à nous communiquer notamment vos expériences en relation avec le droit de communication ainsi que la délimitation entre le droit de communication et l'obligation de com-

muniquer. Votre opinion sur la suppression prévue du droit de communication nous intéresse par conséquent.

2. Droit de communication et obligation de communiquer

2.1 La pratique actuelle en matière d'obligation de communiquer

La FINMA a fourni dans son rapport annuel 2017 une présentation détaillée de la pratique actuelle en matière d'obligation de communiquer (cf.

<https://www.finma.ch/fr/documentation/publications-finma/rapport-d-activite/>, pages 30 - 32).

Elle se fonde à cet effet sur la pratique du Tribunal pénal fédéral qui y est citée. En résumé, la FINMA retient textuellement ce qui suit:

«Les dispositions relatives aux clarifications particulières selon l'art. 6 LBA exigent de l'intermédiaire financier qu'il clarifie le contexte économique et la finalité d'une transaction ou d'une relation d'affaires s'ils semblent inhabituels. Les clarifications menées doivent être documentées de telle manière que des tiers experts puissent se faire une opinion fiable des transactions et des relations d'affaires ainsi que du respect de la loi sur le blanchiment d'argent.

Il existe un soupçon fondé lorsque les résultats de ces clarifications complémentaires ne permettent pas d'invalider l'hypothèse selon laquelle ces valeurs patrimoniales pourraient résulter d'une activité criminelle.

L'intermédiaire financier doit communiquer de telles relations d'affaires au MROS (obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA; cf. les arrêts du Tribunal pénal fédéral SK 2017.54 du 19 décembre 2017 et SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1.1). Si les conditions d'une obligation de communiquer sont incertaines, l'intermédiaire financier est malgré tout autorisé à effectuer une communication (droit de communication selon l'art. 305ter al. 2 CP).»

(Citation du rapport annuel 2017 de la FINMA, p. 31).

La FINMA montre aux pages 30 à 32 de son rapport annuel 2017 quelques exemples d'une bonne et d'une mauvaise pratique de communication, et a publié un schéma de déroulement pour la marche à suivre en cas de soupçons. **Veillez tenir compte de cette publication!**

2.2 Concernant la suppression prévue du droit de communication

Le législateur entend supprimer le droit de communication de l'art. 305^{ter} du code pénal tout en laissant la teneur de l'art. 9 LBA inchangée. A son avis, l'état de fait visé par le droit de communication est déjà contenu dans l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA. A la page 5/54 du rapport explicatif sur le projet d'une révision partielle de la LBA, il retient donc ce qui suit:

«La jurisprudence de ces dernières années ayant confirmé que la notion de 'soupçons fondés' figurant à l'art. 9 LBA doit être comprise au sens large, le droit de communiquer au sens de l'art. 305ter, al. 2, du code pénal (CP) n'est plus guère applicable et il est donc proposé de le supprimer. Une autre modification importante est également nécessaire, à savoir l'abolition du délai de 20 jours pour l'analyse des communications de soupçons par le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (ci-après MROS).»

Et plus loin (page 17/54):

«Un des arguments invoqués contre la suppression du droit de communiquer était qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer si un soupçon est 'fondé' au sens de l'art. 9 LBA, d'autant que cette notion n'était alors pas définie par la jurisprudence. Par conséquent, en cas de doute, l'intermédiaire financier peut faire usage du droit de communiquer, ce qui est également dans l'intérêt de la détection et de la poursuite du blanchiment d'argent. Depuis lors, la situation a changé. Les procédures pénales administratives menées pour soupçon de violation de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 en relation avec l'art. 37 LBA ont confirmé ces dernières années que la notion de 'soupçons fondés' devait être comprise au sens large. Le Tribunal pénal fédéral ainsi que le Tribunal fédéral ont notamment établi qu'un soupçon est clairement considéré comme fondé au sens de l'art. 9 LBA si des indices suspects subsistent après les clarifications particulières prévues à l'art. 6, al. 2, LBA. En l'absence de clarification dans un délai raisonnable, un 'simple doute' peut également, selon le droit en vigueur, déclencher l'obligation de communiquer visée à l'art. 9 LBA.»

Le législateur renvoie dans ce contexte à un arrêt du Tribunal fédéral du 21 mars 2018 (1B_433/2017), dont la teneur est la suivante:

«Un 'simple doute' suffit en principe pour déclencher une obligation de communiquer. L'existence d'une infraction criminelle préalable ne doit pas être hautement probable. En cas de doute, il y a lieu de procéder à une communication de soupçon. (...) Si le soupçon subsiste dans le cadre des clarifications particulières prévues à l'art. 6, al. 2, LBA (...), il est réputé fondé de plein droit (...).»

(Citation du considérant 4.9 de la décision mentionnée).

Pour nous se pose la question de savoir si le droit de communication selon l'art. 305^{ter} CP ne serait pas en fin de compte justifié dans la mesure où il permet à l'intermédiaire financier, en cas de simples «perceptions» ne déclenchant pas encore de simple doute, de faire une communication. Votre opinion à ce sujet nous intéresse, afin de préparer notre prise de position.

Nous espérons que la présente mise à jour vous sera utile. Nous vous adressons d'ores et déjà nos meilleurs remerciements pour votre collaboration. Si vous désirez de plus amples informations, nous vous prions de bien vouloir nous contacter si possible par e-mail.

Cordiales salutations

sig. Markus Hess, secrétaire de la commission OAR
suppléant de Lea Ruckstuhl, responsable secrétariat OAR/ASSL