

Violation de l'obligation de communiquer : **Jurisprudences récentes et difficultés pratiques**

Conférence du 13 septembre 2023

Séminaire OAR FSA / FSN – formation continue LBA 2023

Prof. Dr. Andrew M. Garbarski

Bär & Karrer SA

Table des matières

I. Introduction et cadre légal

1. Violation de l'obligation de communiquer (art. 37 LBA)
2. Conditions d'application
 - 2.1 Éléments constitutifs objectifs
 - 2.2 Éléments constitutifs subjectifs
3. Prescription de l'action pénale
4. Poursuite et jugement

II. Jurisprudences récentes et difficultés pratiques

1. Cercle des auteurs
 - 1.1 Responsabilité de l'auteur direct (affaire Bank Coutts/1MDB)
 - 1.2 Responsabilité du supérieur hiérarchique (affaire Société Générale/Pougatchev)
 - 1.3 Responsabilité en cas d'organe collégial (affaire PKB Privatbank)
2. Fin de l'obligation de communiquer
 - 2.1 Après l'ouverture d'une procédure pénale (affaire Banque cantonale de Fribourg)
 - 2.2 Après la clôture de la relation d'affaires
3. Responsabilité pénale subsidiaire de l'entreprise (affaire Banque cantonale de Fribourg)

III. Conclusion

I. Introduction et cadre légal

Des proches de Poutine ont blanchi près de 8 milliards via Gazprombank

12 juillet 2023

Des hommes de paille de **Vladimir Poutine** ont blanchi plus de 7,6 milliards de francs, entre 2006 et 2016, via la filiale suisse de **Gazprombank**. Ce montant est quatre fois plus élevé que celui évoqué jusqu'ici. L'information ressort d'un prononcé pénal du **Département fédéral des finances (DFF)**. →

Cinq collaborateurs de la fiduciaire genevoise Candeo poursuivis par le DFF

Litige - 30 août 2023

Cinq collaborateurs anciens et actuels de la fiduciaire genevoise **Candeo Coporate Services SA** sont accusés d'avoir tardé à dénoncer les agissements de plusieurs clients impliqués dans des affaires de fraude et de corruption. Un ancien administrateur vient d'être condamné par le **Département fédéral des finances (DFF)**. La procédure se poursuit pour les quatre autres prévenus, qui sont présumés innocents. ☒

Beat Ammann, l'ancien directeur juridique de la **BSI**, vient de voir son interdiction professionnelle prononcée par la **Finma** confirmée par le **Tribunal fédéral (TF)**. Il lui était reproché d'avoir "violé ses devoirs de diligence en matière de blanchiment et d'organisation de la banque", en lien notamment avec le scandale **1MDB (AWP)**. L'arrêt du TF peut être consulté [ici](#).

Un ancien cadre de la compliance de Lombard Odier jugé à Bellinzone

Ⓢ 1MDB: l'ancien chef de la compliance de Rothschild Trust condamné

Une employée d'EFG condamnée dans le sillage de l'affaire 1MDB

1. Violation de l'obligation de communiquer (art. 37 LBA)

Actualité et intérêt du sujet

- Nombre de communications MROS en constante augmentation (+28% en 2022 vs 2021).
- Place centrale de la lutte contre le blanchiment d'argent dans le quotidien des intermédiaires financiers.
- Affaires de blanchiment portant sur des sommes de plus en plus importantes en Suisse (Petrobras, 1MDB, PDVSA, Russian Laundromat, etc.).
- Obligation de communiquer conçue comme un instrument essentiel pour préserver l'intégrité de la place financière suisse.
- Durcissement de la pratique du Département fédéral des finances (DFF) et augmentation du nombre de procédures pénales administratives (~ 40 procédures DFF en cours) et judiciaires (cf. casuistique citée dans ce support).
- Jurisprudences récentes du Tribunal pénal fédéral (TPF) et du Tribunal fédéral (TF), sources d'insécurité juridique et – osons le dire – pas toujours en phase avec la réalité du «terrain».
- Avocats et notaires : mauvais élèves ? 2 communications enregistrées en 2022 (0.03%)



Avant-projet de Loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques (30 août 2023) → extension des obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent à certaines activités de conseil juridique

Procédures judiciaires pour violation de l'obligation de communiquer (TPF et TF)

État au 1^{er} septembre 2023

N	TPF (1 ^{ère} instance)	TPF (2 ^{ème} instance)	TF	TPF (après renvoi)
1	SK.2014.14 Condamnation	N/A	6B_503/2015 = 142 IV 276 Condamnation confirmée (CHF 20'000; aLBA 37)	-
2	SK.2017.38 Classement	N/A	6B_1453/2017 = BGE 144 IV 391 Annulation et renvoi	SK.2018.47 Acquittement
3	SK.2017.54 Condamnation (CHF 15'000; LBA 37 II)	-	-	-
4	SK.2018.15 Acquittement	-	6B_1332/2018 Annulation et renvoi	SK.2019.76 = TPF 2021 36 Condamnation (CHF 10'000; LBA 37 I)
5	SK.2018.32 Acquittement	CA.2019.7 = 2021 11 Condamnation	6B_786/2020 = BGE147 IV 274 Condamnation confirmée (CHF 10'000; LBA 37 II)	-
6	SK.2019.55 Condamnation	CA.2020.10 Condamnation confirmée (CHF 50'000; LBA 37 I)	-	
7	SK.2020.48* Classement	??? Pendente		
8	SK.2020.39 Condamnation (CEO et Head Compliance)	CA.2021.14* Acquittement du CEO Condamnation confirmée pour Head Compliance (CHF 20'000; LBA 37 I)	??? Pendente	

1. Violation de l'obligation de communiquer (art. 37 LBA)

Art. 37¹⁸² Violation de l'obligation de communiquer

¹ Est puni d'une amende de 500 000 francs au plus celui qui, intentionnellement, enfreint l'obligation de communiquer prévue à l'art. 9.

² Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 150 000 francs au plus.

³ ...¹⁸³

- ➔ Infraction de **mise en danger abstraite**, de degré **contraventionnel** (art. 103 CP): amende pouvant aller jusqu'à 500'000 francs suisses.
- ➔ La loi fédérale sur le **droit pénal administratif** (DPA) est applicable à la poursuite et au jugement de l'infraction à l'art. 37 LBA (cf. art. 1 al. 1 let. f *cum* art. 50 al. 1 LFINMA).
- ➔ Inscription au **casier judiciaire** : seulement si l'amende infligée dépasse 5'000 francs suisses; la condamnation ne figure cependant jamais sur l'extrait du casier destiné aux particuliers.

2. Conditions d'application

2.1 Eléments constitutifs objectifs

1. Assujettissement à l'obligation de communiquer	2. Valeurs patrimoniales impliquées dans la relation	3. Connaissance ou soupçons fondés du rapport entre les valeurs et une infraction pénale	4. Communication omise ou tardive
<ul style="list-style-type: none"> • Délit propre pur : ne peut être commis que par une une personne soumise à l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA, soit <u>un intermédiaire financier</u> ou <u>un négociant</u> au sens de l'art. 2 LBA. • Responsabilité pénale principalement encourue par les personnes physiques (art. 6 DPA). <ul style="list-style-type: none"> ➔ Dépend généralement des <u>règlements et directives internes</u> • Entreprise pourra être recherchée pénalement <u>à titre subsidiaire</u> aux conditions de l'art. 49 FINMA. 	<p>Interprétation large</p> <p>➔ tout actif ayant une <u>valeur économique</u> (monnaie tant scripturale, qu'électronique ou virtuelle, choses mobilières et immobilières, créances, papiers-valeurs, pierres et métaux précieux).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • L'intermédiaire financier n'a aucun doute ou, à tout le moins, nourrit des soupçons fondés que les valeurs sont liées à une infraction. <p>Attention: l'intermédiaire financier ne doit pas juger de la pertinence de la communication d'un point de vue juridique (p. ex. prescription de l'infraction préalable ? Compétence des autorités suisses ?, etc.).</p>	<p>➔ La communication est tardive lorsqu'elle n'intervient pas immédiatement après l'apparition chez l'intermédiaire financier des éléments donnant lieu à des soupçons fondés.</p>



La réalisation de l'infraction de l'art. 37 LBA s'examine **ex ante**, soit à l'aune des éléments dont disposait l'intermédiaire financier **au moment où il aurait dû procéder à la communication.**

2. Conditions d'application

2.2 Eléments constitutifs subjectifs

Art. 37¹⁸² Violation de l'obligation de communiquer

¹ Est puni d'une amende de 500 000 francs au plus celui qui, **intentionnellement**, enfreint l'obligation de communiquer prévue à l'art. 9.

² Si l'auteur agit **par négligence**, il est puni d'une amende de 150 000 francs au plus.

³ ...¹⁸³

- L'intention (al. 1) suppose que l'auteur ait agi avec conscience et volonté, le dol éventuel étant suffisant.
 - La négligence (al. 2) se conçoit comme une imprévoyance coupable, laquelle est réalisée lorsque l'auteur aurait dû reconnaître l'existence d'un état de fait prévu par l'art. 9 LBA s'il avait fait preuve de l'attention requise et que l'on peut lui en faire le reproche (art. 12 al. 3 CP).
- ➔ Enfreint aussi l'art. 37 LBA l'intermédiaire financier qui n'a pas eu de soupçons fondés parce qu'il ne s'est pas conformé à ses obligations de clarification.

3. Prescription de l'action pénale

Délai de prescription

En vertu de l'art. 52 LFINMA, la poursuite des infractions à la législation sur les marchés financiers – telle que la LBA (art. 1 al. 1 let. f LFINMA) – se prescrit **par 7 ans**.

Point de départ

La prescription commence à courir dès le jour où les agissements coupables ont cessé (art. 98 let. c CP *cum* 104 CP).

- ➔ l'art. 37 LBA consacre un délit continu.
- ➔ le point de départ est étroitement lié à la question de savoir quand prend fin l'obligation de communiquer.

Interruption

La prescription ne court plus si, avant son échéance, un «*jugement de première instance*» a été rendu (art. 97 al. 3 CP).



Le prononcé pénal du DFF (art. 70 DPA) est assimilé à un tel jugement, si le prononcé est fondé sur une *base circonstanciée* et rendu dans une *procédure contradictoire* (ATF 147 IV 274, c. 1.5).

4. Poursuite et jugement

Autorité de poursuite

- Le **DFF**, sous réserve d'une éventuelle jonction en mains d'une autorité de poursuite cantonale ou fédérale déjà saisie du même complexe de fait (art. 50 LFINMA).

Jugement par un Tribunal

- En cas de demande, le jugement relève de la **juridiction fédérale**, soit du TPF (art. 50 al. 2 LFINMA).
- Concrétise la garantie de l'accès à un juge indépendant et impartial (art. 6 CEDH), ce que le DFF n'est pas.
- Procédure judiciaire régie par les art. 73 à 80 DPA.

Voies de recours

- Depuis le 1^{er} janvier 2019: un appel est ouvert auprès de la **Cour d'appel du TPF** (art. 38 ss LOAP). Cognition limitée à la violation du droit et la constatation arbitraire des faits.
- En dernière instance: un recours en matière pénale au **TF** est ouvert (art. 78 ss LTF).

II. Jurisprudences récentes et difficultés pratiques

1. Cercle des auteurs

2.2.4.1 Entrent notamment en compte comme auteurs d'une violation de l'art. 37 LBA la personne responsable de procéder à la communication selon la répartition interne des compétences, la personne externe qui a été mandatée à cette fin, les organes tenus de fournir les bases pour l'instruction et la supervision de l'entité responsable de la communication ainsi que les organes et collaborateurs chargés de l'instruction et de la supervision de l'entité responsable de la communication (WERNER DE CAPITANI, *op. cit.*, n° 9 *ad* art. 37 LBA et les réf. citées).



Champ d'application **très large** consacré par la jurisprudence (p. ex. TPF SK.2017.54 du 19 décembre 2017)

1. Cercle des auteurs

1.1 Auteur direct (affaire Bank Coutts/1MDB)

Etat de fait

- Selon directives internes, le prévenu, responsable de l'unité AML et *money laundering reporting officer*, était compétent pour décider des communications au MROS.
- Chef d'équipe du *front* et le *head of regulatory risk* devaient être préalablement consultés.
- En septembre 2009, USD 700 mio. sont versés sur le compte d'une société *offshore*, dont l'ayant-droit économique est Jho Low.
- Malgré des soupçons fondés, le responsable de l'unité AML ne les a pas communiqués au MROS et a quitté la banque en 2012.
- Violation intentionnelle de l'obligation de communiquer (art. 37 LBA *cum* art. 9 LBA).

**Raisonnement du TPF
(SK.2019.55 du 28
juillet 2020;
CA.2020.10 du 2 août
2021)**

➔ En tant que personne responsable pour procéder aux communications au MROS, le prévenu a engagé sa responsabilité comme auteur direct (art. 6 al. 1 DPA), d'autant plus que la consultation du chef d'équipe du *front* et du *head of regulatory risk* n'avait qu'une portée informative.

1. Cercle des auteurs

1.2 Supérieur hiérarchique (affaire Société générale/Pougatchev)

Etat de fait

- Directive interne relative aux «*Règles anti-blanchiment*» prévoyait jusqu'à fin janvier 2012 que le Directeur général est compétent pour décider de toute communication au MROS.
- Puis, dès le 1^{er} février 2012, la directive prévoyait qu'en cas d'indices de blanchiment, la *Compliance* devait établir le formulaire de communication, le soumettre pour validation au Directeur juridique, le transmettre au Directeur général pour information. La *Compliance* envoyait la communication au MROS.
- Selon l'organisation de la banque, le Directeur général était le supérieur hiérarchique direct du responsable de la *Compliance*.
- En tant que supérieur direct, Directeur général assumait une position de garant à l'égard du responsable de la *Compliance* ;
- En outre, en tant que dirigeant de la banque, il avait un devoir de surveillance de l'activité des subordonnés, ce qui implique d'avoir un regard critique ;

Raisonnement du TPF (SK.2020.39 du 31 mai 2021 [recours déposé])

→ En n'examinant pas de manière attentive et critique les documents à sa disposition, le Directeur général a enfreint l'art. 37 LBA par négligence et cela pour l'ensemble de la période incriminée (29 mars 2011 au 13 octobre 2013), y compris lorsqu'il est devenu président du CA de la banque.

1. Cercle des auteurs

1.2 Supérieur hiérarchique (affaire Société générale/Pougatchev)

Raisonnement de la Cour d'appel du TPF (CA.2021.14)

- Il y a lieu de (mieux) distinguer les phases temporelles selon la fonction exercée par le prévenu.
 - En tant que Directeur général, le prévenu s'est rendu coupable de l'infraction par négligence du 29 mars 2011 au 30 septembre 2012.
 - En revanche, dans sa nouvelle fonction de président du CA, il devait honorer de nouvelles obligations, de nature différente. Certes, il était attendu de lui qu'il veille au bon fonctionnement de la banque, mais en se basant sur son appréciation de l'activité fournie par le service *Compliance*, on ne saurait lui reprocher d'avoir enfreint ses obligations et d'avoir ainsi violé l'art. 37 LBA.
- Conclure le contraire reviendrait à exiger de lui de vérifier l'ensemble de toutes les activités dans le détail, ce qui serait strictement impossible.
- Dès lors que le prononcé pénal a été rendu le 19 août 2020, la prescription de l'action pénale était déjà acquise en ce qui concerne ce prévenu, lequel a donc été acquitté par la Cour d'appel du TPF.

1. Cercle des auteurs

1.3 Organe collégial (affaire PKB Privatbank)

Etat de fait

- Relation bancaire ouverte en 2007, au nom d'une société *offshore*, dont l'ayant droit économique était un conseiller d'une municipalité italienne, accusé en 2010 d'avoir touché des pots-de-vin.
- La compétence de communiquer, selon les directives internes de la banque, appartenait à **un comité de *Due Diligence*** qui avait décidé de ne pas procéder à la communication.
- Suite à une fusion intervenue en 2011, l'ancien chef du département compliance devient responsable du département *Legal & Compliance* de la banque reprenante (PKB Privatbank).
- Au sein de celle-ci, la communication incombait *in fine* au chef du département.
- En 2011, suite à la fusion, le département *Legal & Compliance* procède, une nouvelle fois, à des contrôles qui font apparaître le nom du client.
- Le chef du département n'en est toutefois pas informé.
- Le TPF a considéré que le prévenu ne pouvait pas être tenu responsable et l'a donc acquitté, car la compétence de communiquer appartenait à **un comité** qui avait décidé de ne pas procéder à la communication.
- S'agissant de la période post-fusion, le TPF a également rejeté l'idée d'une négligence dès lors que les collaborateurs n'avaient pas remonté d'éléments négatifs pertinents au prévenu.

Raisonnement du TPF (SK.2018.15 du 18 octobre 2018)

1. Cercle des auteurs

1.3 Organe collégial (affaire PKB Privatbank)

**Solution retenue par le TF
(6B_1332/2018 du 28
novembre 2019)**

- Transposant la jurisprudence «*Von Roll*» (ATF 122 IV 103), le TF a considéré que la responsabilité du chef d'entreprise (art. 6 al. 2 et 3 DPA) pouvait s'appliquer à **chaque membre individuel** d'un organe collégial en cas de manquement à un devoir incombant au collège.
- Renvoi de la cause au TPF.

**Solution retenue, sur renvoi,
par le TPF (SK.2019.76 du 22
octobre 2020)**

- Condamnation du prévenu pour violation intentionnelle de l'obligation de communiquer.
- En tant que responsable du département *Compliance* et membre du comité de *due diligence*, organe compétent pour décider de la communication au MROS en vertu des directives internes, le prévenu avait **une obligation indépendante d'agir**.



Le fait qu'un organe collégial décide de ne pas communiquer n'exonère pas ses membres individuels d'une responsabilité pénale.

Difficultés pratiques

- Nouvelle forme d'infraction de mauvaise organisation ?
- Qu'en est-il du membre minorisé, i.e. qui s'exprime en faveur d'une communication, mais qui n'est pas suivi par la majorité des membres ?

2. Fin de l'obligation de communiquer

2.1 Après l'ouverture d'une procédure pénale (affaire Banque cantonale de Fribourg)

Etat de fait

- Plainte pénale pour escroquerie et blanchiment déposée en juin 2010.
- Pas de communication MROS effectuée par la Banque cantonale de Fribourg (BCF). Violation par négligence de l'obligation de communiquer reprochée par le DFF à la BCF.

Raisonnement du TPF (SK.2017.38 du 23 novembre 2017)

- Saisi par la BCF, le TPF a constaté la prescription de l'action pénale puisque plus de 7 ans s'étaient écoulés entre la réception de la plainte précitée et le prononcé pénal du DFF.

Solution retenue par le TF (ATF 144 IV 391)

- Sur recours du DFF, le TF a estimé que certaines des informations que doit contenir une communication selon l'art. 9 LBA (art. 3 OBCBA) faisaient défaut dans la plainte pénale.
- Ainsi, l'obligation de communiquer avait perduré aussi longtemps que les autorités pénales n'avaient pas connaissance du sort des valeurs pouvant être liées au blanchiment d'argent, soit **tant que celles-ci pouvaient encore leur échapper.**

2. Fin de l'obligation de communiquer

2.1 Après l'ouverture d'une procédure pénale – Difficultés pratiques et évolution de la jurisprudence

Difficultés pratiques

- Incertitude de savoir si l'obligation de communiquer perdure *dans tous les cas* au-delà de l'ouverture d'une procédure pénale.
- Absence de prise en compte du fait que la communication selon l'art. 9 LBA n'entraîne, par principe, plus le blocage automatique des valeurs concernées (art. 10 LBA).
- Incertitude de savoir si l'art. 3 OBCBA n'a qu'une vocation illustrative ou doit être désormais considéré comme le *benchmark* des informations dont les autorités pénales doivent être nanties.
- Fin de l'obligation de communiquer suspendue aux démarches qui relèvent **exclusivement** de l'autorité pénale.
- La jurisprudence se montre de plus en plus exigeante s'agissant de la fin de l'obligation de communiquer.

Évolution de la jurisprudence

➔ Le seul moment pertinent pour la fin de l'obligation de communiquer est celui où l'autorité de poursuite pénale dispose de toutes les informations pertinentes nécessaires au séquestre, indépendamment du séquestre effectif (TPF SK.2020.48 du 3 mars 2021 ; SK.2018.47 du 26 avril 2019), contrairement à ce que pouvait laisser penser la jurisprudence du TF.

➔ Ce moment marque également le **point de départ** de la prescription de l'action pénale.

2. Fin de l'obligation de communiquer

2.2 Après la clôture de la relation d'affaires (ATF 142 IV 276)

Etat de fait

- Ouverture d'un compte au nom d'une société auprès d'une banque ;
- Enquête pour blanchiment d'argent en rapport à des actes potentiels de corruption et séquestre des valeurs sur le compte bancaire.

Solution retenue par le TF (ATF 142 IV 276)

- L'obligation de communiquer persiste tant que subsistent des valeurs patrimoniales susceptibles d'être découvertes et confisquées.
- Selon le TF, il serait choquant que l'intermédiaire financier, qui a un soupçon fondé, puisse se délier de toute obligation, en mettant simplement un terme à la relation d'affaires.

➔ L'obligation de communiquer **ne cesse pas avec la fin de la relation d'affaires** (consid. 5.4.2).

Difficultés pratiques

- Absence de limite temporelle absolue fixée par le TF ;
- Comment un intermédiaire financier est-il censé déterminer si et dans quelle mesure subsistent des valeurs patrimoniales sujettes à confiscation, *a fortiori* lorsque les soupçons infondés apparaissent pour la première fois (longtemps) après la clôture de la relation ?

3. Responsabilité pénale subsidiaire de l'entreprise (affaire Banque cantonale de Fribourg)

Responsabilité pénale subsidiaire de l'entreprise (art. 49 LFINMA)

État de fait (TPF SK.2018.47 du 26 avril 2019)

Il est loisible de renoncer à poursuivre les personnes punissables et de condamner à leur place l'entreprise au paiement de l'amende à condition que :

- (i) l'enquête rendrait nécessaires à l'égard des personnes punissables des mesures d'instruction hors de proportion par rapport à la peine encourue, **et**
- (ii) l'amende entrant en ligne de compte dans le cas d'espèce ne dépasse pas CHF 50'000.-.

- Plainte pénale pour escroquerie et blanchiment déposée en juin 2010.
- Pas de communication MROS effectuée par la BCF. Violation par négligence de l'obligation de communiquer reprochée à la BCF par le DFF.
- BCF **acquittée** par le TPF, au motif que les conditions de l'art. 49 LFINMA n'étaient pas remplies en l'espèce.
- Le risque imminent de prescription ne permettait pas au DFF de faire l'économie de tenter de rechercher d'abord une personne physique.

III. Conclusion

Merci de votre attention !



Andrew.Garbarski@baerkarrer.ch

T: +41 58 261 57 00
M: +41 58 262 57 22
F: +41 58 261 57 01

Andrew Garbarski est spécialisé en droit pénal économique, droit pénal administratif et contentieux commercial. Il conseille également la clientèle sur des problématiques relevant de l'entraide judiciaire et administrative internationale.

Il est l'auteur de nombreuses publications juridiques ayant trait à ces différents domaines. Andrew Garbarski est également un contributeur régulier du site www.verwaltungsstrafrecht.ch, dédié au droit pénal administratif.

Il a été identifié par *Who's Who Legal 2023* en tant que «*Future Leader*» dans la catégorie *Global Leader – asset recovery*, et en tant que «*Leader*» dans les catégories *National Leader – asset recovery, business crime defence et commercial litigation*, par *Chambers and Partners*, où il est classé en «*Band 2*» dans la catégorie «*White Collar Crime*» et par *Euromoney Legal Media Group* en tant que «*Rising Star*» dans la catégorie «*White Collar Crime*» (Expertguides, LMG Rising Stars 2015, 2016 et 2017).

Andrew Garbarski est, en outre, Professeur à l'Université de Lausanne, où il enseigne le droit pénal économique et la procédure pénale.

Andrew Garbarski a été nommé par l'Office fédéral de la justice en 2020 en tant que membre du groupe de travail chargé de la modernisation du droit pénal administratif.



Zurich

Brandschenkestrasse 90
CH-8027 Zurich

Basel

Lange Gasse 47
CH-4052 Basel

Geneva

12, quai de la Poste
CH-1211 Geneva 11

Zug

Baarerstrasse 8
CH-6301 Zug

Lugano

Via Vegezzi 6
CH-6901 Lugano