

À l'attention de tous les intermédiaires financiers affiliés
à l'OAR FSA/FSN

Bulletin d'information 1/2021

avril 2021

1. **Révision LBA**
2. **Contrôles : gestion des dossiers, remédiation et documentation standard**
3. **Obligation de communiquer – soupçons fondés**
4. **GAFI/FATF: Liste des pays à risque actualisée**
5. **Rappel : affiliation OAR pour personnes physique et morale qualifiant comme « IF »**
6. **LSFin et LEFin : Les points de repère d'un point de vue avocate/Notarie – intermédiaire financier**
7. **Publications OAR : mise à jour FAQ et rapport d'activité 2018-2020**
8. **Séminaires LBA ; dates à réserver 2021-2022, attestations rectifiées pour 2020**

Chères Consœurs, Chers Confrères,
Mesdames, Messieurs,

1. Révision LBA

Lors de la session d'hiver, le Conseil National est finalement revenu sur sa décision initiale de non-entrée en matière. Il est donc entré en matière mais, à l'image du Conseil des Etats, a rejeté toutes les dispositions relatives aux conseillers.

Enfin, en date du 10 mars dernier, le Conseil des Etats a éliminé la seule divergence restante entre les deux chambres, qui concernait la définition dans la loi du concept de « soupçon fondé ». Par conséquent le « soupçon fondé » reçoit la définition suivante (nouvel article 9, al. 1^{quater} LBA) : *« Il y a des soupçons fondés lorsque l'intermédiaire financier dispose d'un signe concret ou de plusieurs indices concrets laissant supposer que les critères définis à l'al. 1 let. a pourraient être remplis pour les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires et que les clarifications supplémentaires effectuées en vertu de l'article 6 ne permettent pas de dissiper les soupçons ».*

Les deux autres modifications de la LBA les plus significatives pour les affiliés sont :

- la précision qu'il faudra, dorénavant systématiquement, vérifier l'identité de l'ayant droit économique, et non pas seulement identifier l'ayant droit économique (modification de l'article 4 al. 1 première phrase LBA) : *« l'intermédiaire financier doit, avec la diligence requise par les circonstances, identifier l'ayant droit économique et vérifier son identité, afin de s'assurer de savoir qui est l'ayant droit économique ... »* ;
- l'ancrage dans la loi de l'obligation de mettre à jour régulièrement les informations et documents en application de l'article 7 LBA, la périodicité, le mode et le volume de ces mises à jour étant fonction du risque que le client représente. (cf. article 7, al. 1 bis).

Nous reviendrons bien entendu sur ces sujets dans nos prochains Bulletins d'information (Texte soumis au vote final : [FF 2021 668](#)).

2. Contrôles : gestion des dossiers, remédiation et documentation standard

Au titre de rappel, chaque affilié doit, en présence d'une société de domicile détenant des valeurs patrimoniales pour une personne physique, déterminer un système cohérent dans la tenue du dossier LBA concerné : soit, l'affilié considère que son cocontractant est la personne physique, soit il considère que son cocontractant est la personne morale (en l'occurrence, la société de domicile). L'affilié peut opter pour l'un ou l'autre des systèmes mais il doit ensuite se tenir au système choisi de manière systématique, pour l'ensemble des dossiers LBA concernés. Par ailleurs, on rappellera que si la personne physique est le critère choisi, il faut tenir un dossier pour chaque mission distincte confiée (cf. art. 2, lettre h, Règlement OAR). Par exemple, la personne physique cocontractante peut causer l'ouverture d'un premier dossier en relation avec une procuration confiée à l'affilié sur son compte bancaire personnel, puis d'un deuxième dossier en relation avec la société de domicile dans laquelle l'affilié agit comme organe.

Par ailleurs, lorsqu'au moment du contrôle, le contrôleur constate un manquement dans un dossier et impartit un délai à l'affilié pour remédier à ce manquement, il est dans l'intérêt de l'affilié de procéder sans retard à la remédiation et de confirmer cette dernière remédiation au contrôleur – avec copie au Secrétariat de l'OAR – dans le délai imparti. En effet, en l'absence d'un tel suivi ponctuel, le profil de risque de l'affilié peut en être péjoré, provoquant par exemple une accélération de la périodicité des contrôles.

Enfin, nous vous informons que la documentation standard actualisée pour le [rapport de contrôle](#) est désormais disponible en ligne.

3. Obligation de communiquer – soupçons fondés

Nous avons mentionné au point 1 ci-dessus que la LBA comportera dorénavant une définition du concept de soupçons fondés. Nous verrons dans quelle mesure cette définition dans la loi aura ou non un impact sur la jurisprudence existante sur le sujet.

Pour le moment, il convient de se référer à la jurisprudence du Tribunal fédéral, et tout particulièrement à l'arrêt du TF [6B 786/2020](#), du 11 janvier 2021, destiné à la publication au recueil des ATF.

Cet arrêt traite des deux griefs suivants soulevés par le recourant : 1. la prescription et son interruption et 2. Les principes de légalité et de non-rétroactivité en lien avec l'interprétation - évolutive – de la notion de « soupçons fondés ».

Même s'il ne s'agit pas du point qui nous intéresse directement ici, le premier grief est important. Les faits reprochés (violation de l'obligation de communiquer) au recourant remontaient à 2011 (16 mai au 6 juin). Le délai de prescription était de 7 ans et le prononcé pénal a été rendu juste avant l'échéance du délai de 7 ans (5 avril 2018).

Pour rappel, la prescription ne court plus si, avant son échéance, un jugement de premier instance (de condamnation ou d'acquiescement) a été rendu (art. 97, al.3 CP). En l'espèce, le recourant a tenté vainement de provoquer un changement de jurisprudence selon laquelle, pour les affaires pénales qui sont d'abord traitées en procédure administrative pénale - comme c'est le cas pour les violations de l'obligation de communiquer, de la compétence du DFF - le prononcé pénal (art. 70 DPA) - lequel doit reposer sur une base circonstanciée et être rendu dans le cadre d'une procédure contradictoire - qui succède au mandat de répression (art. 64 DPA), constitue la décision déterminante qui met fin à la prescription.

Ainsi, le TF continue de considérer que le prononcé pénal est assimilable à un jugement de première instance au sens de l'art. 97, al.3 CP. Au contraire de l'ordonnance pénale (art. 352 ss. CPP) qui n'est, selon le TF, qu'une proposition de règlement extrajudiciaire d'une affaire pénale, et qui n'a pas d'effet interruptif. In casu, le TF a donc rejeté le grief de la prescription.

A propos des **soupons fondés**, la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral avait retenu « *que le service de compliance avait satisfait à ses obligations de clarifications en requérant des informations complémentaires et que les éléments à la disposition du recourant ...n'étaient pas suffisants pour fonder un soupçon d'origine criminelle des fonds ou de blanchiment d'argent, qui aurait pu justifier une communication au MROS* », alors que la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral, suivie par le TF, a pour sa part considéré que :

« Les étapes du raisonnement devaient être les suivantes. Dans la mesure où, il existait des indices de blanchiment, il y avait lieu de demander des clarifications. La banque avait bien ouvert une procédure de clarification mais n'avait pas obtenu de réponse satisfaisante sur plusieurs aspects de la transaction : C. [le client] n'avait pas expliqué de manière plausible les raisons d'une ouverture d'une relation bancaire auprès d'un nouvel intermédiaire financier, de la réception le lendemain d'une importante somme d'argent et de la volonté de transférer, respectivement de retirer, la quasi-totalité des valeurs patrimoniales ; surtout, il n'avait pas démontré par pièce les motifs de ces versements et encore moins les raisons pour lesquelles toutes ces transactions étaient urgentes. L'autorité précédente [La Cour d'appel] a ainsi estimé qu'il y avait lieu de clarifier la relation d'affaires dans sa globalité, et semble donc avoir reproché à l'autorité de première instance d'avoir considéré que l'obtention d'informations en rapport avec l'origine des fonds était suffisante, alors que le but des transferts requis par le client était demeuré peu clair, car peu cohérent avec les explications données et dépourvu de preuve documentaire. Elle en a conclu que la procédure de clarification n'avait pas permis de dissiper les doutes initiaux, de sorte qu'en vertu de la jurisprudence portant sur la notion de « soupçons fondé [...], une communication au MROS s'imposait » (Mises en évidence ajoutée).

L'arrêt du TF précité fait donc le point de la jurisprudence relative à la notion de soupçon fondé à ce jour et reconnaît que cette jurisprudence a procédé à une interprétation « évolutive » du texte de l'art. 9 LBA (glissement vers le simple doute après clarification). Toutefois, l'arrêt du TF ne considère pas que l'interprétation faite en l'espèce violerait les principes de légalité et de non-rétroactivité.

Ainsi, il faut retenir de cet arrêt que si des doutes existent et que les clarifications de ces doutes ne sont pas globalement concluantes tant sur l'origine des fonds que sur leur utilisation, une communication s'impose.

4. GAFI/FATF: Liste des pays à risque actualisée

Nous attirons votre attention à la publication du GAFI, actualisée fin février 2021, concernant la mise à jour de la liste des *pays et juridictions à haut risque* ([High-Risk Jurisdictions subject to a Call for Action – February 2021](#)) et des *juridictions sous surveillance* ([Jurisdictions under Increased Monitoring – February 2021](#)), ces derniers comprennent également le Burkina Faso, les Îles Caïman, le Maroc et le Sénégal. Des informations supplémentaires sont disponibles sous les liens respectifs.

5. Rappel : affiliation OAR pour personnes physique et morale qualifiant comme « IF »

Dans le but de sensibiliser les intermédiaires financiers à l'obligation d'obtenir l'autorisation à exercer (affiliation à un OAR) de tous les sujets de droit qualifiant comme « intermédiaire financier », les contrôleurs vous ont explicitement posé cette question ou le feront lors de leur prochain audit chez vous. Vous serez en même temps invité à fournir vos *déclarations personnelles* à ce sujet. Nous vous demandons de bien vouloir assurer que, parallèlement aux personnes physiques inscrites, toute société éventuellement détenue et utilisée à des fins d'intermédiation financière, bénéficie de l'affiliation requise.

On rappellera qu'il peut y avoir des situations où l'IF (personne physique) intervient en même temps personnellement et par le biais d'une société, qui elle-même agit également comme « IF ». Dans ces cas, les deux sujets qualifient comme intermédiaires financiers et doivent être inscrits comme tels.

Pour toute question à ce sujet, n'hésitez pas à prendre contact avec le Secrétariat.

6. LSFIn et LEFin : Les points de repère d'un point de vue avocate/notaire – intermédiaire financier

Nous saisissons l'occasion pour vous rappeler quelques éléments utiles qui pourraient vous guider dans l'examen des règles légales en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020. Un Fact Sheet actualisé est disponible sur notre site sous [Publications](#): « LSFIn-LEFin_Points de rattachement pour les membres de l'OAR FSA FSN ».

7. Publications OAR : mise à jour FAQ et rapport d'activité 2018-2020

Une mise à jour de la rubrique FAQ de l'OAR sera bientôt disponible sous [FAQ](#). Nous profitons également pour vous annoncer la publication du rapport d'activité 2018-2020 dans les prochains jours.

8. Séminaires LBA : dates à réserver 2021-2022, attestations rectifiées pour 2020

Nous vous rappelons qu'il convient de vous inscrire pour les séminaires OAR prévus en 2021 ou 2022. La participation est obligatoire tous les 2 ans.

Corrigendum : les attestations pour les séminaires 2020 ont été rectifiées et sont parvenues aux affiliés concernés. Nous nous excusons encore du problème survenu, lié à l'introduction d'une nouvelle application électronique. Désormais, les nouvelles attestations seront accessibles en ligne sur votre portail personnel.

Les dates prévues pour 2021 et 2022 sont les suivantes : inscription sous : <https://www.oar-fsa-fsn.ch/fr>.

Formation de base 2021 Genève mardi, 14.09.2021 Lugano (i) jeudi, 07.10.2021 Zurich (a) mardi, 19.10.2021	Formation continue 2021 Genève mercredi, 15.09.2021 mercredi, 03.11.2021 Lugano (i) mercredi, 06.10.2021 Zurich (a) mercredi, 20.10.2021 Olten (a) mercredi, 17.11.2021
Formation de base 2022 Genève mardi, 13.09.2022 Lugano (i) jeudi, 06.10.2020 Zurich (a) mardi, 18.10.2022	Formation continue 2022 Genève 14.09.2022 02.11.2022 Lugano (i) 05.10.2022 Zurich (a) 19.10.2022 Olten (a) 16.11.2022

Nous restons volontiers à votre disposition pour répondre à vos questions éventuelles.

Didier de Montmollin, responsable de l'information OAR FSA/FSN

Secrétariat général, Spitalgasse 40, 3011 Berne, info@swisslawyers.com, tél. : 031 533 70 00
 Allemand : Christian Lippuner, lippuner@advlippuner.ch, tél. : 071 227 11 30
 Français : Didier de Montmollin, didier.demontmollin@dgepartners.com, tél. : 022 761 66 66
 Italien : Pietro Crespi, pietro.crespi@crespi.ch, tél. : 091 825 15 52

Disclaimer : L'OAR FSA/FSN se réserve la liberté d'informer sur des thèmes choisis, sans aucune prétention à l'exhaustivité. En plus des séminaires et des bulletins d'information, il appartient aux affiliés de prendre eux-mêmes toutes les mesures nécessaires afin de disposer des informations nécessaires à la bonne marche de leurs activités assujetties à la LBA. En particulier il est rappelé l'utilité de s'abonner aux informations électroniques dispensées par les autorités compétentes, en particulier le DFF, la FINMA, le SECO et le MROS.