

ACTUALITE AML

6 AOUT 2010

Par M. Yvan Gillard, avocat associé, Rusconi & Associés, Lausanne

Points modifiés par rapport à la version du 16.07.2010 :

- chiffre 2.1.1.1 : mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama ben Laden (modifications) ;
- chiffre 2.2.1.1 : GAFI, Rapport « Global Money Laundering & Terrorist Financing, Threat Assessment », July 2010.

1. Jurisprudence, pratique de la FINMA et d'autres autorités

1.1 Tribunal fédéral

305ter CP

Arrêt 6B_140/2010 du 16 avril 2010 (non publié) : refus de considérer comme des cas de négligence, et donc non punissables, des défauts en matière de vérification de l'ADE, vu l'expérience de l'intéressé qui avait constitué plusieurs sociétés actives dans des affaires de conseil en placements.

Art 65 PPF, séquestre

Arrêt 1B_21/2010 du 25 mars 2010-04-20 : refus de lever le séquestre sur des biens liés à une possible activité de blanchiment. Rappel que, dans une structure de type trust, seul le trustee, à l'exclusion des bénéficiaires, peut recourir comme titulaire contre la saisie provisoire d'un compte. Recours rejeté.

1.2 FINMA : Rapport annuel 2009

1.2.1 Blâme adressé à une banque en relation avec le comportement d'un directeur de succursale ayant ouvert diverses relations d'affaires avec des clients qui concluaient des opérations sur valeurs mobilières douteuses en violation des dispositions applicables en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (Rapport 2009, p.53)

1.3 MROS : Rapport annuel 2009

Commentaire : « Le rapport annuel du MROS permet, entre autres, d'apprécier une fois encore l'importance jouée par les informations provenant de tiers, et notamment des médias, dans le déclenchement du processus d'annonce (rap. Chif.2.3.6). Le rapport fournit également quelques rappels utiles concernant les modifications récentes de la LBA et leurs conséquences :

- tentative de blanchiment d'argent (art. 9 al.1 let b LBA) : il n'est pas sans risque de reprendre des négociations interrompues après que le MROS ait décidé de classer l'affaire, le cas échéant (rap. Chif. 4.1) ;
 - lorsqu'un intermédiaire financier est informé par un autre intermédiaire d'une communication effectuée (art. 10a LBA), le fait qu'une première communication ait été adressée ne dispense pas le second établissement d'envoyer sa propre communication, le cas échéant (rap. Chif. 4.2) ;
- Le rapport contient ensuite un utile résumé concernant la portée de l'obligation de communiquer en présence de d'infractions fiscales (rap. Chif. 4.3) »

2. Réglementation

2.1 Suisse

2.1.1 SECO

2.1.1.1 RS 946.203 - Ordonnance du 2 octobre 2000 instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au groupe «Al-Qaïda» ou aux Taliban

Modification du 19.07.2010

2.1.1.2 RS 946.206.1 - Ordonnance du 18 mai 2004 sur la confiscation des avoirs et ressources économiques irakiens gelés et leur transfert au Fonds de développement pour l'Irak

Modification du 11 juin 2010

2.1.1.3 RS 946.231.143.6 - Ordonnance du 14.02.2007 instituant des mesures à l'encontre de la République islamique d'Iran

Modification de l'ordonnance du 18.6.2010 avec entrée en vigueur le 23.6.2010

2.1.1.4 RS 946.231.169.4 – Ordonnance du 13 mai 2009 instituant des mesures à l'encontre de la Somalie

Modification de l'ordonnance du 7.5.2010, avec entrée en vigueur le 13.5.2010

2.1.1.5 946.231.138.1 - Ordonnance du 24 février 2010 instituant des mesures à l'encontre de la Guinée

Modification de l'ordonnance du 15.4.2010, avec entrée en vigueur le 22.4.2010

2.1.1.6 Ordonnance du 19.03.2002 instituant des mesures à l'encontre du Zimbabwe (RS 946.209.2)

Modification de l'ordonnance du 9.3.2010 avec entrée en vigueur le 11.3.2010

2.1.1.7 RS 946.231.16 - Ordonnance du 19 janvier 2005 instituant des mesures à l'encontre du Libéria

Modification du 17.2.2010 de l'ordonnance, avec entrée en vigueur le 1.3.2010

2.1.1.8 RS 946.231.132.9 - Ordonnance du 3 février 2010 instituant des mesures à l'encontre de l'Erythrée

2.1.1.9 RS 946.231.157.5 - Ordonnance du 28 juin 2006 instituant des mesures à l'encontre du Myanmar

Modification du 15.12.2009 de l'ordonnance, avec entrée en vigueur le 17.12.2009

2.1.1.10 RS 946.231.17 - Ordonnance du 18 janvier 2006 instituant des mesures à l'encontre de l'Ouzbékistan

Abrogation du 4 novembre 2009 de l'ordonnance, avec entrée en vigueur le 5 novembre 2009.

2.1.1.11 RS 946.231.127.6 - Ordonnance du 25 octobre 2006 instituant des mesures à l'encontre de la République populaire démocratique de Corée

Modification du 01.09.2009 de l'ordonnance; entrée en vigueur le 02.07.2009

2.1.2 Autres

2.1.2.1 FINMA (Rapport 2009, p.77ss)

- Annonce par la FINMA de la prochaine fusion des trois ordonnances rendues par cette autorité en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (commentaire : *la FINMA annonce notamment son intention de préciser la notion de «relation d'affaires portant uniquement sur des valeurs patrimoniales de faible valeur» (art. 7a LBA), ce qui ne sera probablement pas sans influence sur la CDB 08*) ;

- Annonce par la FINMA de la prochaine publication d'une circulaire d'application de l'ordonnance du Conseil fédéral concernant l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel ;

- Rappel que les dispositions entrées en vigueur le 1^{er} février 2009 obligent notamment l'intermédiaire financier à identifier l'objet et le but de la relation d'affaires souhaitée par le client (commentaire : *cette exigence contraint l'intermédiaire à identifier un changement subséquent dans l'utilisation de la relation*).

2.1.2.2 Ratification par la Suisse de la Convention de l'ONU contre la corruption

La Suisse apporte sa pierre à l'édifice de la lutte contre la corruption

Berne, 25.09.2009 - Le président de la Confédération Hans-Rudolf Merz a déposé hier à New-York l'instrument de ratification de la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC). En tant qu'Etat partie à cette convention, la Suisse s'engagera dans la lutte contre la corruption organisée selon des normes plus efficaces au niveau mondial. En ratifiant la CNUCC, la Suisse confirme l'engagement dont elle a fait preuve jusqu'ici pour cette convention, notamment dans le domaine du rapatriement d'avoirs de potentats.

Extrait du communiqué de presse publiée par le DFF

2.1.2.3 Mise en consultation du projet visant à modifier la loi sur les embargos (LEmb)

Le projet présenté, qui prévoit notamment le durcissement des sanctions en cas de violation des ordonnances prononcées en application de dite loi, ancre définitivement les violations graves de celle-ci dans la catégorie des crimes (une peine privative de liberté de 1 à 10 ans est prévue) dont le produit pourra donc faire l'objet d'actes de blanchiment (art. 9 al.2 du projet). La version actuelle est ambiguë, puisqu'à son art. 9 al. 2 elle parle de « délit » pour des peines applicables en réalité à des crimes au sens du CP (5 ans d'emprisonnement).

Le projet présenté prévoit également une exclusion de responsabilité pénale, civile et contractuelle (art 4a) en cas de transmission spontanée d'informations, cela sans référence spécifique cependant au secret bancaire.

2.1.2.4 Mise en consultation du projet visant à modifier le droit applicable concernant les infractions relatives au délit d'initié et à la manipulation de cours, actuels art 160 et 161 CP

Le projet présenté, qui prévoit le transfert des art. 160 et 161 CP dans la loi sur les bourses (LBVM), instaure une infraction qualifiée en matière de délit d'initiés et de manipulation de cours qui fait de tels agissements des crimes dont le produit sera désormais susceptible de blanchiment (art.44a et 44b nouveaux LBVM).

<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01634/index.html?lang=fr>

2.2 Internationale

2.2.1 GAFI/ FATF

2.2.1.1 Rapport du GAFI « Global Money Laundering & Terrorist Financing, Threat Assessment », July 2010.

Dans ce rapport, le GAFI fait le point sur les menaces liées au blanchiment et résume les principaux vecteurs de celui-ci (recours aux opérations cash, opérations de transfert y compris par le biais de money transmitters ou d'alternative remittance systems, recours aux third party business structures y compris le Trust et autres sociétés offshore, abus de juridictions déficientes en termes AML, etc...).

Le rapport n'apporte guère d'éléments nouveaux susceptibles d'être directement pris en considération par les banques. On relèvera cependant :

- l'accent mis sur le risque représenté par le Cash Intensive Businesses, soit les activités générant par définition d'importants apports en cash (rapport, chif.

marginal 77). Traditionnellement, la tendance pourrait être, au contraire, de sous-estimer ce risque, dès lors que le recours au cash apparaît usuel dans le cadre de telles activités ;

- l'encouragement à étendre la notion de PEP aux PEP indigènes (rapport, chif. marginal 254).

2.2.1.2 La déclaration publique du GAFI du 25.06.2010

<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/17/5/45540828.pdf>

Juridictions présentant toujours des déficiences sévères concernant les mesures anti-blanchiment (AML) et la lutte contre le financement du terrorisme (CFT) :

- Iran : graves déficiences en matière de lutte contre le financement du terrorisme. A défaut d'améliorations, le GAFI demandera des contre-mesures plus sévères en octobre 2010.
- République Démocratique de Corée : ne respecte pas les standards AML/CFT du GAFI.
- Sao Tome and Principe : inquiétudes persistantes malgré les efforts entrepris.

L'Angola, l'Equateur, le Pakistan, l'Ethiopie et le Turkménistan, qui figuraient dans la précédente mise en garde, ne sont plus mentionnés. Ces pays figurent cependant, avec d'autres, dans le document du GAFI du 25 juin 2010, intitulé **IMPROVING GLOBAL AML/CFT COMPLIANCE: ON-GOING PROCESS**, et qui énumère les pays pour lesquels des améliorations sont encore attendues concernant le processus AML.

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/About/FATF_AMLCFTCompliance_June2010.pdf

2.2.1.3 Les vulnérabilités en termes de blanchiment de capitaux des zones franches, 26.03.2010

« Les zones franches offrent de nombreux avantages aux sociétés qui y opèrent. Mais les caractéristiques des zones franches, bénéfiques aux entreprises légitimes, les rendent également très attractives pour les acteurs illicites qui peuvent tirer avantage d'une surveillance plus souple pour blanchir les produits du crime et financer le terrorisme. Le rapport du GAFI met l'accent sur les vulnérabilités des zones franches. »

Extrait de l'annonce publiée par le GAFI, le 26.03.2010

Commentaire : « les « red flags » communiqués sous annexe A du rapport peuvent être intéressants, même si beaucoup des indices mentionnés concernent plus spécialement l'activité de trade finance. Toutefois, au vu des remarques figurant dans le rapport, un intermédiaire financier devrait se montrer plus particulièrement concerné si un client devait être domicilié dans une zone franche. On peut notamment se demander si une telle domiciliation ne devrait pas impliquer, seule ou en présence d'autres motifs, une inclusion dans la catégorie des relations à risques accrus ».

2.2.1.4 Le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans le secteur des valeurs mobilières, 26.10.09

« Le secteur des valeurs mobilières est un des secteurs essentiels du secteur financier par lequel les personnes physiques et morales peuvent accéder au système financier, et fournit des occasions aux criminels d'en abuser. Le rapport du GAFI décrit (i) comment les criminels peuvent utiliser les valeurs mobilières pour blanchir des capitaux et financer le terrorisme et (ii) comment des fonds illicites sont générés au travers d'activités frauduleuses ».

Extrait de l'annonce publiée par le GAFI, le 26.10.09

2.2.2 BASEL COMMITTEE

2.2.2.1 Microfinance activities and the Core Principles for Effective Banking Supervision (Consultative document, February 2010).

Le 18^{ème} principe de ce projet du Comité de Bâle, en consultation jusqu'au 07.05.2010, traite du risque d'abus des structures relatives au micro-crédit, et notamment sous l'angle du risque de blanchiment. Le Comité rappelle que le GAFI promeut la « risk based approach », aux termes de laquelle il peut être renoncé, dans certaines conditions, aux mesures de due diligence habituellement nécessaires.

2.2.3 MONEYVAL (COMITÉ D'EXPERTS SUR L'ÉVALUATION DES MESURES DE LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT DES CAPITAUX ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME)

Déclaration publique en vertu de la sixième étape de la procédure de conformité renforcée à l'égard de l'Azerbaïdjan, 11.12.2009

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/About/AZE_StatDec09_fr.pdf

3. Divers

3.1 **Swiss Banking : Changements dans le commentaire de la CDB 08**

Circulaire ASB no 7634 du 18.11.2009

4. Bibliographie

- Saverio Lembo / Anne Valérie Julien Berthod : Blanchiment et fausse constatation dans un acte authentique : examen critique de jurisprudence et responsabilité du banquier in AJP 2010 no 1, p.54ss.

Commentaires : « les auteurs critiquent une récente décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral par laquelle celle-ci considère que les fonds ayant pour origine une vente opérée avec un dessous de table (253CP) proviennent d'un crime au sens de l'art.305bis CP et sont donc susceptibles d'être blanchis. Ils soulignent aussi que l'acceptation de tels fonds ne saurait fonder une obligation d'annonce au sens de la LBA »