

# ACTUALITE AML

29 juillet 2011

**Par M. Yvan Gillard, Procureur économique auprès du Ministère public central vaudois**

---

*Chaque fichier "Actualité AML" contient l'actualité réglementaire et jurisprudentielle parue durant l'année écoulée en matière de lutte anti-blanchiment. Concernant les sanctions SECO, seules les dernières mesures prises pour le pays concerné figurent dans un fichier.*

Points modifiés par rapport à la version du 03.06.2011 :

- chiffre 1.3.1 Pratique du MROS : communication LBA *versus* communication sanctions du Conseil fédéral;
- chiffre 2.1.1.1. Mesures à l'encontre de la Côte d'Ivoire (modifications);
- chiffre 2.1.1.2 Mesures à l'encontre de la Libye (modifications);
- chiffre 2.2.2.1 Déclaration publique du GAFI du 24.06.2011 concernant l'Iran et la République démocratique de Corée.

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

### 1.1 Tribunal fédéral

#### 1.1.1 Arrêt 6B\_221/2010cdu 25 janvier 2011.

Le bénéfice réalisé par le corrupteur peut-il être considéré comme "valeurs patrimoniales provenant d'un crime" au sens de l'art. 305bis ch. 1 CP, donnant ainsi lieu à confiscation ? Selon le TF, l'avantage indirect doit être en lien de causalité naturelle et adéquate avec l'acte de corruption sans forcément en être la conséquence directe et immédiate. En l'espèce, le maire d'une ville italienne a été corrompu dans le cadre d'une centrale thermique sur le point de cesser son activité. Dès lors qu'il n'est pas certain que la dite centrale aurait fermé ses portes à défaut de l'acte de corruption, le lien de causalité naturelle n'était pas suffisamment établi.

Extrait de l'arrêt in SJ 2011, p.169ss

#### 1.1.2 Arrêt 6B\_900/2009 du 21 octobre 2010. Le TF précise que, dans le cas où l'infraction préalable a été commise à l'étranger (305bis al. 3 CP), il suffit que le crime corresponde à des actes abstraitement punissables en Suisse lors de leur commission pour que l'art. 305bis CP puisse trouver application. Une double incrimination concrète n'est ainsi pas nécessaire.

Dans le cas d'espèce, les blanchisseurs en Suisse ont finalement été reconnus coupables de blanchiment par le TF alors que, lors de la commission des faits (en substance le blanchiment d'argent d'un fonctionnaire italien corrompu), le droit pénal suisse ne réprimait pas spécifiquement la corruption passive d'agents publics étrangers (art. 322 septies entré en vigueur le 01.07.2006). La corruption passive étant cependant réprimée sous l'ancien droit (art. 322a CP), le TF estime dès lors que les valeurs patrimoniales concernées proviennent d'un crime au sens de l'art. 305bis CP.

Arrêt résumé in SJ 2011, p.21ss.

1.1.3 Arrêt 6B\_908/2009 du 3 novembre 2010. Cet arrêt capital a pour toile de fond les activités délictueuses d'agents du fisc de l'état de Rio de Janeiro reconnus coupables de corruption passive dans leur pays et dont le produit de l'activité délictueuse a abouti sur les comptes d'une banque suisse.

En résumé, selon le Tribunal pénal fédéral, relayé ensuite par le TF, en présence d'indices tels que ceux relevés en l'espèce (fonctionnaires exerçant prétendument une activité accessoire, présence de fonds importants appartenant aux dits fonctionnaires, augmentation considérable des avoirs, présence d'éléments contradictoires dans les dossiers clients), des clarifications immédiates auraient tout d'abord dû être menées à bien. Par la suite, en ne prenant pas, lors d'une réunion directoriale, les décisions qui s'imposaient, à savoir notamment celle de transmettre au comité de direction de la banque l'information relatives aux risques identifiés, le directeur de la succursale concernée, qui devait se douter depuis plus d'un mois au moins que les fonds pouvaient avoir une origine illicite, s'est rendu coupable de blanchiment par omission, dès lors qu'il occupait une position de garant.

S'appuyant sur la LBA, sur les dispositions d'application prises par la Commission fédérale des banques et, en l'espèce, sur les directives internes de la banque, le TF en a déduit que, d'une manière générale, certains organes des établissements financiers concernés occupaient bel et bien une position de garant.

Outre les obligations AML spécifiques qui incombaient à l'intéressé en vertu de son cahier des charges (revue annuelle des relations sensibles, suivi de l'évolution des avoirs, etc...), celui-ci était soumis à l'obligation de clarifier en cas d'indices de blanchiment et, finalement, à l'obligation d'informer la Direction générale. En restant passif face à une situation critique en termes AML, l'intéressé a « *omis l'accomplissement d'actes qu'il était tenu juridiquement d'accomplir. Il a par conséquent violé, par omission, les devoirs qui lui incombaient* ».

Concernant l'existence de l'élément subjectif (intention), le TF explique qu' « *en restant passif, l'auteur s'est accommodé d'une réalisation possible des éléments objectifs constitutifs de l'infraction de blanchiment* ». Celle est donc réalisée, à tout le moins par dol éventuel.

On précisera qu'à côté du directeur de la succursale, le directeur du service juridique et celui du service compliance, notamment, ont également été condamnés.

Commentaire : *on imagine aisément la portée de cet arrêt pour tous ceux qui, sans faire partie des services spécifiquement en charge de la problématique AML, sont impliqués au niveau du front office dans la lutte anti-blanchiment et endossent certaines responsabilités de ce fait.*

*Sur le plan technique, sans critiquer le choix du TF d'admettre aujourd'hui la possibilité de commettre un acte de blanchiment par omission dès lors que la personne occupe une position de garant, il faut admettre que cette décision fait naître quelques dangers concernant les buts mêmes de la lutte anti-blanchiment et que cette décision pourrait finalement se révéler contre-productive à cet égard, suivant le mouvement qu'elle pourrait entraîner.*

*Il ne faut pas oublier en effet que, par opposition à d'autres systèmes, celui mis en place par la LBA (art. 9 al. 1) prévoit une obligation d'annonce en cas de soupçons fondés. Si l'on en arrivait à reconnaître (trop) largement une commission par omission en cas de retard dans l'exécution de certaines opérations AML (ex transmission d'informations à l'interne), on inciterait les intermédiaires financiers à annoncer systématiquement les cas douteux, ce qui n'est précisément pas le but poursuivi actuellement par notre réglementation. Dans cette optique, il serait en outre plus que regrettable que des pratiques différentes se développent entre autorités administratives (FINMA) et autorités pénales quant aux exigences à respecter par les différents intervenants dans le cadre de la lutte AML. Il nous paraît que, dans ce domaine, la FINMA est seule en mesure de déterminer concrètement les modalités d'exécution admissibles.*

1.1.4 Arrêt 4A\_594/2009 du 27 juillet 2010 : le TF rappelle les conditions dans lesquelles un acte illicite commis dans le cadre du respect de ses obligations anti-blanchiment pourrait entraîner la responsabilité civile de la banque, responsabilité niée en l'occurrence.

Au passage, le TF laisse entendre, en termes un peu ambigus il est vrai, que l'arrêt qui avait qualifié en son temps la CDB de « norme privée ne liant pas le juge » pourrait ne plus refléter la réalité (arrêt chif\_3.4).

*Commentaire* : pour notre part, nous estimons clairement que l'arrêt auquel le TF fait référence est totalement obsolète sur ce point (cf Guide CDB 08, Academy & Finance, chif. 1.2.2).

### 1.1.5 305bis CP

Arrêt 6B-321/2010 du 25 août 2010 (non publié) : un commerçant avait accepté d'encaisser, pour le compte de son chauffeur, deux chèques de CHF 60'000.- dont le produit provenaient, selon ce dernier, de la vente d'un bâtiment détenu par sa mère au Liban, alors que ces fonds avaient en réalité pour origine un trafic de drogue.

Condamné pour blanchiment en première instance, l'employeur a été acquitté, l'élément subjectif n'était pas réalisé selon le TF. Les doutes que pouvaient avoir l'employeur quant au caractère peu clair de l'opération ne constituaient pas encore des indices suffisants s'agissant d'une origine criminelle des fonds, sachant notamment que le chauffeur était à son service depuis cinq ans.

## 1.2 FINMA

### 1.2.1 Rapport annuel 2010

Le rapport 2010 ne fait pas état de décisions rendues par la FINMA dans le domaine AML pour l'année 2010. Concernant cette matière, il se borne à récapituler (p. 80ss) les avancées réglementaires survenues durant l'année 2010 (nouvelle ordonnance contre le blanchiment d'argent, nouvelle circulaire sur l'activité d'intermédiaire financier, essentiellement) et rappelle la communication faite concernant les risques liés aux relations d'affaires avec l'Iran (voir ci-après chiffre 2.1.2.3).

### 1.2.2 Information de la FINMA du 11 mars 2011 : "*Les obligations de diligence en relation avec les "personnes politiquement exposées"*".

Dans cette information, justifiée par les récentes mesures prises par le Conseil fédéral s'agissant du blocage et de l'obligation d'annonce des avoirs détenus par certaines personnes de Tunisie, d'Egypte et de Libye, la FINMA :

- rappelle l'historique et les bases du traitement des relations PEP en droit suisse (chiffre 2); dans ce cadre, il est souligné que l'entrée en relation d'affaires avec des PEP est autorisée (chiffre 2.6 et 5.4), dès lors que les strictes dispositions de l'OBA FINMA sont respectées (notamment clarifications liées au statut de risque accru, plausibilisation et documentation des informations reçues, mesures d'organisation);
- rappelle que les dispositions standards en matière d'annonce au MROS et de blocage des fonds s'appliquent également aux PEPs mais que le statut de PEP ne fonde pas à lui seul une obligation de communication. En cas de simple soupçon, le droit d'annonce naît (chiffre 2.9);
- rappelle les sanctions applicables en cas de non respect des règles (chiffres 3.2 et 3.3);
- rappelle le cadre réglementaire existant au niveau international (chiffre 4);
- souligne que les ordonnances relatives aux sanctions doivent être distinguées des prescriptions relatives au blanchiment. Les premières poursuivent d'abord un but politique. Dans ce cadre, les mesures de blocage poursuivent un but préventif dans l'optique de permettre le bon déroulement des procédures d'entraide, la question de la légitimité des fonds devant faire l'objet d'un examen ultérieur (chiffre 5.1); dès lors, l'annonce et le blocage exercés en conformité avec la LBA ne doivent pas être confondus avec ces mêmes mesures prises en application des ordonnances sur les sanctions. Dans ce dernier cas, le blocage intervient automatiquement et indépendamment de tout soupçon de blanchiment. A l'inverse, le devoir d'annonce de la LBA présuppose un soupçon fondé (chiffre 5.2), des indices concrets d'un crime devant être présents. L'annonce d'une relation sur la base des sanctions oblige l'intermédiaire à procéder à des clarifications LBA. Si celles-ci ne révèlent pas d'autres faisceaux de suspicions, il n'y a pas de soupçons fondés mais un simple soupçon demeure qui peut justifier de faire application du droit d'annonce. A défaut, la relation doit être surveillée.
- précise que, s'agissant des sanctions concernant la Tunisie, l'Egypte et la Libye, elle examine si les banques ont respecté leurs devoirs de diligence et d'annonce et qu'elle a requis d'un certain nombre de banques concernées la documentation y relative.

### 1.2.3 Bulletin 1/2010

Décision en constatation du 24 août 2009 : violation de la garantie de l'activité irréprochable (art. 3 al. 2 lit. c LB) de la part d'une banque et de certains de ses organes en relation avec de graves manquements dans le cadre des obligations liées à la lutte anti-blanchiment traduisant également un défaut d'organisation au sein de l'établissement concerné (art. 3 al. 2 lit. a LB et art. 9 al. 2 OB). Les manquements suivants ont été relevés :

- défaut dans la formation AML dispensée aux collaborateurs concernés ;
- défaut dans l'exécution des contrôles concernant le respect des dispositions AML au sein de la banque ;
- omission de publier certaines directives internes et notamment celle relative aux opérations de caisse
- défaillance dans la production de documents aux autorités requérantes ;
- défaut dans la réalisation du devoir de clarification ;
- défaut dans l'accomplissement de l'obligation de renouveler l'identification du cocontractant ou de l'ayant droit économique tant au niveau de la LBA que de la CDB.

En l'espèce, vu la gravité des faits et leur durée, la FINMA a rejeté l'argumentation de la banque tendant à refuser toute responsabilité pour incriminer la personne physique responsable de cette situation. La banque doit en effet exercer une surveillance adéquate sur l'ensemble de ses collaborateurs.

### 1.3 MROS :

#### 1.3.1 Pratique du MROS : communication LBA versus communication sanctions du CF (modification de la précédente information)

Dans cette communication, faisant suite à celle de la FINMA du 11 mars 2011 (voir supra chif. 1.2.2), le MROS expose la relation entre une communication faite à la Direction du droit international public (DDIP) sur la base d'une sanction ordonnée par le Conseil Fédéral (voir infra chif. 2.1.1) et une communication éventuellement faite pour la même relation d'affaires mais basée sur l'art. 9 LBA.

Il est notamment rappelé que les blocages opérés en vertu de l'art. 10 LBA ou en vertu des ordonnances du Conseil fédéral répondent à des impératifs différents et suivent des modalités spécifiques.

<http://www.fedpol.admin.ch/content/fedpol/fr/home/themen/kriminalitaet/geldwaescherei/praxis.html>

#### 1.3.2 Rapport annuel 2010

Commentaire : *Le rapport annuel du MROS permet, entre autres, d'apprécier une nouvelle fois l'importance jouée par les informations externes (71% des cas), et notamment des médias (32% des cas), dans le déclenchement du processus d'annonce (rap. chif.2.3.6). Tout établissement bancaire devrait donc être organisé de sorte à pouvoir compter efficacement sur ces sources d'informations.*

*Pour le surplus, le rapport fournit également quelques rappels utiles :*

- *la vente illégale de médicaments peut constituer une infraction fondant le blanchiment et donc l'obligation d'annonce (rap. chif. 3.9);*
- *l'intermédiaire financier, avant de procéder à une éventuelle annonce, doit se limiter à un examen matériel de l'infraction principale; il ne lui appartient pas en revanche de vérifier par exemple si la prescription est acquise ou si une plainte a valablement été déposée en cas de poursuite sur plainte uniquement (rap. chif. 4.1);*
- *lorsqu'une relation bancaire est soumise à une surveillance spéciale au sens de l'art. 284 CPP (voir chiffre 2.1.3.2 ci-dessous), l'établissement financier doit procéder parallèlement à une clarification selon l'art. 6 al.2 LBA et, dans certains cas, dénoncer les faits nouveaux éventuellement découverts;*
- *rappel de l'arrêt fondamental rendu par le Tribunal fédéral le 03.11.2010 et consacrant le blanchiment par omission (voir chiffre 1.1.3 ci-dessus).*

1.4 ASB : Rapport d'activités de la Commission de surveillance de la Convention de diligence des banques pour les années 2005-2010, disponible français sous :  
[http://www.swissbanking.org/fr/20110110-3610-all-taetikeitsbericht\\_2005\\_2010\\_d-cwe.pdf](http://www.swissbanking.org/fr/20110110-3610-all-taetikeitsbericht_2005_2010_d-cwe.pdf)

On relèvera d'emblée qu'un nombre important de décisions rapportées concernent la version 2003 de la CDB et perdent ainsi, pour une bonne part d'entre-elles, de leur actualité et que de nombreuses autres ont déjà été communiquées par le biais des "Leading cases".

Pour le surplus, parmi les points particulièrement significatifs, on peut notamment relever :

Procédure

- Les arguments procéduraux visant à contester l'ouverture ou le déroulement d'une procédure d'enquête doivent être soulevés immédiatement par la banque sous peine de péremption (rap. chif. IV.1, IV 2.1);

- une décision finale de la FINMA dans un cas portant sur une matière traitée par la CDB ne permet pas de se prévaloir de l'autorité de la chose jugée devant la Commission de surveillance (rap. chif. IV 5).

Vérification identité

- c'est bien l'adresse privée, et non l'adresse professionnelle, qu'il convient d'obtenir lors de l'identification du cocontractant (rap. chif. V 1.2.12);

- la notion d'opérations de caisse englobe également des opérations de transfert, dès lors que celles-ci mettent en cause deux parties non clientes de la banque (rap. chif V 1.2.15). *Commentaire : décision très discutable selon nous et sources de confusions potentielles à l'avenir !*

- en cas de délégation de la vérification de l'identité selon le chif. 21 al. 2 CDB, la confirmation de la conformité des copies peut figurer sur un document annexe (rap. chif. V 1.2.21).

Identification ADE

- rappel de la substance de la notion d'ayant droit économique (rap. chif V 2.2.1);

- rappel que la banque a le devoir d'éclairer son cocontractant sur le contenu et la signification du formulaire (251 CP) (rap. chif. V 2.2.2);

- le principe selon lequel, en cas de prêt, le prêteur doit être considéré comme l'ADE n'a pas de valeur absolue, la situation devant être analysée au cas par cas (rap. chif V 2.3.3) avec exemple d'une opération dans laquelle c'est bien l'emprunteur qui était l'ADE;

- lorsque la banque émet son propre formulaire A :

elle ne doit pas omettre l'indication et l'avertissement relatif au caractère de titre de ce document et les conséquences pénales en cas d'établissement d'un document erroné (251 CP)(rap. chif V 2.3.7.1);

elle ne saurait faire usage d'une expression du type "*Le soussigné déclare que...*" en lieu et place d'une référence à la notion de cocontractant. Une telle formulation augmente en effet le risque que le formulaire A ne soit pas signé par le cocontractant ou par son représentant (rap. chif. V 2.3.7.3).

- il convient d'identifier l'ADE d'une relation ouverte par un client membre d'un organisme d'autorégulation, dès lors que celui-ci ne saurait être assimilé à un "*autre intermédiaire financier*" au sens du chif. 34 al. 2 et 3 CDB 08 (rap. chif.V 2.3.8);

- le recours à un code de référence inscrit sur le formulaire A pour chaque opération intervenant sur un compte de passage est admissible dès lors qu'il est finalement possible de faire le lien entre une opération et le formulaire A correspondant (rap. chif. V 3.2.6);

- le simple renvoi à d'autres documents contenant les informations requises dans le formulaire A ne saurait suffire (rap. chif V 3.2.19 et 3.2.20).

Sociétés de domicile

- lorsqu'elle écarte un indice légal du chif.38 CDB de nature à établir l'existence d'une société de domicile, la banque doit dûment documenter sa décision (rap. chif V 3.2.9);

- Le seul fait que la banque ait, à tort, omis de repérer la qualité de société de domicile de sa cliente ne constitue pas encore une infraction à la CDB. Il faut encore que cette omission ait conduit à un défaut d'identification au sens de la CDB (rap. chif. V 3.2.13);

- Le fait que deux sociétés soient représentées par la même personne et aient la même adresse de siège représente un indice de l'existence de l'un des indices "légaux" du chif. 38 al.1 (rap. chif. V 3.2.16). *Commentaire : on semble introduire une sorte de notion d'indice au 2<sup>ème</sup> degré. Il vaudra mieux documenter la mise à l'écart, le cas échéant, d'un tel indice.*

- La banque n'a pas à prouver que la cliente n'est pas une société de domicile (rap. chif.3.2.21).

Secret professionnel

- Une présumée activité d'escrow agent menée par un avocat, qui recouvre en réalité la mise à disposition de comptes de passage, l'homme de loi agissant comme simple homme de paille, ne saurait faire l'objet d'un formulaire R (rap. chif. V 4.2.1);

- Lors de l'ouverture d'un compte professionnel au nom d'un avocat ou d'une étude d'avocats, la banque doit toujours clarifier la qualité d'ayant droit économique des valeurs déposées (rap. chif. V 4.2.2).

#### Doutes ultérieurs

- **La procédure d'identification de l'ayant droit économique doit également être renouvelée lorsqu'il existe des indications que les données récoltées, et notamment l'adresse, ne sont plus correctes (rap. chif V 5.2.1);**

- Le transfert de siège d'un cocontractant à l'étranger entraîne l'obligation de répéter la procédure de vérification de l'identité (rap. chif V 5.2.2) mais pas, en principe, celle de renouveler l'identification de l'ADE (rap. chif. V 5.2.3).

#### Soustraction fiscale

- Attestations trompeuses délivrées par une banque dont le collaborateur encaissait et versait des montants en espèces à l'étranger, en procédant ainsi à des opérations de compensation sur place entre les différents clients. Les avis indiquant que ces opérations avaient été effectuées au guichet en Suisse ne reflétaient pas la réalité (rap. chif. V 6.2.4); idem rap. chif V 6.2.8.

- Attestations trompeuses concernant des quittances attestant d'opérations au comptant, alors que les clients ne s'étaient pas rendus à la banque aux dates indiquées dans dites quittances (rap. chif. V 6.2.5);

#### Sanctions

- La circonstance que le manquement sanctionné soit le fait d'un cadre dirigeant de la banque est un facteur aggravant (rap. chif VI 1.2.3);

- Le recours à des documents d'identification sociaux datant de plus de 12 mois n'est plus un cas bénin si les documents dépassent largement la date de "péremption" (rap. Chif VI 2.1);

- La notion de "cas de peu de gravité" comporte également une appréciation quantitative. Ainsi, dès lors qu'un grand nombre de relations d'affaires est affecté, on ne peut plus parler de cas de peu de gravité, même si chaque violation en elle-même pourrait être qualifiée comme tel (rap. chif VI 2.5 et 2.4).

## 2. Réglementation

### 2.1 Suisse

#### 2.1.1 SECO – Conseil Fédéral (sanctions)

2.1.1.1 RS 946.231.13 Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de certaines personnes originaires de la Côte d'Ivoire du 19 janvier 2011.

Modification du 26.07.2011 (RS 946.231.128.9)

2.1.1.2 RS 946.231.149.82 Ordonnance du 30 mars 2011 instituant des mesures à l'encontre de la Libye.

Modification du 22.06.2011

2.1.1.3 RS 946.231.172.7 Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de la Syrie du 18 mai 2011

Modification du 24.05.2011

2.1.1.4 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 6 mai 2011

2.1.1.5 RS 946.231.116.9 - Ordonnance du 28 juin 2006 instituant des mesures à l'encontre du Bélarus)

Modification du 21.04.2011 de l'ordonnance, avec entrée en vigueur le 27.04.2011

2.1.1.6 RS 946.231.12 Ordonnance du 22 juin 2005 instituant des mesures à l'encontre de la République démocratique du Congo

Modification du 28.02.2011 de l'ordonnance, avec entrée en vigueur le 01.03.2011

2.1.1.7 RS 946.231.132.1 Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de certaines personnes originaires de la République arabe d'Égypte du 2 février 2011

Modifications de l'ordonnance du 16.02.2011

2.1.1.8 Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de certaines personnes originaires de la Tunisie du 19 janvier 2011

Modification du 04.02.2011

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

Modification de l'ordonnance du 13.1.2011, avec entrée en vigueur le 1.2.2011

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

Ordonnance du 19 janvier 2011, avec entrée en vigueur le 20 janvier 2011

Extrait :

#### **"Section 5 Restrictions aux transferts de fonds et aux services financiers**

**Art. 12** Obligation de déclarer et régime de l'autorisation pour les transferts de fonds

<sup>1</sup> Les transferts de fonds supérieurs à 10 000 francs dont une personne ou une entité iranienne est le bénéficiaire ou le donneur d'ordre doivent être déclarés par écrit au SECO dans les cinq jours ouvrables suivant l'exécution ou la réception.

<sup>2</sup> Avant d'exécuter ou de recevoir un transfert de fonds supérieur à 50 000 francs dont une personne ou une entité iranienne est le bénéficiaire ou le donneur d'ordre, il faut obtenir du SECO une autorisation en réponse à une demande écrite. Le SECO octroie l'autorisation si le transfert de fonds n'enfreint pas la présente ordonnance, la loi du 13 décembre 1996 sur le contrôle des biens (LCB)<sup>7</sup> ou la loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre (LFMG)<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Les al. 1 et 2 sont applicables même si le transfert de fonds est exécuté en plusieurs opérations connexes.

<sup>4</sup> Les transferts de fonds relatifs à des opérations concernant des vivres, des prestations médicales ou des équipements médicaux ou répondant à des besoins humanitaires sont exemptés du régime de l'autorisation selon l'al. 2.

<sup>5</sup> L'obligation de déclarer et le régime de l'autorisation ne s'appliquent pas aux transferts si l'autorisation d'un transfert a été accordée au titre des art. 2, al. 5, 4, al. 2, 5, al. 6, ou 10, al. 3. "

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

Modification du 29.11.2010 de l'ordonnance, avec entrée en vigueur le 3.12.2010

2.1.1.12 Mesures à l'encontre de la Sierra Leone

Abrogation du 3.11.2010 de l'ordonnance, avec entrée en vigueur le 4.11.2010

## 2.1.2 FINMA

### 2.1.2.1 Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA

Cette circulaire remplace les précédentes OBA-FINMA 1, 2 et 3, dès lors qu'elle regroupe dans un seul document les exigences à respecter par tous les intermédiaires financiers au niveau AML.

Fondamentalement, ce document n'introduit que peu de modifications pour les banques. Les changements matériels sont rares, comme le souligne le communiqué de presse de la FINMA.

<http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/mm-gwg-verordnung-20101216-f.pdf>

Outre les remaniements techniques, on y identifie aussi quelques innovations révélatrices comme par exemple l'exhortation à tenir compte, au niveau des relations à risques accrus, de l'utilisation des sociétés de domicile (art. 12 lit h).

Les innovations majeures pour les banques :

- art. 11 al. 3 introduisant la faculté pour les organismes d'autorégulation, en application de l'art 7a LBA, de requérir auprès de la FINMA la dispense du respect des règles de diligence s'agissant des relations portant sur de faibles valeurs patrimoniales ;
- art. 26 et 27 régissant les principes applicables lors de la délégation de différentes tâches AML à des tiers, y compris la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ADE ;
- art. 34 concernant les relations de banque correspondante avec des banques étrangères. L'ancien art. 6 OBA-FINMA 1 est complété par le nouvel alinéa 3 de l'art. 34.

<http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/gwv-finma-f.pdf>

### 2.1.2.2 Circulaire 2011/1, du 20.11.2010, Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA

- Dans le cadre de la mission qui lui a été confiée par le Conseil fédéral, la FINMA a adopté des dispositions d'exécution de l'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF) ;

- La circulaire contient d'intéressantes précisions sur : les activités non considérées comme intermédiation financière, les opérations de crédit assujetties et non assujetties, les services dans le domaine du trafic des paiements (référence à l'utilisation d'un compte de passage, chif. marginal 58), l'activité de négoce y compris le change (limite concernant l'activité de change exercée à titre accessoire, chif. marginaux 86, 87), certaines autres activités (référence aux clubs d'investissements, non soumis, chif. marginal 93 et aux sociétés d'investissements hors LPCC soumises, chif. marginal 94), les activités des organes de sociétés de domicile, l'activité d'avocat, les activités étatiques (en principe non soumises à la LBA, chif. marginal 133).

<http://www.finma.ch/f/regulierung/Documents/finma-rs-2011-01-f.pdf>

### 2.1.2.3 FINMA : Communication 15 (2010) du 18 octobre 2010, Risques liés aux relations commerciales avec l'Iran

- Rappel que l'ordonnance du 14.02.2007 instituant des mesures à l'encontre de la République islamique d'Iran implique une vérification ex ante des transactions ;
- Rappel de la mise en garde du GAFI concernant les relations d'affaires avec l'Iran ;
- Rappel que les relations de banques correspondantes avec des banques iraniennes doivent être considérées comme présentant des risques accrus.

## 2.1.3 Autres

### 2.1.3.1 Entrée en vigueur au 01.02.2011 de la Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicites de personnes politiquement exposées (LRAI)

La loi a pour but, conformément à son article premier, de permettre le blocage, la confiscation éventuelle et la restitution des avoirs appartenant à des personnes politiquement exposées (PEP) ayant fait l'objet d'une demande d'entraide internationale.

Elle permet ainsi de débloquer des situations dans lesquelles les carences du pouvoir local empêchent les procédures "régulières" d'entraide internationale d'aboutir à un règlement du cas (ex. affaire Duvalier).

On relèvera notamment que son art. 6 introduit une présomption d'illicéité de l'origine des fonds, lorsqu'un climat de corruption notoire régnait dans le pays du PEP et que les avoirs de ceux-ci ont connu un "accroissement exorbitant" en relation avec sa fonction.

<http://www.admin.ch/ch/f/as/2011/275.pdf>

### 2.1.3.2 Entrée en vigueur au 01.01.2011 du nouveau Code de procédure pénale suisse

Pour rappel, les articles 284 et 285 du nouveau CPP portent sur la surveillance des relations bancaires.

Section 4 Surveillance des relations bancaires

« Art. 284 Principe

*A la demande du ministère public, le tribunal des mesures de contrainte peut autoriser la surveillance des relations entre une banque ou un établissement similaire et un prévenu, dans le but d'élucider des crimes ou des délits.*

Art. 285 Exécution

*1 Si le tribunal des mesures de contrainte fait droit à une demande de surveillance, il donne à la banque ou à l'établissement similaire des directives écrites sur:*

- a. le type d'informations et de documents à fournir;*
- b. les mesures visant à maintenir le secret qu'ils doivent observer.*

*2 La banque ou l'établissement similaire ne sont pas tenus de fournir des informations ou documents si le fait d'opérer un dépôt est susceptible de les mettre en cause au point qu'eux-mêmes:*

*a. pourraient être rendus pénalement responsables;*

*b. pourraient être rendus civilement responsables et que l'intérêt à assurer leur protection l'emporte sur l'intérêt de la procédure pénale.*

*3 Les personnes ayant le droit de disposer du compte soumis à surveillance en sont informées ultérieurement conformément à l'art. 279, al. 1 et 2.*

*4 Les personnes dont les relations bancaires ont fait l'objet d'une surveillance peuvent interjeter recours conformément aux art. 393 à 397. Le délai de recours commence à courir dès la réception de l'information. »*

<http://www.admin.ch/ch/f/ff/2007/6583.pdf>

### 2.1.3.3 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.

## **2.2 Internationale**

### **2.2.1 WOLFSBERG GROUP**

#### **The Wolfsberg Trade Finance Principles (March 2011)**

Ce document est composé d'une partie générale, dans laquelle un certain nombre de rappels sont opérés (problèmes rencontrés par les banques dans le cadre des obligations AML liées au trade finance, risk based approach, recommandations du groupe en vue de l'amélioration des conditions d'exercice des mesures AML) et d'une partie plus pratique constituées d'annexes dans lesquelles des directives extrêmement détaillées sont données en fonction du type d'activités et de la position occupée par la banque dans l'opération, le tout complété par des indicateurs de risques.

[http://www.wolfsberg-principles.com/pdf/WG\\_Trade\\_Principles\\_Paper\\_II\\_Final\\_11-03-11.pdf](http://www.wolfsberg-principles.com/pdf/WG_Trade_Principles_Paper_II_Final_11-03-11.pdf)

### **2.2.2 GAFI / FATF**

#### **2.2.2.1 Déclaration publique du GAFI du 24.06.2011 concernant l'Iran et la République populaire démocratique de Corée (RPDC)**

**Le GAFI réitère ses avertissements du 25.02.2011 (voir infra chif. 2.2.2.3) et déclare vouloir demander des contre-mesures plus strictes si l'IRAN ne remédie pas aux déficiences constatées d'ici à octobre prochain.**

La situation de la République populaire démocratique de Corée reste également inchangée et les lacunes en matière de lutte anti-blanchiment et contre le financement du terrorisme demeurent béantes.

Cuba, la Bolivie, l'Éthiopie, le Kenya, le Myanmar, le Sri Lanka, la Syrie et la Turquie font également l'objet d'observations.

#### 2.2.2.2 Consultation publique concernant la révision des normes du GAFI, Consultation paper, octobre 2010

Les propositions suivantes, qui doivent encore être discutées, sont notamment en mesure de modifier à terme le régime AML en vigueur en Suisse :

- modification, pour plus de précision, des règles tendant à déterminer la qualité d'ayant droit économique des personnes morales et des arrangements légaux. L'accent devra être mis plus directement sur la compréhension du droit de propriété et de la structure du contrôle sur ces entités (rapport chiffre 2);

*remarque : tant que le droit suisse considère que les entités dotées de la personnalité juridique sont elles-mêmes les ayants droit économiques, ces développements ne toucheront que d'une manière marginale la réglementation helvétique.*

- extension progressive de la qualité de PEP à la clientèle domestique. Les états membres sont ainsi priés de prendre des mesures raisonnables pour déterminer si un client est un PEP domestique et requis, par la suite, d'appliquer une due diligence renforcée pour un PEP domestique représentant un risque accru (rapport chiffre 3);

*remarque : cela implique donc que tous les PEPs domestiques soient identifiés.*

- inclusion des délits fiscaux dans les infractions préalables pouvant conduire au blanchiment et donc à une obligation d'annonce. La recommandation 1 devrait ainsi être complétée par une catégorie "infractions fiscales en rapport avec des impôts directs et indirects" (rapport chiffre 5).

Après nouvelles discussions, les propositions finalement retenues devraient être adoptées en février 2012.

#### 2.2.2.3 Déclaration publique du GAFI du 25.02.2011 concernant l'Iran et la République populaire démocratique de Corée (RPDC)

Le GAFI stigmatise les graves lacunes subsistant dans la réglementation iranienne s'agissant de la lutte contre le financement du terrorisme. Il rappelle qu'une attention particulière s'impose dans l'examen des relations / opérations avec ce pays et met en garde contre le risque d'un contournement des mesures par le recours aux banques correspondantes.

Des mesures correctrices sont attendues de la part de l'état Iranien d'ici au 30 juin 2011. A défaut, des contre-mesures plus radicales pourraient être demandées.

Le GAFI met en évidence l'incapacité de la RPDC de dépasser le cadre des simples déclarations d'intention s'agissant de pallier aux défaillances de son régime de lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

[http://www.fatf-gafi.org/document/8/0,3746,fr\\_32250379\\_32236992\\_47227016\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.fatf-gafi.org/document/8/0,3746,fr_32250379_32236992_47227016_1_1_1_1,00.html)

Dans une déclaration séparée (*Améliorer la conformité aux normes de LBC/ CFT dans le monde : Un processus permanent*), le GAFI liste les juridictions dont les progrès en la matière sont jugés pour l'heure insuffisants : Angola, Bolivie, Éthiopie, Kenya, Myanmar, Népal, Nigeria, Sri Lanka, Syrie, Trinité et Tobago, Turquie).

Commentaire : " Ces indications devraient être prises en considération dans la détermination des relations / opérations à risques accrus."

[http://www.fatf-gafi.org/document/53/0,3746,fr\\_32250379\\_32236992\\_47228341\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.fatf-gafi.org/document/53/0,3746,fr_32250379_32236992_47228341_1_1_1_1,00.html)

#### 2.2.2.4 Rapport du GAFI "Money laundering using new payment methods", October 2010

Dans ce rapport, le GAFI fait le point concernant les risques AML liés à l'utilisation de nouvelles méthodes de paiement (NPM), à savoir les cartes à pré-paiement, les services de paiement internet et les services de paiement par téléphonie mobile. Le rapport n'apporte guère d'éléments nouveaux susceptibles d'être directement pris en considération par les banques. On relèvera cependant que ce rapport :

- contient une liste de "red flags" de nature à attirer l'attention des services concernés en cas d'abus des NPM (rapport, chiffre 138);
- fait état d'une ambiguïté quant à la faculté, au regard du contenu des 40 recommandations, d'appliquer une procédure CDD allégée ( du type de celle prévue à l'art. 11 al. 3 LBA) dans les relations "non face to face" (rapport chiffre 167);
- propose d'étendre aux cartes à pré-paiement le principe de la déclaration systématique des avoirs lors du passage des frontières.

#### 2.2.2.5 Rapport du GAFI "Money laundering using trusts and company service providers", October 2010

Dans ce rapport, les GAFI analyse les risques AML présentés par le recours aux trusts et autres "corporate vehicles". Pour les praticiens, on relèvera surtout que ce rapport :

- contient des "money laundering indicators" (rapport chiffre 141)
- met en évidence le souhait, de la part des autorités nationales, d'obtenir des règles plus précises quant à la définition de la notion d'ayant droit économique pour de telles structures.

#### 2.2.2.6 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).

### 3. Divers

#### 3.1 Swiss Banking : Identification clients CFF

Circulaire ASB no 7664 du 21.09.2010

Annnonce de la prestation offerte par les CFF concernant la certification conforme de la copie d'un document d'identification moyennant la présentation d'une pièce d'identité officielle valide avec photo. Les banques peuvent donc désormais conseiller à leurs clients de s'adresser aux CFF à l'occasion de l'ouverture d'une relation par correspondance.

### 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.

*Sommaire : « 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 »*

- Eric Fiechter / Maiko Günther : Sphère privée et diligence bancaire – des droits bafoués : relation entre la loi sur le blanchiment d'argent et la loi sur la protection des données in RSJ 2010 no 14, p. 338ss

*Sommaire : « les auteurs mettent en relation les exigences figurant dans la loi sur la protection des données et les nombreuses informations recueillies par les intermédiaires financiers dans le cadre des impératifs liés à la lutte anti-blanchiment. A leur sens, de nombreuses situations existent dans lesquelles les intermédiaires financiers peuvent être amenés à violer les dispositions de la LPD, notamment en ne retirant pas des dossiers les informations superflues.*

*Mise sur pied d'un organe responsable de la protection de données, audit régulier des dossiers clients, autant de mesures proposées pour remédier au problème ainsi détecté ».*