

# ACTUALITE AML

30 NOVEMBRE 2010

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

---

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 12.11.2010 :

- chiffre 2.1.1.1 : mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama ben Laden (modifications du 17.11.2010) ;
- chiffre 2.1.2.1 : FINMA, Circulaire 2011/1, du 20.11.2010, Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA.

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

### 1.1 Tribunal fédéral

- 1.1.1 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).  
Arrêt commenté par Aurélie Conrad Hari pour le CENTRE DE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER <http://cms.unige.ch/droit/cdbf/spip.php?article702>

*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).

### 1.1.2 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.

### 1.1.3 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

### 1.2.1 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.

### 1.2.2 Rapport annuel 2009

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

Modifications du 17.11.2010

Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au groupe «Al-Qaïda» ou aux Taliban

2.1.1.2 Mesures à l'encontre de la Sierra Leone

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

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

Modification du 28.09.2010 de l'ordonnance, avec entrée en vigueur le 18.10.2010

2.1.1.4 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 18.8.2010 avec entrée en vigueur le 19.8.2010

2.1.1.5 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

2.1.1.6 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

2.1.1.7 946.231.138.1 - 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

2.1.1.8 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

2.1.1.9 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

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

2.1.1.11 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

## 2.1.2 Autres

### 2.1.2.1 FINMA : 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>

### 2.1.2.2 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.

### 2.1.2.3 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, future « Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA ». Projet disponible sous <http://www.finma.ch/f/regulierung/anhoerungen/Documents/geldwaeschereivordnung-finma-fr.pdf>;

Dans ce cadre, publication de la prise de position de l'ASB sous [http://www.swissbanking.org/fr/20100712-3610-ver-finma\\_gvv\\_finma\\_v2clean-ssp.pdf](http://www.swissbanking.org/fr/20100712-3610-ver-finma_gvv_finma_v2clean-ssp.pdf)

- 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 ;  
Annonce d'ouverture de la procédure d'audition le 11.06. 2010-10-21  
<http://www.finma.ch/f/aktuell/Pages/mm-rs-finanzintermediation-20100611.aspx>

- Rappel que les dispositions entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> 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*).

#### 2.1.2.4 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.

#### 2.1.2.5 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>

La procédure de consultation est terminée. Un certain nombre d'intervenants, minoritaires, ont critiqué le fait que les infractions qualifiées seront désormais érigées en crimes et susceptibles de blanchiment, dès lors, principalement, qu'un tel ajout ne répondrait pas aux objectifs initiaux de la LBA et du fait des difficultés pratiques qu'une telle modification occasionnerait aux intermédiaires financiers. L'augmentation inévitable des frais de compliance a notamment été évoquée (Rapport du DFF, p. 22).

<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/02140/index.html?lang=fr>

Le Conseil fédéral a chargé le DFF d'élaborer d'ici au printemps 2011 un message concernant la modification de la loi sur les bourses.

<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=fr&msg-id=35023>

## **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](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 ».

## 2.2.2 BASEL COMMITTEE

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

*Le 18<sup>ème</sup> 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](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/About/AZE_StatDec09_fr.pdf)

## 3. Divers

### 3.1 Swiss Banking : Identification clients CFF

Circulaire ASB no 7664 du 21.09.2010

Annonce 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.

### 3.2 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.

*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 ».*