

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

Bulletin d'information 2/2018

décembre 2018

-
1. Révision de la LBA
 2. LEFin et LSFin : les Ordonnances
 3. Lutte antiterroriste
 4. Adaptation du concept de l'approche fondée sur le risque
 5. Jurisprudence récente relative à la distinction entre activité typique couverte par le secret professionnel et celle qui ne l'est pas
 6. Jurisprudence récente relative à la fin de l'obligation de communiquer
 7. Rapport annuel 2018 : délai de remise 31 janvier 2019
 8. Séminaires 2019
 9. Cotisation des membres 2019
 10. Nouveau système de communication électronique MROS
 11. Recommandations du Forum mondial

Chères Consoeurs, Chers Confrères,
Mesdames, Messieurs,

1. Révision de la LBA

Comme annoncé dans le Bulletin d'information 1/2018, l'OAR a pris position au mois de septembre dernier dans le cadre de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de modification de la LBA. L'intégralité de cette prise de position figure dans la Revue de l'Avocat 10/2018, p. 417 ss.

En guise de bref résumé, on mentionnera que l'OAR s'oppose à l'extension de la LBA aux « **conseillers** », extension qui n'est **pas nécessaire** compte-tenu du fait que les avocats comme tous justiciables sont soumis à l'art. 305^{bis} CP et qu'ils sont ainsi évidemment dissuadés de participer à une infraction pénale, que ce soit comme complice ou comme auteur d'un blanchiment d'argent. En outre, la modification contenue dans l'avant-projet **nuirait à la systématique**, et donc à l'efficacité de la LBA, axée sur l'activité d'intermédiaire financier. Par ailleurs, l'avant-projet va plus loin que les Recommandations 22 et 23 du GAFI le demandent. Quant au **champ** matériel d'application de la LBA, il devient imprécis, ce qui est source d'insécurité juridique. Enfin, le secret professionnel tel que défini aux articles 321 CP et 13 LLCA et la

jurisprudence du Tribunal Fédéral, serait fortement réduit du fait de l'obligation qui serait faite aux conseillers de se soumettre à une **révision annuelle** par une institution de révision habilitée à dénoncer au DFF les cas où, selon son appréciation, le mandat de conseil n'aurait pas dû être conclu initialement ou aurait dû être résilié par la suite compte-tenu de soupçons de blanchiment d'argent.

L'OAR s'exprime sur d'autres sujets couverts par l'avant-projet, dont celui de la légitimité à **maintenir l'exigence d'un soupçon fondé** pour qu'une communication au Bureau de communication (MROS) doive être effectuée, et à conserver le **droit** de communiquer (que l'avant-projet souhaiterait supprimer) lorsque l'intensité des soupçons est moins forte. L'OAR s'oppose aussi à la suppression du délai de 20 jours imposé au Bureau de communication pour l'analyse des communications et la sélection de celles qui sont transmises à l'autorité de poursuite pénale compétente.

La FSA a elle-aussi pris position, soulignant le grave danger pour le secret professionnel si l'avant-projet était adopté et ceci sans que l'efficacité réelle de la LBA et la position de la Suisse vis-à-vis du GAFI en soient améliorées (Revue de l'Avocat 10/2018, p. 414 ss.).

Deux articles sur ces thématiques ont également été publiés dans la Revue de l'Avocat 9/2018, p. 367 ss. (Peter Lutz et Martin Kern) et p. 373 ss. (Didier de Montmollin et Miguel Oural).

Actuellement, le DFF (SIF) prépare sa synthèse des prises de position reçues, en vue de l'émission du Message du Conseil fédéral, prévu pour le premier semestre 2019. Les débats parlementaires devraient suivre au cours du second semestre 2019, l'intention du SIF étant que le GAFI puisse évaluer les modifications législatives apportées à la LBA en février 2020 et leur effectivité au cours de l'année 2021.

2. LEFin et LSFIn : les Ordonnances

Conformément à l'agenda prévu (cf. Bulletin d'information 1/2018), le Conseil fédéral a ouvert, le 24 octobre 2018, la procédure de consultation concernant les Ordonnances relatives à la LEFin et à la LSFIn. Les Ordonnances prévues sont au nombre de trois. (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-72655.html>)

La **première** est l'Ordonnance sur les services financiers (OSFin). Elle détermine les exigences régissant la fourniture fidèle, diligente et transparente de services financiers et l'offre de valeurs mobilières et d'autres instruments financiers.

La **deuxième** est l'Ordonnance sur les établissements financiers (OEFIn). Elle règle les conditions d'autorisation des établissements financiers, les obligations des établissements financiers et leur surveillance.

La **troisième** est l'Ordonnance sur les organismes de surveillance dans la surveillance des marchés financiers (OOS).

L'OAR et la FSA vont prendre position à propos des trois projets précités dans le délai imparti, soit le 6 février 2019, les Ordonnances devant entrer en vigueur en même temps que la LSFIn et la LEFin, le 1^{er} janvier 2020.

Dès lors que certains avocats (ou notaires) affiliés à l'OAR FSA/FSN exercent la fonction de **trustee**, une attention particulière devra être portée à cette fonction,

expressément visée par la LEFin et l'OEFin. Il n'est par ailleurs pas exclu que certains avocats membres de l'OAR FSA/FSN tombent, de par leur activité, dans le champ d'application matériel de la LEFin et de la LSFin en tant que **gestionnaires de fortune**.

On rappellera ici qu' « **est réputé trustee** », *quiconque, à titre professionnel, gère un patrimoine distinct ou en dispose en faveur d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sur la base de l'acte constitutif d'un trust au sens de la Convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* » (Art. 17, al. 2 LEFin).

« **Est réputé gestionnaire de fortune** quiconque peut, sur la base d'un mandat, disposer à titre professionnel, au nom et pour le compte de clients, de leurs valeurs patrimoniales au sens de l'art. 3 let. c, ch. 1 à 4 LSFin ». Les services financiers suivants sont ainsi visés : l'acquisition ou l'aliénation d'instruments financiers, la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers, la gestion d'instruments financiers (gestion de fortune), et l'émission de recommandations personnalisées concernant des opérations sur instruments financiers (conseil en placement).

En définitive, il appartiendra à la FSA (et à la FSN) de décider si elles entendent **créer un organisme de surveillance** qui serait compétent, sous l'angle de la LEFin et de la LSFin, mais aussi de la LBA, pour accomplir les tâches prévues pour de telles organismes **et en tant qu'OAR selon la LBA**. Une telle création est peu probable vu le petit nombre des affiliés concernés.

Alternativement, une collaboration institutionnalisée pourrait être trouvée entre l'OAR FSA/FSN et un ou plusieurs organismes de surveillance créés par des entités / organisations tierces. Une telle collaboration serait sans doute appréciée, notamment par les affiliés à l'OAR et souhaitant le rester bien qu'ils exercent la fonction de trustee dans certains mandats LBA. Ils pourraient alors, pour ces mandats « trustee », créer une société de trustee qui, en tant qu'établissement financier selon l'art. 2, let. b LEFin, serait assujettie à un organisme de surveillance et au bénéfice d'une autorisation de la part de la FINMA (Art. 5, al. 1 et 2 LEFin). Dans une telle configuration, la surveillance LBA incomberait dorénavant à l'organisme de surveillance pour les dossiers gérés par la société de trustee, alors que les autres dossiers LBA demeureraient sous la seule surveillance de l'OAR FSA/FSN.

Quant à la grande majorité des affiliés à l'OAR FSA/FSN, qui ne sont pas actifs comme trustee ou comme gestionnaire de fortune, ils demeureront soumis à la seule LBA et leur affiliation à l'OAR FSA/FSN ne sera pas susceptible d'être remise en question.

Nous vous tiendrons évidemment informés du suivi.

3. Lutte antiterroriste

En date du 14 septembre 2018, le Conseil fédéral a approuvé le Message relatif au projet de loi visant à renforcer les possibilités de poursuivre les actes terroristes. (<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2018/2018-09-14.html>) Il s'agit d'adaptations ciblées du droit suisse, notamment du code pénal.

En particulier, la norme pénale contre les organisations criminelles (art. 260^{ter} CP) est explicitement étendue aux organisations terroristes et la formulation de cette disposition a été revue. Quant à la peine maximale, elle passe de 5 à 20 ans.

Par ailleurs, il est prévu que le Bureau de communication MROS puisse traiter des communications de soupçons provenant de l'étranger même en l'absence d'une communication au niveau interne suisse.

4. Adaptation du concept de l'approche fondée sur le risque

Dans le but d'une meilleure allocation des ressources dans le processus de la surveillance, selon une approche sur le risque renforcée, l'OAR FSA/FSN a fait les adaptations nécessaires à son concept d'analyse de risques. Ce dernier correspond également aux exigences de l'autorité de surveillance (FINMA). Pour les intermédiaires financiers, cela signifie que les données à collecter seront plus nombreuses qu'actuellement. Il s'agit en première ligne de renforcer l'analyse des risques inhérents à l'activité des intermédiaires financiers. Par ailleurs, l'OAR a décidé de rajouter au rapport annuel un certain nombre de questions concernant la mise en œuvre de l'activité des membres affiliés. Nous vous prions de bien vouloir remplir le rapport annuel avec soin et de manière complète. L'OAR vous en remercie par avance.

5. Jurisprudence récente relative à la distinction entre activité typique couverte par le secret professionnel et celle qui ne l'est pas

A l'occasion d'un arrêt du 28 septembre 2018 ([1B_264/2018](#)), le Tribunal fédéral est revenu sur la problématique des **mandats mixtes**, c'est-à-dire des mandats qui pour certains aspects, sont couverts par le secret professionnel et qui pour d'autres aspects, ne le sont pas. Il a notamment considéré que « *le critère décisif pour savoir quel type d'activité a été exercé consiste à déterminer quels éléments – commerciaux ou relevant spécifiquement d'une activité d'avocat – prédominent dans le cadre des prestations en cause. ... Dans le cas de mandats problématiques, notamment mixtes ou globaux – par exemple lorsque les services relevant de l'activité typique ou accessoire s'imbriquent les uns aux autres –, l'avocat ne peut se prévaloir d'une manière générale et sans opérer de distinction de son secret professionnel ; pour délimiter quels faits ou documents bénéficient de cette protection, il faut se référer à l'ensemble des circonstances concrètes du cas d'espèce.... En l'occurrence, l'autorité précédente a qualifié d'atypique l'activité de conseils exercée en vue de constituer une société. Cette appréciation ne saurait être partagée. En effet, les conseils donnés en vue de choisir une forme juridique et / ou le lieu du siège de celle-ci relève sans équivoque d'une activité typique d'un avocat. ... Enfin, le fait que l'avocat en cause – ou son étude – se charge ensuite de mettre en œuvre la solution choisie par le mandant ne suffit pas pour nier toute protection à la phase antérieure de conseils. Cela vaut d'autant plus qu'il ne paraît pas impossible, notamment sur le plan chronologique, de délimiter les pièces en lien avec cette première étape. S'agissant ensuite des démarches liées à la constitution proprement dite des sociétés, les pièces y relatives ne sauraient en revanche bénéficier de la protection du secret professionnel de l'avocat. Cette constatation découle en particulier du fait que les documents en lien avec la constitution d'une société n'ont généralement pas vocation à rester en mains de l'avocat et / ou de son client, mais à être transmis aux services administratifs du lieu du siège choisi pour l'entité à créer, respectivement permettront ensuite d'en démontrer l'existence.... »*

L'arrêt précité constitue un rappel bienvenu quant à l'utilité de prévoir une classification différenciée des pièces qui sont soumises au secret professionnel, et celles qui ne sont pas soumises au secret professionnel.

6. Jurisprudence récente relative à la fin de l'obligation de communiquer

Dans son arrêt du 7 août 2018 ([6B_1453/2017](#)), le Tribunal fédéral a eu l'occasion de revenir sur la question de savoir quand l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA prend fin. En bref, « *le principe fondamental applicable en la matière, selon lequel l'obligation de communiquer perdure aussi longtemps que les valeurs patrimoniales peuvent être découvertes et confisquées, (doit) faire subsister une telle obligation tant que les autorités pénales n' (ont) pas connaissance du sort des valeurs pouvant être liées au blanchiment d'argent, soit tant qu'elles (peuvent) encore leur échapper. Au demeurant, une telle solution se justifie dès lors que l'obligation de communiquer...vise en définitive à permettre la découverte ainsi que la confiscation des valeurs concernées.* »

7. Rapport annuel 2018 : délai de remise 31 janvier 2019

La **formule** à utiliser est à votre disposition sur le site <http://www.oar-fsa-fsn.ch>. Nous vous remercions de la remplir complètement et de l'envoyer au Secrétariat, munie de votre signature, jusqu'au 31 janvier 2019 au plus tard.

Vous y trouverez également une liste de « pays à risque » se référant à des organisations tierces. Les pays figurant sur cette liste correspondent au minimum des pays qu'il convient de considérer comme des « pays à risque ». Au-delà de cette liste et à titre de rappel, nous vous rendons attentifs au fait qu'il incombe à chaque intermédiaire financier de déterminer de manière autonome ses relations « à risques », y compris les « risques-pays » supplémentaires, donc avec aussi d'autres États que ceux figurant sur la liste précitée.

La FINMA recueillie des informations en lien avec le nombre de personnes potentiellement concernées par LSFIn-LEFin. Nous vous prions de bien vouloir remplir le **questionnaire annexé** et de nous le retourner avec le rapport annuel 2018 jusqu'au 31 janvier 2019 au plus tard.

8. Séminaires 2019

Les dates vous ont déjà été indiquées dans le Bulletin 1/2018. Nous vous remercions de veiller à vous inscrire dans la mesure où vous êtes concernés.
(www.oar-fsa-fsn.ch>séminaires)

9. Cotisation des membres 2019

Après plusieurs années sans changement, les cotisations annuelles pour les affiliés à l'OAR FSA/FSN seront désormais de CHF 1'000 à partir du 1er janvier 2019. Cette légère augmentation est due au développement continu de la réglementation dans le secteur de la surveillance et des coûts en résultant.

10. Nouveau système de communication électronique MROS

Selon les dernières informations reçues du Bureau de communication MROS, le système électronique devrait être opérationnel le 1^{er} juillet 2019. Une période intermédiaire est prévue jusqu'au 30 juin 2020. Pour les détails, nous vous renvoyons au site du MROS.

<https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/fr/home/kriminalitaet/geldwaescherei/meldung.html>

11. Recommandations du Forum mondial

Le Conseil fédéral a adopté le 21 novembre 2018 le Message sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial émises dans le rapport d'examen de phase 2 de la Suisse. En vertu de ce projet de loi, les actions au porteur ne seront désormais autorisées que si la société a des titres de participation cotés en bourse ou si les actions au porteur sont émises sous forme de titres intermédiés. Par ailleurs, un manquement à l'obligation d'annoncer les ayants droit économiques sera désormais passible de sanctions. D'autres modifications ont trait à l'échange de renseignements. Le Parlement devrait commencer à examiner le projet de loi lors de sa session de printemps 2019. Pour de plus amples informations, nous vous renvoyons au site https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-73051.html.

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

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

Secrétariat général, Marktgasse 4, 3011 Berne, info@swisslawyers.com, tél. : 031 313 06 00
Allemand: Christian Lippuner, lippuner@advolippuner.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.