CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Modification de la LBA suite à la mise en oeuvre des recommandations du GAFI

Par Samuel Zemp le 29 janvier 2009

La loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière du 3 octobre 2008 est le parachèvement d'une procédure de consultation tourmentée. Elle vise, comme son nom l'indique, une mise à niveau de la législation Suisse aux recommandations du GAFI, elles-mêmes révisées complètement en 2003. Le délai référendaire ayant expiré le 22 janvier 2009, elle entrera en vigueur le 1 février 2009 et entraînera entre autre une révision partielle de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA)

Lutte contre le financement du terrorisme

La première modification de la LBA concerne la lutte contre le financement du terrorisme (art. 260quinquies CP), qui a fait son entrée dans le titre puis dans l'objet (art. 1 nLBA) et ainsi dans le champ d'application matériel complet de la nLBA. L'ensemble des obligations de l'intermédiaire financier en matière de diligence, de communication auprès du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) ainsi que de blocage de valeurs patrimoniales s'étend dès lors également au soupçon de financement du terrorisme. Il en va de même pour l'obligation de dénonciation au MROS de la FINMA, de la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ) et des organisations d'autorégulation.

Obligations de diligence (art. 3-7 LBA)

Autre nouveauté consacrée par l'art 3 al. 1 nLBA concerne l'intermédiaire financier s'engageant dans des relations d'affaires avec une personne morale. Celui-ci sera désormais tenu de se renseigner sur les pouvoirs de représentation et de vérifier l'identité de la personne qui, au nom de la personne morale, souhaite engager des relations d'affaires avec lui. L'intermédiaire financier sera dorénavant également tenu d'identifier d'office l'objet et le but pour chaque relation d'affaires souhaitée par un client, même en absence de tout soupçon initial. Quant à l'étendue des informations à collecter, elles sont fonction du risque que représente le cocontractant (art. 6 al. 1 nLBA). L'obligation pour l'intermédiaire de clarifier l'arrière plan économique et le but d'une transaction ne subit pas de modifications. Conformément au nouvel art. 7a nLBA, l'intermédiaire n'est cependant pas tenu de respecter ses obligations de diligence pour des relations d'affaires portant sur des valeurs patrimoniales de faible valeur et en absence d'indices de blanchiment ou de financement du terrorisme (cf. actualité n° 528). Cette exception devrait donc également s'appliquer à l'art. 6 al. 1 nLBA.

Obligations en cas de soupçon de blanchiment d'argent (art. 9-11 LBA)

Le nouvel art. 9 al. 1 lit. b nLBA précise qu'un intermédiaire, rompant en raison de soupçons fondés des négociations visant à établir une relation d'affaires, sera déjà tenu d'en informer le MROS. Cette obligation représente une réelle novation en comparaison à l'ancien régime, qui visait uniquement des valeurs patrimoniales impliquées dans des relations d'affaires existantes. Dorénavant l'intermédiaire sera tenu de divulguer son nom au MROS pour chaque

communication faite en raison de l'al. 1. Il n'est cependant pas nécessaire qu'il divulgue les noms des employés chargés du dossier, à condition que le MROS ainsi que les autorités de poursuite aient la possibilité d'entrer rapidement en contacte avec ceux-ci (Art. 9 al 1bis nLBA).
Le nouvel art. 10a al. 2 et 3 nLBA clarifie l'obligation de silence de l'intermédiaire sur la communication faite au MROS. Celui-ci doit être gardé pendant toute la durée du blocage des valeurs patrimoniales face aux personnes concernées et face aux tiers (ancien 10 al. 3 LBA). Cependant l'intermédiaire financier n'étant pas en mesure de bloquer lui-même les valeurs patrimoniales d'un client, pourra dorénavant informer l'intermédiaire en mesure de le faire. Il peut également en informer l'intermédiaire avec lequel il collabore contractuellement pour fournir des services de gestion financière au client en cause ou si l'autre intermédiaire fait partie du même groupe de sociétés et que ce renseignement est nécessaire au respect des obligations découlant de la LBA.
Selon l'ancien art. 11 LBA l'intermédiaire transmettant des informations au MROS ou bloquant des avoirs d'un client en ayant fait preuve de la diligence requise par les circonstances, n'engageait pas sa responsabilité pénale ou civile découlant du secret de fonction, professionnel ou d'affaires ou pour la violation de contrat. Ce seuil de disculpation a été estompé par la nLBA et il suffira dorénavant que l'intermédiaire ait agit de bonne foi. Selon l'al. 2 ce régime s'appliquera également aux organismes d'autorégulation procédant à une dénonciation au sens de l'art. 27 al. 4 LBA.

Entraide administrative (art. 29-32) et dispositions finales (art. 41-44)

Le nouvel art. 29a al.1 nLBA précise que les autorités pénales devront à l'avenir également faire parvenir au MROS la motivation des jugements et des décisions de non-lieu pris en rapport avec art. 260ter, 260quinquies, 305bis et 305ter CP. Elles seront en vertu de l'al. 2 également tenues d'annoncer sans délai les décisions prises suite aux dénonciations que le MROS leur a adressées. Celui-ci est tenu de ne pas indiquer aux autorités étrangères de poursuite pénale l'identité de l'intermédiaire financier ou de ses employés dont il a reçu la communication.
Concernant la FINMA et la CFMJ, elles coordonneront à l'avenir les diverses interventions des autorités pénales contre un intermédiaire financier. Elles consulteront également les autorités pénales avant transmission de documents ou d'information (art. 29a al. 4 nLBA).
La nLBA clarifie également la répartition des tâches entre le Conseil fédéral (CF) d'une part ainsi que la FINMA et le CFMJ d'autre part, dont on voulait éviter l'instauration en législateur. En effet l'art. 41 nLBA attribue dorénavant au CF la compétence pour édicter les règles nécessaires pour la mise en œuvre de la LBA, tandis que la FINMA et la CFMJ seront compétentes à édicter des dispositions d'exécution dans des domaines de portée restreinte et de nature technique uniquement.
Contrairement à l'avant-projet du Conseil fédéral 2005, critiqué d'établir un régime étouffant, la révision actuelle renonce à mettre en œuvre une clarification et meilleure définition du champ d'activité de l'intermédiaire financier. Ni les personnes qui acceptent ou gèrent des fonds dans le cadre de la création d'une société et qui entrent en contact avec le capital de fondation, ni celles faisant du commerce d'œuvres et des beaux-arts, de métaux précieux ou de pierres précieuses n'ont en outre fait leur entrée dans la nLBA en tant qu'intermédiaires possibles, et ceci contrairement aux recommandations du GAFI. Conformément aux recommandations du GAFI, l'avant-projet 2005 avait aussi proposé l'instauration de l'obligation d'annoncer les actions au porteur participant à l'assemblée générale. Cette proposition, qui s'est heurté à des critiques acerbes, fut cependant rayée du projet 2007 et ne fera très probablement pas son entrée dans le droit de la société anonyme révisé non plus (cf. actualité n° 294).

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Samuel Zemp, Modification de la LBA suite à la mise en oeuvre des recommandations du GAFI, publié le 29 janvier 2009 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/622/